

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Maria de Fátima Ribeiro (Orgs.)

ATIVIDADE EMPRESARIAL E MUDANÇA SOCIAL

Direção Geral
Henrique Villibor Flory
Supervisão Geral de Editoração
Benedita Aparecida Camargo
Diagramação e capa
Rodrigo Silva Rojas
Revisão
Letizia Zini Antunes

CONSELHO EDITORIAL ACADÊMICO

Coordenação Geral

Suely Fadul Villibor Flory

Ana Gracinda Queluz – UNICSUL
Anamaria Fadul – USP/INTERCOM
Arlida Ribeiro – UNESP
Antonio Hohlfeldt – PUC-RS
Antonio Manoel dos Santos Silva – UNESP/ UNIMAR
Benjamim Abdala Junior – USP
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira – UNIMAR
Letizia Zini Antunes – UNESP
Lucia Maria Gomes Corrêa Ferri – UNESP/UNOESTE
Maria de Fátima Ribeiro – UNIMAR
Maria do Rosário Gomes Lima da Silva – UNESP
Raquel Lazzari Leite Barbosa – UNICAMP/UNESP
Romildo A. Sant’Anna – UNESP/UNIMAR
Rony Farto Pereira - UNESP
Soraya Regina Gasparetto Lunardi – UNIMAR
Sueli Cristina Marquesi – PUC/UNICSUL
Tereza Cariola Correa – USP/UNESP
Terezinha de Oliveira – UNESP/UEM
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer – UNESP/UNIMAR

Editora Arte & Ciência

Rua dos Franceses, 91 – Morro dos Ingleses
São Paulo – SP - CEP 01329-010
Tel.: (011) 3258-3153
E-mail: editora@arteciencia.com.br
www.arteciencia.com.br

Editora UNIMAR

Av. Hígino Muzzi Filho, 1001
Campus Universitário - Marília - SP
Cep 17.525-902
Fone (14) 2105-4000
www.unimar.com.br

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Maria de Fátima Ribeiro (Orgs.)

ATIVIDADE EMPRESARIAL E MUDANÇA SOCIAL

AC
&
ARTE & CIÊNCIA
EDITORA

2009

© 2009 by Autores

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Acácio José Santa Rosa (CRB - 8/157)

A888

Atividade empresarial e mudança social/ Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Maria de Fátima Ribeiro, organizadoras. São Paulo: Arte & Ciência; Marília: UNIMAR, 2009

226 p., 21 cm (Programa de Mestrado em Direito)

Obra coletiva

ISBN - 978-85-61165-46-8

1. Direito empresarial. 2. Empresas e mudança social 3. Empresas e meio ambiente. 4. Administração de Empresas – novos modelos.
5. Sustentabilidade empresarial – Economia 6. Direito civil ambiental. 7. I. Ferreira, Jussara Suzi Assis Borges Nasser,
II. Ribeiro, Maria de Fátima.

CDD - 346.9
-338.456
- 658.5

Índices para catálogo sistemático

1. Direito Econômico: 346.9
2. Desenvolvimento sustentável: Economia: 338.456
3. Produção: administração: 658.5
4. Direito administrativo: 342.9
5. Mudança social: atividade empresarial: 658.5

Proibida toda e qualquer reprodução desta edição por qualquer meio ou forma, seja ela eletrônica ou mecânica, fotocópia, gravação ou qualquer meio de reprodução, sem permissão expressa do editor.
Todos os direitos desta edição, reservados à Editora Arte & Ciência.
As opiniões aqui emitidas são de responsabilidade dos respectivos autores.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
APRESENTAÇÃO	9
Capítulo 1	
GESTÃO DE EXCEDENTES SÓLIDOS INDUSTRIAIS: ALTERNATIVA PARA OBTENÇÃO DE NOVOS NÍVEIS DE PRODUTIVIDADE E COMPETITIVIDADE MUNDIAL, COM RESPONSABILIDADE	
Adriana Migliorini KIECKHÖFER	11
Capítulo 2	
O REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADES ECONÔMICAS	
Carlos Alberto de Moraes RAMOS FILHO	33
Capítulo 3	
RECUPERAÇÃO DA EMPRESA: FUNÇÃO SOCIAL E SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL	
Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA Junio César MANGONARO	51
Capítulo 4	
DA INCONSTITUCIONALIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL QUANDO RESULTA NA DESVALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO	
Lourival José de OLIVEIRA	75

Capítulo 5

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL SÓCIOAMBIENTAL NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

Maria de Fátima RIBEIRO

Suely Fadul Villibor FLORY95

Capítulo 6

PARADIGMAS ECONÔMICOS E EMPRESARIAIS DE EFICIÊNCIA PARA O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO DE 1988

Marlene Kempfer BASSOLI.....113

Capítulo 7

A CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E IDEOLÓGICA DO TRIBUTO: DO PENSAMENTO LIBERAL E SOCIALDEMOCRATA À PÓS-MODERNIDADE

Maurin Almeida FALCÃO.....137

Capítulo 8

TUTELA JURISDICIONAL DO MEIO AMBIENTE E SEUS REFLEXOS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Paulo Roberto Pereira de SOUZA.....157

Capítulo 9

PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL AMBIENTAL BRASILEIRO EM FACE DO DIREITO DE PROPRIEDADE, ATRAVÉS DO TOMBAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO FISCAL

Rita da Conceição Coelho Loureiro SANTOS

Soraya Regina Gasparetto LUNARDI

Luiz Cláudio GONÇALVES FILHO183

Capítulo 10

O PARADIGMA PROCESSUAL ANTE AS SEQUELAS MÍTICAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Rosemiro Pereira LEAL.....213

Sobre os autores.....227

O Programa de Mestrado em Direito da Unimar mantém o Projeto Editorial concebido desde a proposta inaugural do curso, contribuindo significativamente para sua consolidação quando inicia a sexta turma, realizando, de forma intensa, as atividades como previstas, respondendo pela organização de obras coletivas e, também, pela Revista Argumentum, completando nove anos de edição.

A publicação das obras coletivas comparece como resultado da dedicação intelectual do corpo docente, discente e colaboradores valiosos. Dessa conjugação de esforços foi produzida a terceira obra coletiva completando o primeiro trino editorial, como previsto no projeto inicial. Foram publicadas, anteriormente, as seguintes obras: **Direito Empresarial Contemporâneo**, em 2007, e **Empreendimentos Econômicos e Desenvolvimento Sustentável** em 2008.

Neste ano está sendo lançado o livro **Atividade Empresarial e Mudança Social** dirigido a captar os movimentos mais significativos de tais atividades em suas múltiplas manifestações, significando condição de possibilidade para a promoção das mudanças sociais. De ver, que neste binômio inserem-se desafios para além do campo jurídico envolvendo aqueles outros presentes nas estruturas da economia, da política, da sociedade como um todo. A importância temática decorre exatamente deste contexto relevante, feito de conflitos e composições, dirigidos em boa parte pela “mão visível” do Estado intervencionista e democrático de direito.

As imbricações e diálogos possíveis, presentes entre o exercício da **Atividade Empresarial** e as metas eleitas para a consecução das Mudanças Sociais, representam o desafio do contexto empresarial que afeta, de um lado, o meio empresarial, e de outro, o ambiente estatal. Sendo assim as tensões e fricções são absolvidas na medida em que impactos podem ser apreendidos como meio para a consecução de fins ou até mesmo forma de aprendizado enquanto caminho na busca de solução para os problemas tão próprios da sociedade pós-moderna.

Na corrente formada pelo exercício das atividades empresariais plurais e igualmente possibilitadoras de mudanças paradigmáticas no contexto em que se inserem, agregando valores, influenciando posturas e movimentos, fazendo a ancoragem para reflexão acerca de novos temas como, por exemplo: Desenvolvimento Econômico Sustentável; Função Social da Empresa; Inconstitucionalidade da Atividade Empresarial; Tributação Extrafiscal socioambiental;

Atividade Empresarial e a Tutela Jurisdicional do Meio Ambiente; Responsabilidade Social; A Empresa e a Ideologia do Tributo.

A lucidez temática indica, de fato, para a empresa redesignada enquanto núcleo fundante da atividade empresarial que vem sendo reconhecida como “célula da sociedade”, dirigida para a tutela de interesses da cadeia de produção e circulação de bens em seu conjunto. É nessa perspectiva que as **mudanças sociais** passam a representar metas de alcances realizáveis em decorrência da própria transformação das atividades empresariais e de conformidade com uma outra cadeia, agora representada pelos novos paradigmas, lastreados nos princípios constitucionais, determinantes de uma outra compreensão. Dessa confluência axiológica decorre a possibilidade da concretização das mudanças sociais, indispensáveis ao progresso social, pautado pelo desenvolvimento, pelo crescimento e, por conseqüência, a concretização das mudanças indispensáveis à formação de uma sociedade justa e solidária.

Profª. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Organizadora

O Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR, com a obra *Atividade empresarial e mudança social*, publica as produções dos seus professores Adriana Migliorini Kieckhofer, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Lourival José de Oliveira, Maria de Fátima Ribeiro, Marlene Kempfer Bassoli, Paulo Roberto Pereira de Souza, Soraya Regina Gasparetto Lunardi e Suely Fadul Villibor Flory.

Apresenta, também, os escritos dos professores convidados Rosemiro Pereira Leal, Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, Junio César Mangonaro, Maurin Almeida Falcão, Rita da Conceição Coelho Loureiro Santos e Luiz Cláudio Gonçalves Filho.

Esta publicação é mais um projeto editorial de 2009 da área de concentração em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, com destaque para suas linhas de pesquisa Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais, bem como Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR.

No âmbito dessas linhas de pesquisa, os estudos que compõem o livro abordam, direta e indiretamente, o desenvolvimento econômico, relacionando-o à atuação do poder econômico e a seus limites jurídicos, no intuito de demonstrar a importância da regulação desses comportamentos econômicos em face dos interesses coletivos e das necessidades sociais.

Os autores fazem análises reflexivas interdisciplinares que envolvem questões de enfrentamento das temáticas inerentes às relações jurídicas das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, função social e sustentabilidade empresarial, tributação extrafiscal ambiental, questões sobre o tombamento, bem como sobre o paradigma constitucional com relação ao poder constituinte originário e, ainda, questões tributárias e políticas públicas, entre outros aspectos.

Os textos aqui produzidos mostram a interatividade entre os professores do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR e os convidados, bem como a afinidade temática, eleita e direcionada para tratar de temas atuais e atuantes no cenário nacional. Os autores expõem suas experiências acadêmicas e profissionais, com destaque para a atividade empresarial e, notadamente, para as mudanças sociais e seus reflexos.

Profª. Maria de Fátima Ribeiro

Organizadora

GESTÃO DE EXCEDENTES SÓLIDOS INDUSTRIAIS: ALTERNATIVA PARA OBTENÇÃO DE NOVOS NÍVEIS DE PRODUTIVIDADE E COMPETITIVIDADE MUNDIAL, COM RESPONSABILIDADE

Adriana Migliorini KIECKHÖFER

1 INTRODUÇÃO

A grande tendência do Brasil e do mundo nos próximos anos é concentrar esforços na obtenção do crescimento sustentado da economia e, por conseguinte, do desenvolvimento sustentável. Com isso, as indústrias se concentrarão na obtenção de novos níveis de produtividade e competitividade, com responsabilidade.

Juntas as empresas deverão construir um novo modelo de administração da produção, que seja social e ambientalmente responsável e tenha como objetivos maximizar a eficiência, minimizando os custos, com os desperdícios tendendo a zero.

Na última década e de forma significativa, a produção e o consumo responsáveis vêm sendo incorporados nas agendas do setor produtivo e pela sociedade, remetendo aos princípios básicos do desenvolvimento sustentável e à polêmica temática sobre resíduos sólidos industriais, hoje também chamados de excedentes ou subprodutos industriais.

Com a escassez dos recursos naturais disponíveis e a responsabilidade socioambiental presente, não há como as empresas não considerarem esse ativo como elemento fundamental para melhorar a produtividade, competitividade e sua respectiva lucratividade, tanto no mercado nacional, como internacional.

O fato é que as questões ambientais se tornaram obrigatórias, proporcionando no mercado globalizado inúmeras vantagens: econômica (*competitividade*), social (*equidade*), ambiental (*sustentabilidade*) e, por extensão, jurídico-legal (*acessibilidade*) e político-institucional (*governabilidade*), sendo que todas elas remetem as empresas à *credibilidade*. Essas vantagens motivam

as empresas a repensarem e reestruturarem a maneira de conduzir seus negócios e a gestão de excedentes sólidos industriais pode representar uma oportunidade impar nesse sentido.

2 POSICIONAMENTOS DAS EMPRESAS EM RELAÇÃO ÀS QUESTÕES AMBIENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES NA COMPETITIVIDADE MUNDIAL

O documento resultante da participação do Conselho Empresarial para o Desenvolvimento Sustentável, representado pelo seu presidente Stephan Schmidheiny e mais 48 líderes empresariais de diversos países, que discutiram e organizaram o tema “empresa e meio ambiente”, realizado na Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), no Rio de Janeiro, chamada de Rio-92 ou ECO-92, tem o título de “Mudando o rumo: uma perspectiva global do empresariado para o desenvolvimento e o meio ambiente”¹.

No início desse documento, eles divulgam uma declaração reconhecendo que “o mundo se move em direção à desregulação, às iniciativas privadas e aos mercados globais. Isto exige que as empresas assumam maior responsabilidade social, econômica e ambiental ao definir seus papéis e ações”².

Mencionam, também, que o progresso direcionado ao desenvolvimento sustentável tende a ser um bom negócio, uma vez que cria novas oportunidades e vantagens competitivas, mas que, no entanto, exige “mudanças profundas e de amplo alcance na atividade empresarial, incluindo a criação de uma nova ética na maneira de fazer negócios”³.

De acordo com Dias, o avanço desde a ECO-92 é grande, “mas ainda falta muito para que as empresas se tornem agentes de um desenvolvimento sustentável, socialmente justo, economicamente viável e ambientalmente correto”⁴, uma vez que esse conceito:

(...) no meio empresarial tem se pautado mais como um modo de empresas assumirem formas de gestão mais eficientes, como práticas identificadas com a ecoeficiência e a produção mais limpa, do que uma elevação do nível de consciência do empresariado em torno de uma perspectiva de um desenvolvimento econômico mais sustentável. Embora haja um crescimento perceptível da mobilização em torno da sustentabilidade, ela ainda está mais focada no ambiente interno das organizações, voltada prioritariamente para processos e produtos⁵.

No entanto, segundo o referido autor, isso não tem impedido, muito pelo contrário, têm destacado vários grupos econômicos “como lideranças do ponto de vista da responsabilidade ambiental que se tornam referência positiva para outros que buscam se aproximar dos

1 SCHMIDHEINY, Stephan. **Cambiando el rumbo**: una perspectiva global del empresariado para el desarrollo y el medio ambiente. México: Fondo de Cultura Económica, 1992 (tradução nossa).

2 Ibidem, p.12.

3 Ibidem.

4 DIAS, Reinaldo. **Gestão ambiental**: responsabilidade social e sustentabilidade. São Paulo: Atlas, 2006, p.38.

5 Ibidem.

padrões das empresas líderes, que são cada vez mais aceitos e esperados pela sociedade como um todo”⁶. Por isso, é fundamental mudar a visão da sociedade em relação às empresas, bem como a visão e ação dos seus gestores, uma vez que as mesmas ainda são tidas como as maiores causadoras dos problemas ambientais do planeta, pois retiram matérias-primas da natureza, tornando esses recursos cada vez mais escassos, e produzem resíduos que contaminam progressivamente o meio ambiente.

Desta forma, a sociedade pressiona as empresas para que deixem de ser o problema e façam parte das soluções⁷. O aumento de consciência dessa sociedade e, em particular, dos consumidores, tem estimulado a aquisição de produtos e serviços ambientalmente corretos e de empresas com bom desempenho ambiental.

Os investidores, por sua vez, conforme acrescenta Barbieri⁸, também pressionam as empresas com o objetivo de minimizar os riscos de seus investimentos. Se não cumprirem a legislação e gerarem passivos ambientais, elas podem comprometer a rentabilidade futura de uma empresa e, por conseguinte, de seus investidores, pois os passivos ambientais podem ser cobrados futuramente por acordos bilaterais, por meio de ações judiciais. E mesmo, que não sejam cobrados formal ou legalmente, eles devem ser reconhecidos, pois são obrigações das empresas com terceiros que representam danos causados ao meio ambiente.

O autor complementa que “a identificação dos passivos ambientais tem sido considerada uma questão contábil fundamental para estimar o real valor de uma organização”⁹.

Em termos contábeis, passivo ambiental, conforme descrito por Ribeiro:

Corresponde às obrigações relacionadas aos gastos ambientais incorridos pela empresa e que satisfaçam aos critérios para reconhecimento como exigibilidade. Quando há incertezas quanto a prazos ou valores, em alguns países, é utilizada a expressão *Provisão para Obrigações Ambientais*¹⁰.

Nessa proposta, então, por meio de cálculos estimativos, é incluir no balanço patrimonial de uma empresa o passivo ambiental – danos ambientais gerados de forma voluntária ou involuntária, no passado ou presente. Esses danos exigirão, em um momento futuro, entrega de ativos-bens e direitos advindos do atendimento das exigências legais, sociais e éticas no trato da gestão ambiental. Esses últimos, na realidade, são aplicações de recursos que objetivam a recuperação do ambiente, bem como investimentos em tecnologia de processos de contenção ou eliminação de poluição, por exemplo.

6 Ibidem, p. 39

7 BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial**: conceitos, modelos e instrumentos. 2. ed. rev. atual. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.

8 Ibidem.

9 Ibidem, p. 238.

10 RIBEIRO, Maisa de Souza. **Contabilidade ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.78-79 (grifo nosso).

Para melhor informar os investidores sobre o desempenho das empresas em relação às questões expostas, foram criados diversos indicadores. Entre outros, vale mencionar:

Dow Jones Sustainability World Index (DJSI, Índice Mundial de Desenvolvimento Sustentável Dow Jones), da Bolsa de Valores de Nova York, criado em 1999 pelo Dow Jones e SAM Group, monitora o desempenho das empresas líderes no mundo no que diz respeito à incorporação da sustentabilidade em sua gestão de negócio¹¹;

FTS4Good Index Series (Índice FTS4Good), da Bolsa de Valores de Londres, criado em 2001, agrupa empresas líderes em proteção ao meio ambiente, direitos humanos e engajamento de *stakeholders*. Cerca de 900 empresas em todo o mundo são consideradas sustentáveis pelo índice, que possui rígidos critérios de avaliação e exclui empresas de tabaco, armas de fogo e nucleares¹²;

Índice de Sustentabilidade das Companhias do Mercado de Ações de Amsterdã, da Amsterdam Stock Exchange (AEX), monitorado pela Pesquisa de Sustentabilidade Holandesa, contempla sete critérios que envolvem ética, ações voltadas ao meio ambiente, governança corporativa, engajamento social e dos funcionários, entre outros¹³;

Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), da Bolsa de Valores de São Paulo (BM&FBOVESPA), criado em 2005, reflete o retorno de uma carteira composta por ações de empresas com reconhecida responsabilidade social e sustentabilidade empresarial, e também atua como promotor das boas práticas no meio empresarial brasileiro¹⁴.

Os Índices de Sustentabilidade, de modo geral, estão ganhando cada vez mais importância no cenário econômico mundial. Isso porque o desempenho das empresas incluídas nesses índices tem surpreendido positivamente. As ações de uma companhia espanhola, por exemplo, chegaram a subir 1%, em um só dia, quando sua inclusão no DJSI foi anunciada¹⁵. Com isso, as empresas com foco em sustentabilidade estão se tornando cada vez mais bem-sucedidas economicamente.

Os governos, por outro lado, também conscientes dos problemas ambientais, não aceitam mais que seus países sejam criticados em notícias e foros internacionais e receiam ter de enfrentar acusações da própria sociedade. Por isso, também exigem responsabilidade ambiental por parte das empresas, o que pode ser comprovado pela quantidade de leis ambientais que estão

11 DOW JONES SUSTAINABILITY WORLD INDEX (DJSI). In: **New York Stock Exchange (NYSE)**. Disponível em: <<http://www.nyse.com/>>. Acesso em: 10 out. 2009.

12 FTS4GOOD INDEX SERIES (Índice FTS4Good). In: **Sustentabilidade Philips**: responsabilidade econômica. Disponível em: <<http://www.sustentabilidade.philips.com.br/responsabilidade-economica/indice-fts4-good-e-amsterdam-stock-exchange.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.

13 ÍNDICE DE SUSTENTABILIDADE DAS COMPANHIAS DO MERCADO DE AÇÕES DE AMSTERDÃ. In: **Sustentabilidade Philips**: responsabilidade econômica. Disponível em: <<http://www.sustentabilidade.philips.com.br/responsabilidade-economica/indice-fts4-good-e-amsterdam-stock-exchange.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.

14 Ibidem.

15 DOW JONES SUSTAINABILITY WORLD INDEX (DJSI). In: **New York Stock Exchange (NYSE)**. Disponível em: <<http://www.nyse.com/>>. Acesso em: 10 out. 2009.

sendo aprovadas na atualidade, inclusive as restrições contra práticas poluentes introduzidas nas normas e tratados internacionais.

Com todas essas questões, entre outras, traçar, rever e reformular diretrizes e planos em relação às questões ambientais é imprescindível, não somente pela pressão da sociedade, investidores e governos, mas principalmente para a própria competitividade e manutenção da empresa no mercado. Analogamente, numa possível “(...) compra, fusão, cisão e incorporação de empresas, sua situação ambiental torna-se cada vez mais importante para avaliação de seu ativo, passivo e valores patrimoniais em geral”, conforme afirmam Andrade, Tachizawa e Carvalho.¹⁶

A estreita visão empresarial de que as questões de proteção ambiental implicam em aumento dos custos de produção está mudando, uma vez que não são mais consideradas como demandantes de volumes vultosos de investimentos, praticamente irre recuperáveis, ou obstáculos a questões jurídico-legais e ao crescimento econômico.

Pelo contrário, “(...) estão se convertendo em oportunidades para abrir mercados, baixar custos e evitar futuras restrições ao acesso a mercados internacionais. Além disso, é um dos fatores de decisão considerados pelos administradores de organizações”¹⁷.

Decisões empresariais para proteger e preservar o meio ambiente tornam-se rapidamente condição indispensável para concretizar significativas transações comerciais. Empresas com aspirações de vender no mercado externo, conseqüentemente seus administradores, necessitam atender à legislação de meio ambiente dos respectivos países importadores.

As empresas que ignorarem não só restrições de caráter legal - tanto no próprio país como daqueles governos no além-mar - como as preferências dos consumidores por produtos ecologicamente corretos, podem perder mercado¹⁸.

Segundo Kinlau¹⁹, empresas com atuação global, que desejam entrar ou manter suas fábricas em outros países, terão que respeitar, obrigatoriamente, as leis e regulamentos que estão sendo introduzidos pelos países isoladamente ou em alianças estratégicas.

Isso pode ser visto nos blocos econômicos e nos mercados regionais emergentes, onde o protecionismo se manifesta de forma crescente e variadas, assim como são impostos os requi-

16 ANDRADE, Rui Otávio Bernardes; TACHIZAWA, Takeshy; CARVALHO, Ana Barreiros de. **Gestão ambiental**: enfoque estratégico aplicado ao desenvolvimento sustentável. 2. ed. amp. rev. São Paulo: Pearson Makron Books, 2006, p.198.

17 Ibidem.

18 Ibidem.

19 KINLAU, Dennis C. **Empresa competitiva e ecológica**: desempenho sustentado na era ambiental. São Paulo: Makron Books, 1997.

sitos em relação à preservação ambiental. “Somente as empresas que se adaptarem em tempo a essa tendência terão chances de sobreviver e prosperar”²⁰.

Questões ambientais globais estão exigindo soluções globais. Neste século XXI, pode-se afirmar que há uma “Ordem Ambiental Internacional”²¹, conforme descreve Ribeiro em sua obra, quando analisa a evolução dos acordos multilaterais referentes a diversas temáticas ambientais.

Barbieri também se posiciona a esse respeito quando escreve que:

As preocupações com as harmonizações das legislações ambientais (...) devem-se a profundos impactos das leis ambientais sobre a competitividade das empresas no comércio internacional. A intensificação dos processos de abertura comercial, expondo produtores com diferenças pronunciadas de custos ambientais e sociais a uma competição mais acirrada e de âmbito mundial tem sido uma poderosa força indutora de regulamentação e auto-regulamentação socioambientais²².

É certo que a postura ambiental das empresas é um fenômeno internacional e que se estende também para as questões do meio ambiente, antes consideradas como questões locais ou nacionais, fazendo também com que as fronteiras nacionais não sejam mais um empecilho para a ocorrência de degradação ambiental.

Assim, a visão holística e integrada da sociedade e do mundo globalizado requer, além da conscientização e educação permanentes, diferentes relações entre a sociedade, investidores, governos e empresas e destas com outras empresas nacionais, e de ambos com o comércio internacional.²³

Completando essa ideia, Kinlaw²⁴ conclui que as pressões que forçam as empresas a responderem o desafio ambiental são muitas e variadas e o fator determinante de sua capacidade de competir no mercado se dará pela forma como as empresas responderem a essas pressões, uma vez que ‘aquela’ é a maior pressão que cerca as empresas.

O autor mencionado complementa a ideia dizendo que a capacidade de competir no mercado se fortalecerá se as empresas tornarem ‘mais limpos’ seus atuais e novos produtos, serviços e processos e buscarem novas oportunidades nesse emergente, forte e promissor mercado ambiental, pois ele tende a intensificar-se e rapidamente no futuro próximo.

20 ANDRADE; Rui Otávio Bernardes; TACHIZAWA, Takeshy; CARVALHO, Ana Barreiros de. **Gestão ambiental: enfoque estratégico aplicado ao desenvolvimento sustentável**. 2. ed. amp. rev. São Paulo: Pearson Makron Books, 2006, p.199.

21 RIBEIRO, Wagner Costa. **A ordem ambiental internacional**. São Paulo: Contexto, 2001.

22 BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos**. 2. ed. rev. atual. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2008, p.114.

23 ANDRADE; Rui Otávio Bernardes; TACHIZAWA, Takeshy; CARVALHO, Ana Barreiros de. **Gestão ambiental: enfoque estratégico aplicado ao desenvolvimento sustentável**. 2. ed. amp. rev. São Paulo: Pearson Makron Books, 2006,

24 KINLAU, Dennis C. **Empresa competitiva e ecológica: desempenho sustentado na era ambiental**. São Paulo: Makron Books, 1997.

Em vista disso, uma empresa sustentável é aquela que consegue criar valor de longo prazo para seus proprietários e/ou acionistas, contribuindo, ao mesmo tempo, para a solução dos problemas socioambientais.

De modo mais amplo, negócios ou empresas sustentáveis são as que:

- satisfazem as necessidades atuais usando recursos de modo sustentável;
- mantêm um equilíbrio em relação ao meio ambiente natural, com base em tecnologias limpas, reuso, reciclagem ou renovação de recursos;
- restauram qualquer dano causado por eles;
- contribuem para solucionar problemas sociais em vez de exacerbá-los; e
- geram renda suficiente para se sustentar²⁵.

Está comprovado, por meio de pesquisas, que o desempenho financeiro e mercadológico está fortemente relacionado com a reputação da empresa, a qual é um importante ativo intangível. Miles e Covin²⁶, por exemplo, mediante uma grande pesquisa, verificaram que a reputação é uma importante vantagem competitiva, e o modo como a empresa trata as questões sociais e ambientais é uma das fontes de sua reputação.

Enfim, não faltam pressões para que as empresas adotem programas de Gestão Ambiental, aqui entendida como:

As diretrizes e as atividades administrativas e operacionais, tais como planejamento, direção, controle, alocação de recursos e outras realizadas com o objetivo de obter efeitos positivos sobre o meio ambiente, quer reduzindo ou eliminando os danos ou problemas causados pelas ações humanas, quer evitando que eles surjam.²⁷

Na realidade, a expressão *gestão ambiental* é aplicada “(...) a uma grande variedade de iniciativas relativas a qualquer tipo de problema ambiental. (...) sendo que atualmente não há área que não seja contemplada. Qualquer proposta de gestão ambiental inclui no mínimo três dimensões, a saber²⁸.

- *espacial* → contempla a área (global, regional, nacional, local, setorial, empresarial etc.) na qual as ações de gestão devem ter eficácia;

- *temática* → delimita as questões ambientais (ar, água, solo, fauna e flora, aquecimento global, resíduos sólidos etc.) a que as ações se destinam;

25 CROSBIE, L.; KNIGHT, K. **Strategy for sustainable business: environmental opportunity and strategic choice**. England: McGrawHill Book, 1997, p. 270 (tradução nossa)

26 MILES, M. P.; COVIN, J. G. Environmental marketing: a source of reputational, competitive and financial advantage. **Journal of Business Ethics**, Netherlands, v. 23, p. 299-311, 2000.

27 BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos**. 2. ed. rev. atual. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2008, p.25..

29. Ibidem. p. 26-27.

- *institucional* → contempla os agentes (empresa, governo, sociedade civil, instituição multilateral etc.) que tomarão as iniciativas de gestão.

Assim, dada a amplitude das dimensões citadas e o objetivo deste estudo, descrevem-se a seguir alguns conceitos, instrumentos, programas e alternativas para a gestão de resíduos ou excedentes sólidos industriais, que podem ser alternativas para a obtenção de novos níveis de produtividade e competitividade mundial, com responsabilidade.

3 GESTÃO DE EXCEDENTES SÓLIDOS INDUSTRIAIS

Os resíduos sólidos são um tema polêmico tanto em nível nacional, como internacional, pois representam um grande problema para o meio ambiente e para a sociedade do mundo todo, uma vez que são as sobras do processo produtivo e de consumo.

Uma gestão inadequada, ou seja, tratamento e disposição incorretos, resulta em poluição e contaminação do meio ambiente, riscos à saúde pública e à economia, contrariando os princípios básicos do desenvolvimento sustentável: produção e consumo com responsabilidade.

No Brasil, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) conceitua e estabelece os padrões e normas para classificação e armazenamento dos resíduos sólidos por meio da NBR 10004:2004.

De acordo com NBR 10004:2004, os resíduos sólidos são definidos como:

Resíduos no estado sólido e semi-sólido, que resultam de atividades da comunidade de origem: industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição. Ficam incluídos, nesta definição os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, aqueles gerados em equipamentos e instalações de controle de poluição, bem como determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica e economicamente inviáveis em face à melhor tecnologia disponível²⁹.

Quanto à classificação dos resíduos sólidos, a NBR 10004:2004 cria duas classes, conforme os riscos potenciais ao meio ambiente³⁰:

- *Resíduos Classe I – Perigosos*: são aqueles que representam periculosidade ou uma das seguintes características: inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade e patogenicidade e apresentem significativo risco à saúde pública ou ao meio ambiente. Exs: óleos lubrificantes

29 ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 10004:2004**: resíduos sólidos. 2. ed. Rio de Janeiro: ABNT, 2004.

30 Ibidem.

usados, resíduos de laboratórios, borras de tintas e de solventes, lodos de estações de tratamento de águas residuais etc.

- *Resíduos Classe II – Não Perigosos*, apresentam duas subclasses

- *Resíduos Classe II A – Não inertes*: não se enquadram como Resíduos Classe I ou Classe II-B. Podem ter propriedades como biodegradabilidade, combustibilidade ou solubilidade em água; e

- *Resíduos Classe II B – Inertes*: quando submetidos a um contato dinâmico e estático com a água destilada ou desionizada, à temperatura ambiente, não apresentando constituintes solubilizados a concentrações superiores aos padrões de potabilidade de água vigentes, excetuando-se os padrões de aspecto, cor, turbidez, dureza e sabor. Ex: rochas, tijolos, vidros, borrachas e certos plásticos.

No que se refere ao armazenamento dos resíduos sólidos, a NBR 12235:1992 determina que³¹:

- *Resíduos Classe I – Perigosos*: o armazenamento desses resíduos deve ser feito sem alterar a quantidade e a qualidade dos resíduos. O local deve ser adequado, com isolamento, segurança e inspeção semanais para que não haja perigo de contaminação ambiental e/ou riscos a saúde pública. Deve ficar longe de mananciais, redes viárias, núcleos habitacionais e logradouros públicos, conforme estabelecidas em legislações específicas;

- *Resíduos Classe II – Não Perigosos*: as condições de armazenamento são menos severas, mas exigem cuidados especiais, para a escolha do local, o acondicionamento dos resíduos e as operações no local de armazenagem.

Por sua vez, *resíduo sólido industrial* é definido no artigo 2º, inciso I, da Resolução nº 313/2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) como:

todo o resíduo resultante de atividades industriais e que se encontre nos estados sólidos, semi-sólido, gasoso – quando contido, e líquido – cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgoto ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível. Ficam incluídos nesta definição os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água e aqueles gerados em equipamentos e instalações de controle da poluição³².

Assim, os resíduos industriais têm sua origem nas atividades dos diversos ramos da indústria, tais como: o metalúrgico, o químico, o petroquímico, o de papelaria, da indústria aliment-

31 Idem. **NBR 12235:1992**: armazenamento de resíduos sólidos perigosos. Rio de Janeiro: ABNT, 1992.

32 BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução CONAMA nº 313/2002, de 29 de outubro de 2002**. Dispõe o Inventário Nacional de Resíduos Sólidos Industriais. 2002. Disponível em: <http://www.mp.ro.gov.br/c/document_library/get_file?p_l_id=49484&folderId=162406&name=DLFE-38217.pdf>. Acesso em: 17 out. 2009, p.1.

tícia, automobilística, entre outras, sendo bastante variado e representado por cinzas, lodos, óleos, resíduos alcalinos ou ácidos, plásticos, papel, madeira, fibras, borracha, metal, escórias, vidros e cerâmicas. Nesta categoria, inclui-se também grande quantidade de lixo tóxico, o qual necessita de tratamento especial pelo seu potencial de envenenamento.

Para as empresas os resíduos representam custos, uma vez que há desperdício de matéria-prima, energia e investimento, além de ser sua a responsabilidade do descarte, o que as expõe a multas, sanções e evidências negativas perante o mercado e sociedade.

Dados os avanços na área, Albiero Filho³³ aconselha a substituição do termo ‘resíduo’, por considerá-lo inadequado, uma vez que o mesmo “se refere àqueles remanescentes efetivamente não aproveitáveis, inservíveis, que deveriam ter como destino os aterros ou centros tecnológicos de tratamento e/ou processamento especializados”. O autor sugere “em seu lugar, a adoção de termos mais propícios, como *excedentes ou subprodutos*, para designar aqueles materiais derivados dos processos tecnológicos de transformação industrial, denominação mais compatível, legítima e adequada”.

Assim, por também considerá-lo mais adequado, esse termo será adotado, sempre que possível, na seqüência desse estudo, pois remete melhor à ideia de matérias-primas excedentes, ou seja, sobras dos processos de produção, que, novamente inseridas nesses processos, resultam em produtos alternativos e tendem ao desperdício zero, conforme complementa o referido autor.

A gestão de excedentes sólidos na empresa constitui uma maneira de administrar de forma mais eficiente os recursos e suas sobras, pois é um conjunto de princípios que busca a melhor utilização dos conceitos de reduzir, reutilizar, reciclar, além de visar à eliminação e descarte correto daquilo que não foi possível reutilizar, reciclar ou recuperar.

Então, a gestão ou o gerenciamento de excedentes sólidos industriais:

visa abordar o controle sistemático da geração, redução, segregação, armazenamento e coleta de resíduos atendendo a legislação aplicável, normas técnicas, exigências de órgãos ambientais e boas práticas industriais por meio das melhores ferramentas de gestão, contemplando o controle de documentos e interfaces necessárias para a implementação de um programa de gestão de resíduos funcional³⁴.

Para atender aos requisitos econômicos, sociais, ambientais, legais e contribuir significativamente para o próprio marketing, criando a imagem de uma empresa consciente, as empresas precisam elaborar uma Gestão de Excedentes Sólidos eficiente.

33 ALBIERO FILHO, Ângelo. Um novo conceito. In: GARCIA, Ricardo Lopes (elab.). **Manual de coleta seletiva**. São Paulo: FIESP/CIESP, 2003, p.5 (grifo nosso).

34 DINÂMICA DA TERRA SERVIÇOS AMBIENTAIS LTDA. Consultoria Sócio-Ambiental. **Gerenciamento de Resíduos Sólidos Industriais (GRSI)**. Disponível em: <<http://www.dinamicadaterra.com.br/cursos/grsi/grsi-nov.php>>. Acesso em: 28 set. 2009.

Para isso, a mesma deve fazer uma avaliação para diagnosticar possíveis problemas em seus produtos ou processos, visando a uma produção mais eficiente, por meio da economia de materiais e energia, a fim de eliminar os rejeitos na fonte, o que permite produzir mais bens e serviços com menos insumos, aumentando a produtividade e competitividade da empresa.

Segundo Barbieri, os instrumentos típicos para uso sustentável dos recursos podem ser sintetizados pelas seguintes atividades, conhecidas como 4RS (redução de excedentes na fonte, reuso, reciclagem e recuperação energética)³⁵:

- *Reduzir*: independentemente das características dos excedentes, essa deve ser sempre a primeira opção, pois significa diminuir o peso ou o volume dos rejeitos gerados, bem como modificar as suas características. Muitas vezes é necessário reprojeter os produtos, adequando-os em termos de dimensão e características físico-químicas para produzir o mínimo de excedentes e reduzir seu grau de periculosidade. Entre as práticas administrativas e operacionais de prevenção de excedentes estão a modificação de equipamentos, substituição de materiais, conservação de energia, reusar e reciclar excedentes internamente, estabelecer planos de manutenção preventiva e rever a gestão de estoques;

- *Reusar*: significa utilizar novamente os excedentes no próprio estabelecimento que os gerou, como, por exemplo, retrabalhar as peças com defeitos, reaproveitar os restos de matérias-primas, utilizar calor antes dissipado no ambiente de trabalho para pré-aquecimento, usar água servida para resfriar algum equipamento antes de tratá-la, usar tambores e outras embalagens para estocar excedentes, prolongar a vida útil de *pallets*, tambores e outras embalagens de transporte, desde que não prejudiquem o trabalho a ser executado, e remanufaturar peças e componentes para serem reutilizados nos mesmos equipamentos;

- *Reciclar*: a reciclagem interna é o tratamento dos excedentes para torná-los novamente aproveitáveis na própria fonte produtora, como, por exemplo, o tratamento da água residuária antes de sua reutilização. Já a reciclagem externa, feita fora da empresa, embora benéfica ao meio ambiente e a sociedade na medida em que reduz as necessidades de matérias-primas originais, diminui o volume de excedentes com disposição final e gera emprego e renda, também gera problemas ambientais, pois esses processos requerem energia e outros materiais originais e pode gerar poluentes tóxicos como a produção de qualquer outro produto. Por isso, a prioridade deve ser a minimização dos excedentes;

- *Recuperar energia*: como nem todo excedente pode ser reusado ou reciclado, uma terceira alternativa é o reaproveitamento do seu poder calorífico para geração de energia, quando possível. Queimar plásticos, papel e papelão contaminados ou degradados, objetos de madeira inservíveis, produtos orgânicos resultantes do processamento de matérias-primas, entre outros.

35 BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial**: conceitos, modelos e instrumentos. 2. ed. rev. atual. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.

Por fim, espera-se que os resíduos sem possibilidade de aproveitamento sejam mínimos e que sua disposição final seja feita com segurança e sempre que possível segregando-os pelos seus elementos constitutivos. Quem sabe um dia, o desenvolvimento tecnológico torne a recuperação desses elementos economicamente viável. A prevenção da poluição não elimina completamente a abordagem de controle, mas reduz sua necessidade³⁶.

Pela exposição, está claro que a solução para os problemas de gestão de excedentes sólidos não pode ser delegada a um único tipo de sistema de prevenção, mas a uma rede integrada de medidas capazes de satisfazer as necessidades da eliminação das correntes primárias e secundárias deles, tais como os derivados de tratamento e de usinas de eliminação de outros excedentes.

A hierarquia aceita dos princípios de Sistemas de Gerenciamento Integrado de Resíduos (SIGR) está justamente baseada nos 4RS. A disposição final em um aterro significa que o excedente ou frações dele é considerado inaproveitável e, por isso, deve se limitar àqueles para os quais não existir mais possibilidade de reaproveitamento.

Como os custos dessas atividades sempre devem ser considerados pela gestão do processo, especialistas aconselham que a prática da prevenção seja iniciada naquela parte do processo produtivo que não exige investimentos elevados e, ao mesmo tempo, esteja gerando muitos desperdícios.

Algumas práticas de prevenção podem ser realizadas com relativa facilidade e baixo custo, por exemplo, usando boas práticas de *housekeeping* (organização do local de trabalho, limpeza, arrumação sistemática e padronização), redesenho dos produtos, revisão do *lay-out* do chão de fábrica, manutenção preventiva, gestão de estoques e outras práticas conhecidas da administração de produção e operações³⁷.

As práticas mencionadas também podem fazer parte de programas de *Produção Mais Limpa (PMaisL)*, pois os mesmos muitas vezes, sequer exigem investimentos e também visam a ajustes nos processos das empresas para diminuir as fontes geradoras de excedentes.

A Produção Mais Limpa (PMaisL) é uma metodologia de prevenção da poluição definida como aplicação contínua de uma estratégia ambiental preventiva e integrada a processos, produtos e serviços. A PMaisL visa a aumentar a eficiência no uso de matérias-primas, água e energia, propiciando desta forma a não geração, minimização ou reciclagem de resíduos e emissões³⁸.

36 BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos**. 2. ed. rev. atual. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2008, p.124.

37 Idem, *ibidem*.

38 CNI – Confederação Nacional da Indústria. **Programa Nacional de Produção Mais Limpa**: metodologia reduz custos. In: CNI em ação – meio ambiente: gerenciamento de resíduos. Disponível em: <<http://www.cni.org.br>>. Acesso em: 20 set. 2009, p. 2.

No Brasil, a Confederação Nacional das Indústrias (CNI) está elaborando o Programa Nacional de Produção Mais Limpa em conjunto com o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) e os Ministérios do Meio Ambiente (MMA), Ciência e Tecnologia (MCT) e Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), com o objetivo de disseminar as melhores práticas de PMaisL por todo o país. Trata-se de uma iniciativa para consolidar as ações já existentes em PMaisL e solucionar as atuais dificuldades na aplicação da metodologia nas empresas brasileiras³⁹. Outro modelo de gestão que pode ser aplicado para a redução de excedentes é a *Ecoeficiência*, uma vez que sua proposta é reconhecida por reduzir a poluição e o uso de recursos nas suas atividades, conforme descreve Barbieri:

A ecoeficiência baseia-se na ideia de que a redução de materiais e energia por unidade de produto ou serviço aumenta a competitividade da empresa, ao mesmo tempo que reduz as pressões sobre o meio ambiente, seja como fonte de recursos, seja como depósito de resíduos. É um modelo de produção e consumo sustentável, na medida que ressalta a produção de bens e serviços necessários e que contribuam para melhorar a qualidade de vida⁴⁰.

Os dois modelos de gestão mencionados, conforme complementa o autor, possuem muitas semelhanças entre si, divergindo basicamente apenas na questão de que a preocupação com os produtos na PMaisL decorre da necessidade de prevenir a poluição durante o processo de produção, enquanto a ecoeficiência se preocupa também com o produto em si e seu impactos ambientais e valoriza a reciclagem interna e externa, diferindo da anterior onde essa opção está relegada a segundo e terceiro níveis.

Outro programa lançado pela CNI no país, no dia 8 de julho de 2009, é o *Sistema Integrado de Bolsas de Resíduos*, que tem como objetivo fortalecer o trabalho das bolsas de resíduos das federações de indústrias.

O Sistema atenderá cerca de 10 mil empresas em todo o país. Nessa primeira fase, a iniciativa integrará os sites voltados à comercialização de sobras de processos industriais das federações de indústrias da Bahia, Goiás, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco e Rio Grande do Sul. Também devem ingressar no Sistema as Bolsas de São Paulo, Santa Catarina, Ceará, Sergipe, Espírito Santo e Alagoas.

As bolsas de resíduos são ambientes na internet que permitem a compra, a venda, a troca ou a doação de sobras de processos industriais, como plásticos, papéis e sucatas

39 Ibidem.

40 BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos**. 2. ed. rev. atual. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 138.

metálicas. A negociação de produtos recicláveis é um instrumento que evita o desperdício, reduz os custos e o impacto ambiental da atividade industrial⁴¹.

Em 2006, essa bolsa foi criada em Minas Gerais e, em 2009, conta com 1.256 empresas cadastradas. No site, a Bolsa de Recicláveis da Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais (FIEMG) registra uma média de 14 mil acessos ao mês e há atualmente 414 anúncios com ofertas de compra, venda, doação e troca de resíduos diversos, como couro, lâmpadas, lodos, metais, óleos, papéis e produtos orgânicos⁴².

A importância da reciclagem no mundo está expressa nos números a seguir:

Calcula-se que 700 milhões de toneladas de materiais de todos os tipos sejam recicladas anualmente no planeta. Isso representa um faturamento anual de 200 bilhões de dólares. Nos EUA, a reciclagem já emprega diretamente meio milhão de pessoas, o dobro do que emprega a indústria do aço⁴³.

Outra forma de difundir a reciclagem no Brasil, dentro do conceito de Gerenciamento Integrado de Excedentes Sólidos, é realizada pelo Compromisso Empresarial para Reciclagem (Cempre), que é uma associação sem fins lucrativos dedicada à promoção da reciclagem pós-consumo, fundada em 1992 e mantida 100% por empresas privadas de diversos setores.

O Cempre trabalha para conscientizar a sociedade sobre a importância da redução, reutilização e reciclagem de lixo através de publicações, pesquisas técnicas, seminários e bancos de dados. Os programas de conscientização são dirigidos principalmente para formadores de opinião, tais como prefeitos, diretores de empresas, acadêmicos e organizações não governamentais (ONG's)⁴⁴.

Essa participação de diversos setores e instituições da sociedade (governo, empresas, organizações e associações), principalmente das cooperativas de catadores – que vêm assumindo um papel cada vez mais importante –, tem sido fundamental para o êxito do modelo sustentável de reciclagem brasileiro.

O que se percebe, então, é que cada setor, conforme suas características e necessidades, vem apostando de maneira mais marcante na reciclagem - não apenas como solução para as questões ambientais, mas também como um caminho que possibilita

41 CNI – Confederação Nacional da Indústria. **Programa Nacional de Produção Mais Limpa**: metodologia reduz custos. In: CNI em ação – meio ambiente: gerenciamento de resíduos. Disponível em: <<http://www.cni.org.br>>. Acesso em: 20 set. 2009, p.2.

42 Ibidem, p.4.

43 VEJA.COM. **Reciclagem e coleta seletiva**. Seções On Line – Perguntas e Respostas, set. 2008. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/reciclagem/index.shtml>. Acesso em: 20 dez. 2009, p.3.

44 CEMPRE - Compromisso Empresarial para Reciclagem. **Institucional**. Disponível em: <http://www.cempre.org.br/cempre_institucional.php>. Acesso em: 19 dez. 2009, p. 1.

boas oportunidades de negócios. Firma-se, assim, o conceito de sustentabilidade que une aspectos econômicos, sociais e ambientais⁴⁵.

Como resultados numéricos, o Cempre fechou o levantamento anual dos Índices de Reciclagem de Resíduos Sólidos Urbanos no país, com os números relativos a 2008. Segundo o seu diretor, André Vilhena, apesar da “crise no mercado de recicláveis, os números apontam para um crescimento de cerca de 10% do índice geral. Isso demonstra que o setor vem amadurecendo na busca de alternativas para se manter forte e viável”⁴⁶.

A pesquisa revela que oportunidades não faltam. O Brasil possui 5.564 municípios, considerando o Distrito Federal e de Fernando de Noronha⁴⁷. No entanto, apenas 405 municípios brasileiros (aproximadamente 7,3% do total) oferecem coleta seletiva à população. Porém, é uma evolução marcante se considerado o total de 1994, quando apenas 81 municípios tinham esse tipo de coleta seletiva.

Em meio a esse cenário e considerando o objetivo da pesquisa, é importante destacar os índices relativos a alguns dos materiais analisados na pesquisa do Cempre, de 2008, tais como o aço, o vidro, embalagens longa vida e papel de escritório, descritos a seguir⁴⁸:

- *Aço*: é o material mais reciclado no mundo (cerca de 385 milhões de toneladas em 2008). No Brasil, foram produzidas 33,8 milhões de toneladas de aço bruto, das quais 575 mil foram de folhas de aço para embalagens, sendo que cerca de 10,2 milhões de toneladas de sucatas foram utilizadas para tal produção (30,1% do aço produzido no país);

- *Vidro*: o país produziu, em 2008, em torno de 1 milhão de toneladas de embalagens de vidro e conseguiu reciclar 47% delas. Nessa produção foram utilizados os cacos originados de refugo das próprias fábricas e da coleta, sendo também aplicados na composição de asfalto e pavimentação de estradas, na construção de sistemas de drenagem contra enchentes e na produção de espuma, fibra de vidro, bijuterias e tintas reflexivas;

- *Embalagens longa vida*: o Brasil é líder absoluto nas Américas no mercado de reciclagem de embalagens cartonadas, mantendo-se acima da média mundial (18%) e próximo à média europeia (30%). Em 2008, a taxa de reciclagem no país foi de 26,6%, totalizando mais de 52 mil toneladas, envolve cooperativas de catadores, indústrias de papel, plástico, placas e telhas e fabricantes de alta tecnologia como a de plasma;

45 Idem. **CEMPRE Informa**: um quadro da reciclagem nos diferentes segmentos. Disponível em: <http://www.cempre.org.br/cempre_informa.php?lnk=ci_2009-1112.php>. Acesso em: 19 dez. 2009, p.1 (grifo nosso)

46 Ibidem.

47 IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Contagem da população 2007**. Rio de Janeiro: IBGE, 2007.

48 CEMPRE - Compromisso Empresarial para Reciclagem. **CEMPRE Informa**: um quadro da reciclagem nos diferentes segmentos. Disponível em: <http://www.cempre.org.br/cempre_informa.php?lnk=ci_2009-1112.php>. Acesso em: 19 dez. 2009, p.2.

• *Papel de escritório*: nome genérico que inclui papéis de carta, blocos de anotações, copiadoras, impressoras, revistas e folhetos, entre outros. De todo o papel que circulou no Brasil em 2008, retirado o que não é passível de reciclagem, 50,8% retornou a produção, sem contar que uma grande quantidade de aparas utilizadas na fabricação de outros produtos – como telhas – não é computada nas estatísticas.

Os benefícios trazidos pela reciclagem, além da diminuição da extração de matérias-primas naturais, também são econômicos e sociais, o tende a aumentar a produtividade e competitividade das empresas envolvidas, melhorar a imagem do país internacionalmente e propiciar melhor qualidade de vida para a sociedade.

No Brasil, estima-se que uma tonelada de lixo reciclado economize 435 dólares e:

Para se ter uma ideia, a reciclagem de uma única latinha de alumínio propicia economia de energia suficiente para manter uma geladeira ligada por quase dez horas; cada quilo de vidro reutilizado evita a extração de 6,6 quilos de areia; cada tonelada de papel poupada preserva vinte eucaliptos (...), com a reciclagem de 30.000 toneladas de papel, o país deixou de derrubar 600.000 árvores. A indústria também pode se beneficiar. A versão reciclada dos plásticos, por exemplo, consome apenas 10% do petróleo exigido na produção do plástico virgem – economia que vem a calhar com a escalada vertiginosa do preço do barril verificada nas últimas décadas. As vantagens também podem ser obtidas pela reciclagem do aço, cuja tonelada reaproveitada preserva 110.000 toneladas de minério de ferro, material de extração caríssima⁴⁹.

Embora os benefícios sejam comprovados e instrumentos, programas e sistemas existam e outros estejam sendo criados para favorecer a Gestão de Excedentes Sólidos Industriais no Brasil, alguns fatores são considerados como gargalos para o seu gerenciamento, dentre os quais a CNI cita:

- ausência da diferenciação dos resíduos sólidos dos coprodutos, que são aqueles materiais requalificados por processos ou operações de valorização para os quais há utilização técnica, ambiental e economicamente viável, não sendo dispostos no meio ambiente;
- falta de base de dados disponíveis, em nível nacional, em relação a geração, tratamento e disposição final dos resíduos industriais. A base de dados é uma ferramenta fundamental para planejamento de ações de gerenciamento dos resíduos sólidos;
- falta de locais licenciados para tratamento e disposição final de resíduos sólidos industriais;
- dificuldades de financiamento para aquisição de equipamentos, instalação de sistemas de tratamento de resíduos (aterros, incineradores, usinas de reciclagem etc);

49 VEJA.COM. **Reciclagem e coleta seletiva**. Seções On Line – Perguntas e Respostas, set. 2008. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/reciclagem/index.shtml>. Acesso em: 20 dez. 2009, p.1.

- altos custos atrelados à logística do processo⁵⁰.

Uma das grandes alternativas para ajudar a reduzir esses gargalos é a aprovação do Projeto de Lei que institui a *Política Nacional de Resíduos Sólidos* (PNRS) no país. Essa é uma obrigatoriedade do governo brasileiro, uma vez que ele é instrumento essencial para definir os direitos e as obrigações do setor público e privado e da sociedade civil sobre o gerenciamento dos excedentes, bem como dos consumidores finais. A definição de uma Política Nacional implicará, também, na sistematização de suas diretrizes, instrumentos e mecanismos de implementação.

Isso é corroborado pelo diretor do Cempre, André Vilhena:

Para aprofundar ainda mais essa consolidação, é indispensável a aprovação da Política Nacional de Resíduos Sólidos que continua em tramitação no Congresso. A partir dela, poderemos incrementar de maneira efetiva a coleta seletiva e estimular o crescimento de toda a cadeia⁵¹.

Após 15 anos de discussões, o Projeto de Lei 203/1991 foi aprovado em 2006 na Comissão de Meio Ambiente da Câmara dos Deputados e aguarda votação no Plenário da Câmara. A expectativa da sociedade brasileira era a de que a matéria fosse apreciada ainda em 2009 para, então, seguir para o Senado, o que, novamente, não aconteceu.

Outro problema é que na ausência de uma lei federal, estados e municípios começaram a legislar de forma independente sobre regras para o tratamento e descarte de excedentes sólidos industriais, o que tem gerado grandes conflitos entre os setores públicos e privados, dentre outros, como os exemplos descritos a seguir.

A Lei 13.316/2002 do município de São Paulo obriga as empresas (produtoras e distribuidoras de bebidas de qualquer natureza, óleos combustíveis, lubrificantes e similares, cosméticos e produtos de higiene e limpeza) a recolherem pelo menos 50% de todas as embalagens que elas usam para vender seus produtos na cidade nos 12 primeiros meses de validade da regra, 75% no ano seguinte e 90% no terceiro⁵².

Grandes companhias (Coca-Cola, Ambev, Petrobras e Shell) foram multadas por ignorarem a lei e as notificações emitidas pela Secretaria do Verde e Meio Ambiente da prefeitura paulistana.

50 CNI – Confederação Nacional da Indústria. **Programa Nacional de Produção Mais Limpa**: metodologia reduz custos. In: CNI em ação – meio ambiente: gerenciamento de resíduos. Disponível em: <<http://www.cni.org.br>>. Acesso em: 20 set. 2009, p.1.

51 CEMPRE - Compromisso Empresarial para Reciclagem. **CEMPRE Informa**: um quadro da reciclagem nos diferentes segmentos. Disponível em: <http://www.cempre.org.br/cempre_informa.php?lnk=ci_2009-1112.php>. Acesso em: 19 dez. 2009, p.1 (grifo nosso).

52 CUNHA, Lílian. São Paulo multa quem não recolhe embalagem. **Jornal Valor Econômico**, São Paulo, 14 set. 2009. Caderno Empresas – Tendências&Consumo, p.B4.

A Secretaria do Meio Ambiente do Paraná, por sua vez, com base nas Leis Federal 6.938/81 e Estadual 12.493/99, que orientam a aplicação de autuação pela produção de resíduos sem destinação final adequada, e na Lei Municipal 7055/05, que obriga fabricantes de lâmpadas a recolherem os produtos comercializados e encaminhá-los a empresas recicladoras, também multou as quatro maiores fabricantes do setor do país (Philips, General Electric, Sylvania e Osram, da Siemens) por descumprimento das leis e por não apresentarem projetos para o gerenciamento correto de seus resíduos⁵³.

Por conta dessas ações, as empresas acumulam dívidas enormes e estão recorrendo à justiça.

Espera-se que, com a aprovação da Política Nacional para o setor, esses e outros conflitos entre a iniciativa privada e o setor público sejam minimizados, até para não comprometer a imagem do país, seus governantes e as empresas fora do país.

Com base nas questões levantadas, a FIESP (2003) destaca alguns fatores preponderantes e motivacionais para uma empresa fazer Gestão de Excedentes Sólidos Industriais, principalmente no que se refere à coleta seletiva e à reciclagem⁵⁴:

- *Exigências legais*: considerando a infinidade de órgãos de controle e um universo estimado de 100 mil instrumentos legais, em alguns casos contraditórios, verifica-se que as empresas necessitam urgentemente gerenciar seus excedentes sólidos industriais como uma forma de prevenção a possíveis problemas futuros, conhecendo esses órgãos e suas atuações, assim como a vasta legislação na área de excedentes industriais. Gerir uma empresa ignorando esta realidade significa um alto risco;

- *Competição global*: o aumento dessa competição está forçando as empresas exportadoras a adotarem técnicas de administração e de produção mais efetivas. As normas da ISO (Série ISO 9000 e 14000), por exemplo, têm um importante efeito multiplicador, porque requerem que as empresas certificadas exijam de seus fornecedores os mesmos princípios de gestão. “A maioria das corporações multinacionais que operam no Brasil deve, por exigência de sua matriz internacional, obedecer a regulamentos ambientais estabelecidos pelo país de origem” (p.18). Para suas operações mundiais, algumas destas multinacionais usam os mesmos fornecedores para suprir as tecnologias de excedentes sólidos. “A União Europeia tem dificultado a entrada de bens brasileiros em seu mercado se estes não obedecerem às técnicas de produção ambientalmente seguras” (idem);

- *Restrições de crédito financeiro para as indústrias poluidoras*: o Ministério do Meio Ambiente planeja criar um banco de dados de passivo ambiental, onde listará todas as empresas

53 BARROS, Bettina; BORGES, André. Fabricantes de lâmpadas na berlinda. Jornal **Valor Econômico**, São Paulo, 14 set. 2009. Caderno Empresas – Indústria, p.B8.

54 GARCIA, Ricardo Lopes (elab.). **Manual de coleta seletiva**. São Paulo: FIESP/CIESP, 2003, p.16-23.

que causam ou causaram algum dano ou impacto ao ambiente e poderá ser usado pelas instituições financeiras para avaliar as solicitações de crédito para as empresas listadas;

- *Opções escassas de tratamento e disposição final*: a falta expressiva de locais adequados para o tratamento ou disposição final de excedentes sólidos industriais, se deve, principalmente, a três fatores, que são o alto custo de implementação, a lentidão do processo de análise e licenciamento de novas unidades e a repulsa de prefeituras na implementação desses sistemas. Como consequência, muitas empresas, por falta de opção ou por desconhecimento, acabam por destinar os excedentes industriais para os aterros municipais ou para locais não adequados. Isso deve ser evitado, uma vez que a empresa pode ser responsabilizada por contaminar a área e o custo da descontaminação pode ser extremamente elevado;

- *Alto custo para tratamento e disposição final*: esse fator, muitas vezes, torna o tratamento e disposição final praticamente proibitivos, o que direciona empresas a processos de armazenamento, tratamento ou disposição final internos. Isso, por sua vez, também precisa ser muito bem avaliado para a empresa não incorrer em altos riscos ambientais e também econômicos;

- *Um bom negócio*: especialistas estimam que o setor de reciclagem de excedentes sólidos representa cerca de 35% do mercado ambiental em seu conjunto e seu faturamento está acima de US\$ 1 bilhão no Brasil, com perspectivas de crescimento da ordem de 3 a 7% ao ano. Valores particulares desse mercado foram mencionados anteriormente e atestam que reciclar é um ótimo negócio e um mercado em expansão.

Esses fatores podem motivar as empresas a repensarem e reestruturarem a maneira de gerir seus excedentes sólidos, visando à preservação do meio ambiente, uma vez que existem várias maneiras de se implantar essa gestão, cabendo a cada uma avaliar a melhor maneira que atenda os seus objetivos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Afirmar efetivamente que todos os segmentos empresariais estão conscientizados da importância de gerir responsabilmente os recursos naturais, dispondo, inclusive, de forma correta, todos os excedentes gerados no seu processo produtivo é uma realidade ainda distante, pois modificar e transformar a maneira de gerenciar essas atividades não ocorre a curto prazo. Se assim não fosse, não existiriam tantos problemas ambientais no planeta.

Entretanto, a Gestão de Excedentes Sólidos Industriais representa para as organizações uma oportunidade impar em seus negócios, capaz de agregar vantagens econômicas, sociais e ambientais, devendo, para isso, ser internalizada no planejamento estratégico, buscando atender as suas necessidades, uma vez que cada empresa tem características próprias.

Contudo, mesmo considerando essas diferenças, é possível assinalar alternativas eficazes dessa gestão nas empresas para melhorar os níveis de produtividade e competitividade, com responsabilidade.

No que se refere a vantagens econômicas, no processo produtivo, essas alternativas podem ser traduzidas como economia de matérias-primas, insumos, energia e melhor utilização de subprodutos, resultantes do processamento mais eficiente dos recursos, por meio da utilização de Programas de Produção Mais Limpa e da Ecoeficiência que contemplam os 4RS (redução, reutilização, reciclagem e recuperação de energia), uma vez que há, com isso, uma conversão dos desperdícios em forma de valor, gerando um aumento dos rendimentos do processo produtivo e uma redução ou eliminação do custo de atividades envolvidas no manuseio, transporte e descarte de excedentes.

Para a empresa como um todo, além da adição do valor com a eliminação ou minimização dos excedentes (desperdício tendendo a zero), há menor incidência de custos com multas e processos judiciais, o que também melhora o diálogo com os órgãos de controle e fiscalização, reduzindo, paralelamente, o risco de desastres e passivos ambientais.

Na totalidade, a empresa melhora a sua imagem perante o governo, investidores, mercado e consumidores, o que lhe propicia uma maior possibilidade de manutenção dos atuais e conquista de novos mercados nacionais e internacionais.

No que se refere a vantagens sociais e ambientais, vale mencionar que essa gestão é também um investimento no meio ambiente e na qualidade de vida. Quando destinados corretamente, esses excedentes deixam de contaminar o solo, o ar e a água, diminuem a proliferação de doenças, prolongam a vida útil dos aterros e proporcionam uma menor retirada de matérias-primas renováveis e não renováveis da natureza, beneficiando o meio ambiente e a saúde da população. Ainda, dependendo do programa adotado pela empresa, este pode proporcionar, de forma direta ou indireta, emprego e renda, e tende a melhorar a autoestima e o padrão de vida pessoal, da família e da comunidade, podendo diminuir a criminalidade, a prostituição e o alcoolismo e integrar na economia formal os trabalhadores antes marginalizados, assim como criar oportunidades de fortalecer organizações comunitárias. Com todos esses benefícios gerados, a sociedade como um todo ganha e, por extensão, cumpre-se o que está determinado na legislação, protegendo o meio ambiente.

Por fim, está comprovado que as empresas que não se adaptarem ou não adequarem suas atividades aos padrões do desenvolvimento sustentável, a curto ou médio prazo, perderão seus lugares no mercado, pois possuem grande poder de participação e influencia na manutenção da vida no planeta.

No entanto, mesmo que a sustentabilidade faça com que as empresas tenham uma visão diferenciada do meio ambiente, e que ainda existe leis e normas a seguir, esse foco ocorre, principalmente, pela obrigatoriedade de agregar benefícios em seus produtos e processos, tor-

nando-os mais eficazes, quando, na verdade, a visão deveria ser de educação e conscientização para mudar a degradação existente.

Por isso, é fundamental que as empresas alinhem este pensamento de sustentabilidade a seus principais objetivos, ou seja, buscar lucro sem agredir de forma desordenada o meio ambiente ou a sociedade adequando-se e ajustando-se a esta ordem o mais breve possível sob o risco de perder competitividade no mercado mundial, além de atender às necessidades presentes, sem interferir ou comprometer a capacidade das gerações futuras de suprirem suas próprias necessidades.

REFERÊNCIAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 12235:1992**: armazenamento de resíduos sólidos perigosos. Rio de Janeiro: ABNT, 1992.

_____. **NBR 10004:2004**: resíduos sólidos - classificação. 2. ed. Rio de Janeiro: ABNT, 2004.

ALBIERO FILHO, Ângelo. Um novo conceito. In: GARCIA, Ricardo Lopes (elab.). **Manual de coleta seletiva**. São Paulo: FIESP/CIESP, 2003.

ANDRADE; Rui Otávio Bernardes; TACHIZAWA, Takeshy; CARVALHO, Ana Barreiros de. **Gestão ambiental**: enfoque estratégico aplicado ao desenvolvimento sustentável. 2. ed. amp. rev. São Paulo: Pearson Makron Books, 2006.

BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial**: conceitos, modelos e instrumentos. 2. ed. rev. atual. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROS, Bettina; BORGES, André. Fabricantes de lâmpadas na berlinda. **Jornal Valor Econômico**, São Paulo, 14 set. 2009. Caderno Empresas – Indústria, p.B8.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente – **Resolução CONAMA nº 313/2002, de 29 de outubro de 2002**. Dispõe o Inventário Nacional de Resíduos Sólidos Industriais. 2002. Disponível em: <http://www.mp.ro.gov.br/c/document_library/get_file?p_l_id=49484&folderId=162406&name=DLFE-38217.pdf>. Acesso em: 17 out. 2009.

CEMPRE - Compromisso Empresarial para Reciclagem. **Institucional**. Disponível em: <http://www.cempre.org.br/cempre_institucional.php>. Acesso em: 19 dez. 2009.

_____. **CEMPRE Informa**: um quadro da reciclagem nos diferentes segmentos. Disponível em: <http://www.cempre.org.br/cempre_informa.php?lnk=ci_2009-1112.php>. Acesso em: 19 dez. 2009.

CNI – Confederação Nacional da Indústria. Programa Nacional de Produção Mais Limpa: metodologia reduz custos. In: **CNI em ação** – meio ambiente: gerenciamento de resíduos. Disponível em: <<http://www.cni.org.br>>. Acesso em: 20 set. 2009.

CROSBIE, L.; KNIGHT, K. **Strategy for sustainable business**: environmental opportunity and strategic choice. England: McGrawHill Book, 1997.

CUNHA, Lílian. São Paulo multa quem não recolhe embalagem. **Jornal Valor Econômico**, São Paulo, 14 set. 2009. Caderno Empresas – Tendências&Consumo, p.B4.

DIAS, Reinaldo. **Gestão ambiental**: responsabilidade social e sustentabilidade. São Paulo: Atlas, 2006.

DINÂMICA DA TERRA SERVIÇOS AMBIENTAIS LTDA. – Consultoria Sócio-Ambiental. **Gerenciamento de Resíduos Sólidos Industriais** (GRSI). Disponível em: <http://www.dinamicadaterre.com.br/cursos/grsi/grsi_nov.php>. Acesso em: 28 set. 2009.

DOW JONES SUSTAINABILITY WORLD INDEX (DJSI). In: **New York Stock Exchange (NYSE)**. Disponível em: <<http://www.nyse.com/>>. Acesso em: 10 out. 2009.

FTS4GOOD INDEX SERIES (Índice FTS4Good). In: **Sustentabilidade Philips: responsabilidade econômica**. Disponível em: <<http://www.sustentabilidade.philips.com.br/responsabilidade-economica/indice-fts4-good-e-amsterdam-stock-exchange.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.

GARCIA, Ricardo Lopes (elab.). **Manual de coleta seletiva**. São Paulo: FIESP/CIESP, 2003.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Contagem da população 2007**. Rio de Janeiro: IBGE, 2007.

ÍNDICE DE SUSTENTABILIDADE DAS COMPANHIAS DO MERCADO DE AÇÕES DE AMSTERDÃ. In: **Sustentabilidade Philips: responsabilidade econômica**. Disponível em: <<http://www.sustentabilidade.philips.com.br/responsabilidade-economica/indice-fts4-good-e-amsterdam-stock-exchange.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.

ÍNDICE DE SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL (ISE). In: **Bolsa de Valores de São Paulo (BM&FBOVESPA)**. Disponível em: <<http://www.bovespa.com.br/Principal.asp>>. Acesso em: 10 out. 2009.

KINLAU, Dennis C. **Empresa competitiva e ecológica: desempenho sustentado na era ambiental**. São Paulo: Makron Books, 1997.

MILES, M. P.; COVIN, J. G. Environmental marketing: a source of reputational, competitive and financial advantage. **Journal of Business Ethics**, Netherlands, v. 23, p.299-311, 2000.

RIBEIRO, Maisa de Souza. **Contabilidade ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Wagner Costa. **A ordem ambiental internacional**. São Paulo: Contexto, 2001.

SCHMIDHEINY, Stephan. **Cambiando el rumbo: uma perspectiva global del empresariado para el desarrollo y el medio ambiente**. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

VEJA.COM. **Reciclagem e coleta seletiva**. Seções On Line – Perguntas e Respostas, set. 2008. Disponível em: http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/reciclagem/index.shtml>. Acesso em: 20 dez. 2009.

O REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADES ECONÔMICAS

Carlos Alberto de Moraes RAMOS FILHO

1 INTRODUÇÃO: AS ATIVIDADES DO ESTADO E AS ATIVIDADES DOS PARTICULARES

O presente estudo busca traçar os contornos do regime jurídico aplicável às empresas estatais que exploram atividades econômicas.

Tal estudo exige prévia análise do que sejam “atividades econômicas”, o que, por sua vez, impõe prévia distinção entre o campo das atividades privadas e o campo das atividades estatais.

É sabido que a vida social – ou seja, o conjunto de atividades desenvolvidas em uma sociedade – é formada pela união de dois setores, cujos contornos são delineados pela Constituição Federal: o campo estatal e o campo privado¹.

O Estado desenvolve apenas as atividades que a ordem pública expressamente lhe atribui, estando proibido de fazer o que a Constituição ou as leis não autorizam de modo explícito. No Brasil, por exemplo, a Constituição atribui ao poder público e exploração da navegação aérea (art. 21, XII, *c*) e do serviço de correio (art. 21, X).

Entretanto, nem todas as atividades conferidas pela Constituição ao poder público lhe são reservadas, ou seja, atribuídas a ele com exclusividade. É o caso, por exemplo, da educação e da saúde, que são deveres do Estado (arts. 196 e 205, CF/1988), mas que são livres à iniciativa privada (arts. 199, *caput*, e 209, CF/1988).

O campo privado é constituído pelas atividades próprias dos particulares, as quais, por sua vez, dividem-se em duas categorias: a) as conferidas expressamente aos indivíduos pela

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 596.

Constituição como um direito subjetivo; b) as que, não tendo sido atribuídas com exclusividade ao Estado, lhes são facultadas.

Como exemplos da primeira hipótese, isto é, de atividades cujo exercício é assegurado constitucionalmente aos indivíduos como direito subjetivo, podem ser citados o exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, CF/1988) e a exploração de atividade econômica (art. 170, parágrafo único, CF/1988)².

Exemplo em que a atividade é privada, por não haver sido reservada ao Estado, é a da assistência social aos deficientes físicos, além dos já citados casos da educação e da saúde.

Pode-se concluir, pelo exposto, que só se excluem do campo privado as atividades que, segundo a Constituição Federal, são reservadas ao Estado, isto é, cujo exercício é a ele atribuído com exclusividade. É o caso, por exemplo, das hipóteses de monopólio da União (art. 177, CF/1988). Também é o caso dos serviços públicos (art. 175, *caput*, CF/1988), que, segundo o próprio Texto Constitucional, somente podem ser prestados por particulares mediante ato estatal de delegação (concessão ou permissão).

Pelo fato de o Estado ser criação do Direito, são as normas jurídicas que definem os contornos de suas atividades e, destarte, cada ordenamento jurídico é livre para decidir se o exercício de uma determinada atividade pertencerá ao Estado ou aos particulares.

Antes de adentrarmos na análise do tema específico do presente estudo, é importante ressaltar que todo e qualquer serviço é suscetível de gerar proveitos econômicos – aí incluídos os públicos (art. 175, CF/1988), pois se não o fossem, não haveria como outorgá-los em delegação (concessão ou permissão) – e, sendo assim, não há como apartar “atividade econômica” de “serviço público”, tomando como base a aptidão (ou não) para a geração de lucros³.

Assim, como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, não há outro meio de reconhecer o que é “atividade econômica” e, conseqüentemente, o de identificar limites ao conceito de “serviço público”, senão recorrendo à concepção geral da sociedade vigente em determinada época, sobre quais as atividades nela havidas como meramente econômicas, próprias então dos particulares, em oposição àquelas outras, tidas como típicas do Estado⁴.

Pelo exposto, conclui-se podermos chegar à noção de atividade econômica por eliminação das atividades exclusivas do Estado: o que não for serviço público e estiver fora das demais preocupações estatais será atividade econômica⁵.

2 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 75.

3 Transcrevemos, a respeito, a lição de Régis Fernandes de Oliveira: “Embora não se possa negar que o serviço público também leva ao processo econômico, parece-nos mais técnica a separação entre serviço público e atividade econômica, porque nesta está sempre presente o intuito de lucro, que é irrelevante para o primeiro. Pode ele estar ou não presente na prestação de serviços públicos, não sendo seu componente necessário” (**Receitas não tributárias: taxas e preços públicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28).

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. cit., p. 587.

5 NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal: ordem econômica e financeira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 45. Em sentido contrário, entendendo que o conceito de

2 AS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA

Embora a atividade econômica seja tipicamente privada, permite o art. 173 da Constituição Federal que o Estado (tomada a expressão como sinônimo de “poder público”), em situações especiais, intervenha diretamente no domínio econômico⁶. De acordo com tal dispositivo constitucional, o Estado pode explorar atividade econômica quando necessário “aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

O dispositivo constitucional transcrito evidencia o caráter excepcional da intervenção direta do Estado na economia e que, por conseguinte, a atividade econômica deve ser preferencialmente desenvolvida pelos particulares, consagrando a livre iniciativa, fundamento da Ordem Econômica nacional (art. 170, *caput*, CF/1988) e da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF/1988).

Na redação do *caput* do art. 173 da CF/1988, encontra André Ramos Tavares a consagração do princípio da *subsidiariedade*, “na medida em que a exploração de atividade econômica pelo Estado é considerada uma exceção à regra geral”⁷.

As formas empresariais que o Estado pode assumir, para fins de intervenção direta na economia, são aquelas indicadas no § 1º do art. 173 da CF/1988, a saber: *empresa pública e sociedade de economia mista*⁸.

A expressão “empresas estatais” (ou, ainda, “empresas governamentais”) pode ser tomada numa acepção ampla ou numa acepção restrita.

Em sentido amplo, tal expressão abrange todos os agentes econômicos do Estado (comerciais, industriais, financeiras), incluindo as empresas públicas propriamente ditas, as sociedades de economia mista e outras entidades porventura instituídas como “braços estatais” no setor econômico.

serviço público não se afigura mais prestante como limite negativo do conceito de domínio econômico (para fins de desautorizar a União a instituir contribuições interventivas): SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de; GARCIA, Patrícia Fernandes de Souza. Nova amplitude do conceito de “domínio econômico”. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). **Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 90. 6 À intervenção *direta*, em que se destaca a atuação do Estado empresário, opõe-se a intervenção *indireta*, que se realiza por meio da regulação estatal da economia. A intervenção estatal, nesse caso, não se dá como agente econômico, mas como agente normativo e regulador da atividade econômica, determinando, controlando ou influenciando o comportamento dos agentes econômicos, visando orientar tais comportamentos em direções socialmente desejáveis.

7 TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 280. Discorrendo sobre a noção de subsidiariedade, assevera José Alfredo de Oliveira Baracho: “A concretização jurídica do princípio está vinculada à enunciação de condições de ingerência estatal, fixando todos os limites diferentes, avaliados sob o critério do bem comum” (**O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 85).

8 A leitura do § 1º do art. 173 conduz ao entendimento de que as demais entidades estatais (autarquias e fundações públicas) não podem atuar no campo econômico, mas apenas na prestação de *serviços públicos* (art. 175, CF/1988). Nesse sentido: FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 523.

Num sentido mais restrito, designa apenas uma modalidade de agente econômico, constituído exclusivamente por capitais públicos: as empresas públicas propriamente ditas, cuja definição encontra-se estampada no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei n. 200/1967 (com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 900, de 29/09/1969).

3 FORMAS SOCIETÁRIAS DAS EMPRESAS ESTATAIS

De acordo com o inciso II do art. 5º do Decreto-Lei n. 200/1967 (com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 900, de 29/09/1969), considera-se empresa pública

a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa *podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.* (grifamos).

Percebe-se que, segundo o dispositivo transcrito, a empresa pública pode revestir-se, a princípio, de qualquer forma societária admitida pelo direito⁹. Difere, neste particular, da sociedade de economia mista, a qual, segundo o inciso III do art. 5º do Decreto-Lei n. 200/1967 (com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 900/1969), deve ser constituída necessariamente “sob a forma de *sociedade anônima*” (grifamos), sendo regida, portanto, pela Lei n. 6.404, de 15/12/1976¹⁰.

Ressalte-se que a União, por possuir competência para legislar sobre direito civil e comercial (art. 22, I, CF/1988), pode dar à empresa pública federal a estrutura societária já disciplinada pelo direito privado, ou ainda, *forma inédita prevista na lei singular que autorizou sua instituição*, consoante leciona Marçal Justen Filho:

As normas de direito civil e de direito comercial são veiculadas por leis ordinárias. E a autorização para a criação de uma empresa estatal também depende de lei ordinária. Portanto, a mesma lei que autoriza a instituição da empresa estatal pode introduzir regras específicas sobre sua forma societária¹¹.

9 Podendo a empresa pública revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito, seguirá a mesma o regime jurídico aplicável à espécie societária cuja forma vier a adotar.

10 De acordo com o art. 1.089 do Código Civil de 2002, a sociedade por ações rege-se por lei especial, e devem aplicar-se, nos casos omissos, as disposições do CC. A lei especial referida é a Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), com as alterações das Leis n. 9.457/97 e n. 10.303/2001.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 118-119. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 374. Comentando o art. 5º, II, do Decreto-Lei n. 200/1967, assevera José dos Santos Carvalho Filho: “Embora a lei tenha sido permissiva, é preciso ter a sensibilidade de não se admitir a criação de empresas públicas sob formas anômalas, incompatíveis com o aspecto societário que deve caracterizá-las” (**Manual de direito administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 362, nt. de rodapé n. 88).

Admite-se, pois, no âmbito federal, a criação de empresas públicas *unipessoais*, quando o capital pertence exclusivamente à pessoa instituidora¹², ou *pluripessoais*, quando, além do capital dominante da pessoa criadora, se associam recursos de outras pessoas administrativas¹³.

Distinguindo as empresas públicas das sociedades de economia quanto à forma de organização, assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴:

Quanto à *forma de organização*, o artigo 5º do Decreto-lei n. 200 determina que a sociedade de economia mista seja estruturada sob a forma de **sociedade anônima** e, a empresa pública, **sob qualquer das formas admitidas em direito** (...).

A rigor, os conceitos do Decreto-lei n. 200 somente são aplicáveis na esfera federal, já que ele se limita a estabelecer normas sobre a organização da Administração Federal; e realmente ele dispõe dessa forma. (...)

No entanto, hoje a organização da sociedade de economia mista sob a forma de sociedade anônima é imposição que consta de lei de âmbito nacional, a saber, a Lei da S.A. (...). De modo que Estados e Municípios não tem liberdade de adotar outra forma de organização, já que não dispõem de competência para legislar sobre direito civil e comercial.

Com relação à empresa pública, a expressão ‘qualquer das formas admitidas em direito’ é interpretada no sentido de que a ela se poderá dar a estrutura de sociedade civil ou de sociedade comercial já disciplinada pelo direito comercial, ou ainda, forma inédita prevista na lei singular que a instituiu.

Já os Estados e Municípios, não sendo alcançados pela norma do artigo 5º, II, do Decreto-lei n. 200 e não havendo lei de âmbito nacional dispondo da mesma forma, terão que adotar uma das modalidades de sociedade já disciplinadas pela legislação comercial” (negritos no original; itálicos nossos).

Percebe-se, do trecho transcrito, que a ilustre administrativista sustenta que:

- a) as sociedades de economia mista federais, estaduais ou municipais têm de adotar necessariamente a forma de sociedades anônimas em razão de existir uma lei de âmbito nacional (no caso, a Lei das Sociedades por Ações) assim determinando;
- b) as empresas públicas federais podem adotar a estrutura de sociedade civil ou de sociedade comercial já disciplinada pelo direito comercial, ou ainda, forma inédita prevista na lei singular que a instituiu, considerando o disposto no art. 5º do Decreto-lei 200/1967 (cujas disposições são aplicáveis apenas na esfera federal) e considerando que a União possui competência para legislar sobre direito comercial;
- c) as empresas públicas estaduais ou municipais devem adotar uma das modalidades de sociedade já disciplinadas pela legislação comercial, não sendo, pois, admissível que adotem forma inédita, considerando que o disposto no art. 5º do Decreto-lei 200/1967 não se aplica nas esferas estaduais e que não há lei de âmbito nacional

12 Nesse sentido: ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 229-230; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. cit., p. 362. Ressalte-se, no entanto, que este último autor não restringe expressamente a possibilidade de criação de empresas públicas unipessoais ao âmbito da Administração Pública federal.

13 Note-se que não é permitida a presença de pessoas da iniciativa privada no capital da empresa pública, diversamente do que ocorre com as sociedades de economia mista, que, como o próprio nome indica, têm seu capital formado da conjugação de recursos oriundos das pessoas administrativas e de recursos da iniciativa privada.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. cit., p. 374.

dispondo da mesma forma, e considerando, ainda, que os Estados e Municípios não possuem competência para legislar sobre direito comercial.

Quando a doutrinadora citada leciona que as empresas públicas podem revestir-se de forma societária inédita prevista na lei singular que a instituiu, está se referindo, pois, *apenas às empresas públicas federais*, não às estaduais ou municipais, como aliás, faz questão de ressaltar:

Resta assinalar que, *nos âmbitos estadual e municipal, não é possível a instituição de empresas públicas com formas inéditas (...)*, porque Estados e Municípios não têm competência para legislar sobre direito comercial ou direito civil, reservada exclusivamente à União (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal) (grifos nossos)¹⁵.

No mesmo sentido é a lição de Marçal Justen Filho, que assevera: “O Decreto-lei n. 200 tratou apenas da Administração indireta vinculada à União. Isso não significa impossibilidade de os demais entes federais constituírem sua própria Administração indireta (...)”. No entanto, prossegue o autor citado, “a configuração das Administrações indiretas de direito privado dos outros entes federais far-se-á pela legislação federal, tal deriva de ser a União titular privativa da competência para legislar sobre direito civil e direito comercial (art. 22, I). Logo, as figuras dotadas de personalidade jurídica de direito privado terão de se enquadrar na legislação de competência federal”. E conclui: “Isso significa a impossibilidade de uma lei estadual, por exemplo, pretender instituir nova espécie societária, distinta daquelas adotadas na legislação civil e comercial”¹⁶.

Leciona, a respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷:

(...) empresas públicas podem adotar qualquer forma societária dentre as em Direito admitidas (*inclusive a forma de sociedade ‘unipessoal’, prevista apenas para elas*), ao passo que as sociedades de economia mista terão obrigatoriamente a forma de sociedade anônima (*art. 5º do Decreto-lei 200/67*) (grifos nossos).

A referência feita pelo autor citado ao Decreto-lei 200/67 deixa evidente que a possibilidade de adoção da forma de sociedade unipessoal somente é cabível no âmbito federal, porquanto as normas do Decreto-lei 200 não se aplicam aos Estados, ao Distrito Federal nem aos Municípios, que, ademais, não possuem competência para legislar sobre direito comercial¹⁸.

15 Op.cit., p. 376.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 118. No mesmo sentido: ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**, p. 228-230.

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. cit., p. 151.

18 A unipessoalidade societária originária, no caso de empresa pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios, somente é possível se a mesma se revestir da condição de sociedade anônima subsidiária integral (art. 251, da Lei 6.404/1976). Ressalvada tal hipótese, a unipessoalidade somente pode se dar incidental e temporariamente (art. 206, I, *d*, da Lei 6.404/1976; art. 1.033, IV, do Código Civil/2002), a fim de preservar a atividade que vinha sendo desenvolvida, evitando-se a extinção da empresa e, conseqüentemente, protegendo os diversos interesses envolvidos (trabalhadores, comunidade, fisco etc.) (TOMAZETE, Marlon. **Direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 44).

4 EXPLORAÇÃO ESTATAL DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM CONCORRÊNCIA COM A INICIATIVA PRIVADA

A primeira forma de exploração, pelo Estado, de atividades econômicas é a chamada atuação *concorrencial* (também podendo ser chamada de *competitiva* ou *não-monopolística*), na qual o Estado atua como agente da atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada.

Sobre tal modalidade de atuação, dispõe o *caput* do art. 173 da Constituição Federal, assim redigido: “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”.

Na análise do art. 173 da CF/1988, faz-se necessário, inicialmente, interpretar a expressão “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Entendemos que a expressão em questão refere-se às hipóteses de exploração de atividade econômica em regime de *monopólio*, que estão expressamente prevista no Texto Constitucional (art. 177).

Assim, a interpretação do art. 173 da CF/1988 seria a seguinte: ressalvados os casos de monopólio (que, como dito, encontram-se expressamente indicados na Constituição), a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será admitida quando justificada pela *segurança nacional* ou por *relevante interesse coletivo*, conforme definidos em lei¹⁹.

Dito de outro modo, tais fundamentos – segurança nacional e interesse coletivo – somente legitimam a exploração pelo Estado de atividade econômica *em concorrência com a iniciativa privada*, posto que, quanto às hipóteses de monopólio, por elas já estão expressamente enumeradas na Constituição, prescindindo-se, pois, da demonstração de qualquer dos requisitos do art. 173. Sobre tal questão voltaremos a debucar nossas atenções no item seguinte, quando, então, será analisada a atuação do Estado-empresário em regime de monopólio.

Esclarecido o significado da primeira parte do art. 173 da CF/1988, tem-se, pelo exposto, que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado em concorrência com a iniciativa privada só será admitida quando justificada pela *segurança nacional* (por exemplo, fabricação

19 Entendemos que a lei a que se refere o *caput* do art. 173 da Constituição é *ordinária* (art. 59, III, CF/1988), tendo em vista que o Texto Constitucional não contém qualquer disposição afirmando o contrário (art. 47, CF/1988). Em sentido contrário, entendendo ser necessária a edição de lei complementar para regulamentar o dispositivo constitucional em questão: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 593-594. Discorrendo acerca da regulamentação do dispositivo constitucional em questão, leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Partindo-se do princípio cardeal, já examinado, de que toda ingerência do Estado na economia passou a ser inconstitucional na nova ordem, *salvo* nas exceções expressamente contempladas na Carta, decorre que a definição infraconstitucional das modalidades pendentes de regulamentação é matéria de exclusivo interesse do Estado, enquanto instituição política interventora, e não da sociedade, como agente natural da economia” (grifo no original). E conclui o autor citado: “É preciso portanto, ter-se em mente que nem toda omissão em regulamentar a Constituição será uma omissão inconstitucional” (**Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: APEC, 1989, p. 79).

de armamentos, essenciais à defesa nacional) ou por *relevante interesse coletivo* (por exemplo, fabricação de remédios para combater epidemias).

O primeiro pressuposto (“segurança nacional”) é de ordem política, ao passo que o segundo (“relevante interesse coletivo”) é de ordem técnica²⁰. A atuação do Estado, no segundo caso, é no sentido de suprir certas disfunções na mecânica operacional do mercado, que o impedem de operar a contento²¹.

Somente nessas hipóteses – que, consoante o Texto Constitucional, deverão ser identificadas por lei²² – é que cabe ao Estado assumir a forma empresarial e ocupar um espaço que, segundo a Constituição, compete à iniciativa privada.

É importante observar que a exploração estatal de atividade econômica em regime de concorrência tem de sujeitar-se ao que Manuel Afonso Vaz denomina de “princípio de conformidade com o mercado”, que obriga o Estado a respeitar as regras de concorrência e condena os comportamentos anticoncorrenciais²³. Com efeito, se o Estado tem o dever de reprimir os abusos do poder econômico (art. 173, § 4º, CF/1988), também ele deve, ao explorar determinada atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, abster-se de práticas caracterizadoras de concorrência desleal. Esta, aliás, pode ter sido a razão que levou o Constituinte a incluir no art. 173 da CF/1988 – que trata da atuação direta do Estado da economia – a norma constante do § 4º que, indiscutivelmente, cuida de modalidade de intervenção esta-

20 Procurando distinguir o interesse público presente no serviço público e aquele que justifica a atividade econômica do Estado, leciona Toshio Mukai: “Podemos dizer que, no caso do serviço público, há um *interesse público objetivo*, que a atividade tem por si mesma, enquanto na atividade econômica está presente um *interesse público subjetivo*, que depende da valoração que o administrador (e o legislador) faça daquilo que possa ser interesse público em dado momento, em determinadas circunstâncias. Embora no primeiro caso também haja um certo grau de subjetividade na valoração que se faça, ela encontra limites na ‘natureza das coisas’ e, portanto, a noção objetiva de interesse público não fica descaracterizada” (**Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 74 (grifos no original). Ressalta o autor citado que, no caso da atividade econômica estatal, “o interesse público necessariamente deve ser considerado em sua vertente subjetiva, porque a política econômica do Estado necessita que suas intervenções sejam adaptáveis, de modo flexível, às contingências e mudanças econômicas; em consequência, o que possa ser hoje considerado como de interesse público pode não sê-lo amanhã. Já nos serviços públicos industriais ou comerciais, o interesse público, embora também contingente, por ser objetivo, é de maior estabilidade no tempo e no espaço; enquanto existir na atividade exercida o fundamento material (atendimento de necessidades essenciais ou próximas delas), haverá aí um interesse público” (Op.cit., p. 75).

21 NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 22. No entender de Diogenes Gasparini, todos os entes políticos podem atuar na economia mediante empresas governamentais desde que necessárias a atender relevantes interesses coletivos, ao passo que, se a medida for necessária aos imperativos de segurança nacional, só à União cabe intervir: “Assim é porque apenas à União dizem respeito os interesses de segurança nacional” (**Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 596).

22 A dificuldade de editar-se uma lei que identifique as situações que decorram de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo é destacada por Gastão Alves de Toledo, tendo em vista tratar-se “de fenômenos circunstanciais de complexa ou mesmo inviável descrição *a priori*” (**O direito constitucional econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 251-252).

23 VAZ, Manuel Afonso. **Direito econômico**: a ordem econômica portuguesa. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 178.

tal indireta²⁴: esclarecer que o Estado-empresário também se sujeita às reprimendas do Estado regulador da economia²⁵.

De acordo com o Texto Constitucional, o Estado, ao explorar atividade econômica, sujeita-se ao regime jurídico aplicável aos empreendimentos privados, inclusive quanto aos aspectos tributários e trabalhistas (art. 173, § 1º, II)²⁶. A razão de tal comando é que, num Estado de Direito, não seria justo que o poder público, exercendo uma atividade concorrente com a do setor privado, pudesse se valer de privilégios decorrentes de sua posição para obter melhores resultados, gerando uma verdadeira “concorrência desleal” com os empresários particulares²⁷.

Duas observações, contudo, merecem ser feitas relativamente à regra constitucional exposta, segundo a qual as entidades estatais exploradoras de atividade econômica sujeitam-se ao regime de direito privado.

Ressalte-se, primeiramente, que tal comando somente se aplica à atuação do Estado-empresário *em concorrência com a iniciativa privada*, e não à exploração estatal de uma determinada atividade econômica em regime de monopólio. As razões que servem de fundamento para tal afirmação serão expostas no item seguinte.

Em segundo lugar, deve ser salientado que a disposição do art. 173, § 1º, II, da CF/1988 não pode ser entendida em termos absolutos, isto é, de modo literal, pois, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello, “se é fato que as entidades em causa se submetem basicamente ao Direito Privado, não menos verdade é que sofrem o influxo de princípios e normas publicísticos, a começar por uma série deles radicados na própria Constituição” (grifos no original)²⁸.

24 A norma constante do § 4º do art. 173 da CF/1988 estaria mais adequada no corpo do art. 174, que disciplina a intervenção indireta do Estado no domínio econômico, assim considerada aquela que se dá quando o Estado atua como agente normativo, impondo regras de conduta à vida econômica.

25 Nesse sentido é a lição de Fernando Facury Scaff, que, no entanto, estende tal raciocínio a toda e qualquer forma que o Estado assuma para intervir diretamente no domínio econômico, seja por participação ou por absorção. Segundo o autor citado: “o Estado, quando atua como agente econômico, tem que se sujeitar às normas estabelecidas pelo próprio Estado enquanto ordenamento. (...) A legislação, entendida aí no sentido lato, obriga a todos, inclusive ao próprio Estado, quer esteja agindo de maneira monopolizada, quer não, sob qualquer roupagem jurídica” (**Responsabilidade civil do estado intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 111-112 (grifos no original)). A Lei n. 8.884, de 11.06.1994, que regula a repressão aos abusos do poder econômico e regulamenta, pois, o § 4º do art. 173 da CF/1988, esclarece, em seu art. 15, que seus comandos aplicam-se, inclusive, às pessoas jurídicas de direito público, alcançando o Estado-empresário.

26 Desnecessário é, segundo entendemos, o disposto no § 2º do art. 173 da CF/1988, assim redigido: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”. Ora, se, a princípio, o regime jurídico das empresas privadas é o aplicável às estatais exploradoras de atividade econômica (inclusive quanto aos aspectos tributários, como salienta o art. 173, § 2º, II, CF/1988), decorre daí a conclusão óbvia de que estas não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos àquelas.

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. cit., p. 595. No mesmo sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 189.

28 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. cit., p. 594-595. Nesse sentido é a lição de Celso Ribeiro Bastos, que, analisando o regime jurídico aplicável às estatais exploradoras de atividade econômica, escreve: “A verdade segundo a qual se trata de entidades regidas pelo Direito Privado não deve obnubilar a verdadei-

Com efeito, mesmo as estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) que explorem atividade econômica estão submetidas às regras constitucionais, que exigem a realização de concurso para a investidura em cargos e empregos públicos (art. 37, II, CF/1988) e de licitação pública, nos casos de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI c/c art. 173, § 1º, III, ambos da CF/1988)²⁹.

Nesse sentido é a lição de Tadeu Rabelo Pereira, que, com propriedade, assevera

(..) as estatais que constituam instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico submetem-se a normas de direito privado, condizentes com a atividade por elas desenvolvida, *ressalvadas modificações pontuais previstas na Constituição*, das quais merecem referência, por se apresentarem as mais importantes, a necessidade da realização de licitação e concurso público” (grifamos)³⁰.

Conclui-se, pelo exposto, que o comando do art. 173, § 1º, II, da CF/1988 é, na verdade, voltado ao legislador infraconstitucional: não pode este estabelecer distinções entre as estatais exploradoras de atividade econômica e as empresas particulares, *além daquelas que já se encontram dispostas no próprio Texto Constitucional*³¹.

ra assertiva de que em muitos dos seus aspectos continuam a ser regidas pelo Direito Público” (**Direito econômico brasileiro**, p. 194).

29 É que, como bem destaca Cristiane Derani, uma “atividade exercida pelo Estado será sempre distinta do exercício privado. O Estado não é um agente de mercado, mesmo quando participa no mercado, pois seu interesse, capital, e organização são distintos” (**Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 213). A autora citada assevera: “Em suma, nenhuma das atividades do Estado é estritamente de mercado, basicamente porque o interesse que move a ação *não é o lucro, mas o interesse coletivo*” (grifamos) (Op.cit.,, p. 58).

30 PEREIRA, Tadeu Rabelo. **Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica**. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 164. No mesmo sentido é a lição de Romeu Bacellar Filho, que, discorrendo acerca do art. 173, § 1º, II, da CF/1988, expõe: “Estas estatais, embora efetivamente exerçam atividade econômica, como instrumento do Estado para intervenção do (*sic*) domínio econômico, não se desapegam, às inteiras, do regime jurídico-administrativo. Com efeito, não poderia ser de modo diverso, (...) pois a própria Constituição se encarrega de afirmar, nos incisos do art. 173 (*sic*: os incisos a que se refere o autor citado são do § 1º do art. 173), a função social dessas entidades e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade, além da submissão à licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública” (**Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 175). E conclui o autor citado: “Ora, equiparar a Administração Pública aos particulares é ignorar o que a Constituição sobranceiramente expressa, ou seja, que por trás de uma atividade econômica explorada pelo Estado-Administração há, necessariamente, um interesse público que dela não se dissocia, não se separa” (Op. cit., p. 176).

31 Inconstitucional é, pois, segundo nos parece, o disposto no inciso I do art. 2º da Lei federal n. 11.101, de 09.02.2005, que declara não estarem sujeitas à falência as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

5 EXPLORAÇÃO ESTATAL DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM REGIME DE MONOPÓLIO

A outra forma de exploração de atividade econômica pelo Estado ocorre quando este assume o controle de determinado segmento econômico, “excluindo a participação da iniciativa privada no referido segmento”³².

O Estado, nesse caso, desempenha tal atividade *em regime de monopólio*, isto é, em caráter de *exclusividade*, ou seja, sem concorrer com os particulares. No monopólio é suprimida uma atividade do regime da livre iniciativa, abolindo-se, de igual modo, a livre concorrência³³.

Enquanto a formação de monopólio privado não é estimulada, já que tem por fim o interesse privado – e o próprio Texto Constitucional repudia o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados (art. 173, § 4º, CF/1988)³⁴ –, o monopólio estatal é admitido constitucionalmente, já que tem por objetivo a proteção do interesse público³⁵.

As Constituições que antecederam a de 1988 (com exceção da de 1937) já admitiam, de modo expreso, o monopólio estatal em determinadas atividades econômicas, mas não esclareciam, contudo, quais os segmentos que o admitiam: cabia, então, ao legislador infraconstitucional definir os campos em que se daria o monopólio público³⁶.

Na Carta vigente, o próprio Constituinte já elencou os setores que, devido à sua relevância, não admitem a participação da iniciativa privada. Dispõe, a respeito, o art. 177 da CF/1988:

32 Como bem observa Cristiane Derani, excluir a concorrência ou restringi-la “é aceitável para realização de missão de interesse coletivo” (**Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 213).

33 Nesse sentido: BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito administrativo**.cit., p. 177. Como destaca Fábio Konder Comparato, não se confundem monopólio público e serviço público, “pelo menos na acepção clássica com que esta expressão foi usada em direito administrativo”. Leciona, a respeito, o autor citado: “O monopólio tem por objeto uma *atividade empresarial* e não a realização de um serviço considerado *essencial* à afirmação do Estado. Os Estados podem ser monopolistas ou não, mas não podem dispensar a tarefa de organizar e fazer funcionar os serviços públicos” (grifamos) (**Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 148-149). No mesmo diapasão é a lição de Eros Roberto Grau, que assinala: “Monopólio é de *atividade econômica em sentido estrito*. Já a exclusividade da prestação dos serviços públicos não é expressão senão de uma situação de *privilegio*. Note-se que, ainda quando estes sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário – o que nos conduziria a supor a instalação de um *regime de competição* entre concessionários ou permissionários (...), ainda então o prestador do serviço o empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição, tal como praticada no campo da *atividade econômica em sentido estrito*” (**A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 151 (grifos no original)).

34 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 779. O monopólio privado, consoante leciona Cristiane Derani, pode ser: a) “casual” (também conhecido como “natural” ou “de fato”), quando não existe outro agente interessado em participar do mesmo segmento, por este não ser economicamente atrativo; b) “provocado”, quando resultante da ação do agente econômico, que abusa de seu poder econômico, barrando o exercício da liberdade de empresa por outros agentes (**Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica.cit., p. 206-207).

35 TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**.cit., p. 285.

36 CF/1934, art. 116; CF/1946, art. 146; CF/1967, art. 157, § 8º (redação original) e art. 163, *caput* (na redação dada pela EC 1/1969).

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 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.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei. (Parágrafo com redação determinada pela Emenda Constitucional n. 9, de 09/11/1995)³⁷.

Ressalte-se que a exploração, pela União, das atividades arroladas no dispositivo constitucional transcrito, em regime de monopólio, prescinde da fundamentação em algum dos motivos citados no art. 173 da CF/1988, a saber: a segurança nacional ou um relevante interesse coletivo.

Isto porque o fundamento imediato para a exploração da atividade em regime de monopólio é o próprio Texto Constitucional. Dito de outro modo, não há porquê demonstrar a existência de motivo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, tendo em vista que as razões que legitimam a exploração estatal de determinada atividade em regime de exclusividade já foram levadas em consideração pelo Constituinte, que, entendendo estarem as mesmas presentes, autorizou de modo expresso o monopólio quanto a determinados segmentos.

No caso dos monopólios, a autorização específica para a exploração estatal da atividade econômica já consta da própria Constituição, diferentemente do que se dá na exploração estatal em concorrência com a iniciativa privada, relativamente à qual, no Texto Constitucional, somente consta autorização genérica (art. 173, *caput*), devendo ser complementada pela autorização legislativa específica constante da lei que, nos termos do dispositivo constitucional em questão, definirá o significado de “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”³⁸.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 9/95, que deu nova redação ao § 1º do art. 177, manteve-se a União como proprietária das reservas de petróleo e a exploração do

37 O monopólio estatal a que se refere o inciso V do art. 177 da CF/1988 deverá atender aos princípios e condições estabelecidos no inciso XXIII do art. 21 da CF/1988, a saber: a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional; b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas; c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

38 Entendemos que a lei a que se refere o *caput* do art. 173 da Constituição é *ordinária* (art. 59, III, CF/1988), tendo em vista que o Texto Constitucional não contém qualquer disposição afirmando o contrário (art. 47, CF/1988).

petróleo como seu monopólio, porém permite-se que outras empresas, estatais ou não estatais, façam a exploração mediante contrato com a União.

Em razão da alteração constitucional descrita, alguns autores passaram a denominar o monopólio estatal em questão de “monopólio relativo”³⁹. O governo, por seu turno, como noticia Américo Luiz Martins da Silva, prefere chamar a medida de “flexibilização do monopólio”, pois a União manterá o controle do setor, a Petrobrás continuará numa posição extremamente privilegiada, mas permitirá a participação de empresas privadas⁴⁰.

Relativamente aos monopólios estatais, dois são os pontos mais polêmicos. O primeiro questionamento diz respeito à possibilidade (ou não) de ser instituídos outros monopólios além daqueles que constam no próprio Texto Constitucional.

Os que defendem a constitucionalidade da instituição de monopólios pelo legislador infraconstitucional, sustentam que o art. 173 da CF/1988, ao permitir a exploração direta de atividade econômica pelo Estado por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, não teria restringido tal possibilidade à exploração em regime de competição, mas também à exploração em regime de exclusividade⁴¹.

Nesse sentido é a lição de Tadeu Rabelo Pereira, que assevera:

não há como extrair do texto constitucional uma vedação à criação eventual de monopólios em favor do Poder Público. Com efeito, é inegável que o art. 173 trata genericamente da ‘exploração direta de atividade econômica pelo Estado’, sem discriminar ou restringir, ao menos a princípio, a forma pela qual pode se dar esta modalidade de intervenção. Em outros termos, utilizando a classificação proposta por Eros Grau, dúvida não há de que o conteúdo isolado do dispositivo em exame abrange tanto a intervenção por participação quanto aquela por absorção, eliminando a atual Constituição a distinção que os outros textos anteriores faziam entre estas duas modalidades de atuação do Estado na economia. Tanto assim que o artigo 173 ressalva os casos de exploração de atividade econômica previstos na própria Constituição, que são, como reconhece a doutrina, aqueles dos monopólios constitucionais⁴².

No mesmo sentido é o pensar de Alexandre Walmott Borges, para quem o *caput* do art. 173 autoriza o Estado a intervir diretamente na economia não só em regime de competição, mas também em regime de monopólio. São seus os seguintes dizeres:

A disciplina dos monopólios do art. 177 da Constituição não exclui a definição, por lei, doutros monopólios – *positio unius non est exclusio alterius*. O art. 173 fala em

39 BORGES, Alexandre Walmott. **A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 139. No mesmo diapasão é a doutrina de André Ramos Tavares, que fala em “relativização do monopólio” (**Direito constitucional econômico**. cit., p. 287).

40 SILVA, Américo Luís Martins da. **Introdução ao direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 195.

41 Nesse sentido: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. cit., p. 298-300.

42 PEREIRA, Tadeu Rabelo. **Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica**. cit., p. 60.

exploração direta de atividade econômica quando imperiosa aos interesses coletivos e à segurança nacional. Configurada qualquer das situações (uma isoladamente, sem necessidade de apresentação das duas), pode ser instituído monopólio de setor do domínio econômico. A inclusão do monopólio do art. 177 dá maior relevo às duas atividades (petróleo e nucleares): presença no corpo da Constituição (levando a matéria à posição de rigidez da Constituição) e definição de setores-chave da economia. Outros monopólios poderão surgir, atendendo às necessidades de política econômica da ordem normativa constitucional. (...) Quando a Constituição, no caput do art. 173, coloca ‘*Ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado (...)*’ está mencionando tanto as hipóteses de exploração em regime de monopólio como em regime de competição. Lícito, portanto, explorar, quando configurado o interesse coletivo ou a segurança nacional, nos dois regimes” (grifos no original)⁴³.

Concordamos com os autores citados de que a mera leitura do *caput* do art. 173 da CF/1988 não exclui a possibilidade de criação de monopólios, tendo em vista que o mesmo refere-se, genericamente, à exploração direta de atividade econômica pelo Estado – que engloba, como é sabido, a exploração monopolística –, e não, especificamente, à exploração em regime de concorrência.

A razão, no entanto, que nos leva a entender ser inadmissível a instituição de outros monopólios, diversos daqueles que constam expressamente do Texto Constitucional, é a ideia de *livre iniciativa*, que, enquanto fundamento da ordem econômica brasileira (art. 170, *caput*, CF/1988) e fundamento da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF/1988), pode ser traduzida, em linhas gerais, no direito que todos têm de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco⁴⁴.

Ora, se partirmos do pressuposto de que a livre iniciativa (art. 170, *caput* e parágrafo único, CF/1988) tem como protagonista o *indivíduo*⁴⁵ e que corresponde, no plano econômico, à liberdade de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, CF/1988), restará indubitoso tratar-se de um direito individual fundamental⁴⁶ e, como tal, cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV,

43 BORGES, Alexandre Walmott. **A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios**. Curitiba: Juruá, p. 129-130.

44 BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 112.

45 Nesse sentido, ressaltando que a “livre iniciativa” traduz-se como *iniciativa econômica privada* (isto é, deferida a sujeitos privados), leciona Modesto Carvalhosa: “Trata-se de iniciativa privada porque se contrapõe à noção de iniciativa pública, na medida em que nesta se prescinde do requisito de liberdade”. E prossegue: “Com efeito, seria impróprio falar-se de liberdade estatal de iniciativa, sob pena de se perder a noção de liberdade enquanto o direito dos cidadãos de se contrapor ao arbítrio e ao poder do estado vedar ou restringir, fora dos limites constitucionais, essa mesma liberdade” (**A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 114).

46 Nesse sentido é a lição de Modesto Carvalhosa, que, discorrendo sobre a Carta de 1967 (com a redação dada pela EC 1/1969), asseverou: “Enquanto direito, poder-se-ia mesmo considerar a livre iniciativa econômica como uma das liberdades fundamentais atribuídas à personalidade, revestindo, portanto, o caráter de um direito fundamental” (**CARVALHOSA, MODESTO. A ordem econômica na Constituição de 1969**. cit., p. 112-113).

CF/1988). Destarte, não se pode admitir proposta de emenda constitucional tendente a abolir tal direito.

Assim, considerando-se que sequer uma Emenda Constitucional poderá instituir novos monopólios – posto que isto representaria afronta a direito individual e, pois, ao art. 60, § 4º, IV, da CF/1988 –, muito menos o legislador infraconstitucional poderá utilizar o *caput* do art. 173 da Constituição como argumento para instituição de novos monopólios.

São, nesse sentido, os ensinamentos de André Ramos Tavares:

Na declaração da possibilidade de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, constante do art. 173 da Constituição, não está compreendida qualquer exploração em regime de monopólio. (...) A Constituição, ao considerar principiologicamente a liberdade de iniciativa, vedou, automaticamente, ao Estado a assunção exclusiva de qualquer atividade econômica, vale dizer, seja por via legislativa, executiva, ou judiciária, é vedado ao Estado afastar a iniciativa (ampla) particular da exploração de algum dos segmentos econômicos existentes. Evidentemente, esta proibição, que se pode considerar como expressa (e não meramente implícita), sofre as ressalvas, como observado, quando, eventualmente, a Constituição as tenha incorporado, originariamente, ao seu texto (grifo no original)⁴⁷.

Portanto, como a vigente Constituição privilegia a iniciativa privada e a livre concorrência na exploração de atividade econômica, o monopólio estatal só é permitido nas hipóteses constitucionalmente enumeradas, não podendo o legislador infraconstitucional criar outros monopólios⁴⁸, concluindo-se, destarte, que o *caput* do art. 173 da CF/1988 tem aplicação restrita aos casos de atuação do Estado-empresário em regime de concorrência com a iniciativa privada⁴⁹.

O segundo questionamento acerca da atuação estatal na economia através de monopólios diz respeito à aplicabilidade (ou não), em relação a ela, do disposto no art. 173, § 1º, II, da CF/1988, segundo o qual o regime das empresas estatais exploradoras de atividade econômica é o mesmo das empresas privadas. Dito de outro modo, o que se pretende definir é se as estatais exploradoras de atividade econômica em regime de monopólio devem (ou não) submeter-se necessariamente ao regime de direito privado.

A Constituição de 1967, tanto em sua redação original como naquela determinada pela Emenda Constitucional n. 1/1969, impunha tal tratamento paritário apenas às estatais que explorassem atividade não monopolizada (art. 163, § 3º)⁵⁰, excluindo, de tal sistemática as estatais que explorassem atividades monopolizadas.

47 TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 284-285.

48 Nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público: estudos e pareceres.**, p. 149; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 595; SILVA, Américo Luís Martins da. **Introdução ao direito econômico**. cit., p. 193.

49 FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. Belo Horizonte: Del Rey p. 521.

50 Com o advento da Emenda Constitucional n. 1/1969, a matéria passou a ser disciplinada no art. 170.

A atual Constituição, no entanto, não fez tal ressalva (art. 173, § 1º, II, e § 2º). Entretanto, há que se entender, numa interpretação teleológica, que tais dispositivos foram elaborados visando evitar uma verdadeira “concorrência desleal” entre o Estado e os empresários particulares, situação que se afigura impossível de ocorrer no caso dos monopólios, pela própria inexistência de concorrência. Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Há de se entender que tal impedimento não ocorrerá fora de sua razão de ser, ou seja, quando não esteja em causa o tema de uma eventual ‘concorrência desleal’ com a iniciativa privada; quer-se dizer: o impedimento em questão não existirá no caso de atividades monopolizadas (grifos no original)⁵¹.

Na mesma trilha segue o Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o plenário do STF já se manifestou no sentido de que o disposto no art. 173, § 1º, II, da CF/1988 somente se aplica às estatais que explorem atividade econômica *em regime de concorrência*, isto é, sem monopólio (ADI-MC 1552/DF, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 17/04/1998, DJ 17/04/1998, p. 2).

Noutro julgado, embora não tenha conhecido o Recurso, o STF reconheceu que a “norma do art. 173, § 1º, da Constituição aplica-se às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação às sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade”, pois o preceito, que se completa com o do § 2º, “visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exercem ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem à atividade econômica na mesma área ou em área semelhante” (RE 172816/RJ, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, j. em 09/02/1994, DJ 13/05/1994, p. 11365).

Portanto, tendo em vista que as disposições do art. 173, § 1º, II e § 2º, da CF/1988 visam evitar que o Estado seja um concorrente privilegiado na disputa pelo mercado com os empresários particulares, o que inexistente no caso de monopólio (já que o Estado é, na hipótese, o único a explorar a atividade econômica de que se trate), conclui-se que as normas constitucionais anteriormente referidas somente se aplicam à atuação do Estado-empresário em regime de concorrência, e não aos casos de monopólio estatal⁵².

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo quanto foi exposto no presente artigo, pode-se, concluir, em síntese, que:

51 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 594, nota de rodapé n. 15.

52 Em sentido contrário é o entendimento de Eros Roberto Grau, segundo o qual estão sujeitas ao preceito inscrito no § 1º do art. 173 mesmo as entidades que atuam em regime de monopólio (**A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. cit., p. 299).

- a) o ordenamento jurídico brasileiro permite que o Estado atue como empresário, desempenhando atividades econômicas, em concorrência com a iniciativa privada ou em regime de exclusividade (monopólio);
- b) ressalvados os casos de monopólio, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será admitida quando justificada pela segurança nacional ou por relevante interesse *coletivo*, conforme definidos em lei (art. 173, *caput*, CF/1988);
- c) as empresas estatais, tomada a expressão em seu sentido amplo (abrangendo, pois, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias), quando explorem atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, submetem-se basicamente ao regime jurídico próprio das empresas privadas, mas sofrem o influxo de princípios publicísticos previstos na Constituição;
- d) não pode o legislador infraconstitucional estabelecer distinções entre as estatais exploradoras de atividade econômica e as empresas particulares além daquelas que já se encontram dispostas no próprio Texto Constitucional, sob pena de inconstitucionalidade por afronta ao art. 173, § 1º, II, da CF/1988.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- BORGES, Alexandre Walmott. **A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios**. Curitiba: Juruá, 2000
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999
- FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: APEC, 1989.
- MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal**: ordem econômica e financeira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Receitas não tributárias**: taxas e preços públicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- PEREIRA, Tadeu Rabelo. **Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica**. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SILVA, Américo Luís Martins da. **Introdução ao direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de; GARCIA, Patrícia Fernandes de Souza. Nova amplitude do conceito de “domínio econômico”. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). **Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 79-90.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.
- TOLEDO, Gastão Alves de. **O direito constitucional econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TOMAZETE, Marlon. **Direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- VAZ, Manuel Afonso. **Direito econômico**: a ordem econômica portuguesa. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

RECUPERAÇÃO DA EMPRESA: FUNÇÃO SOCIAL E SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL

Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA
Junio César MANGONARO

A Lei de Recuperação e Falências – Lei nº 11.101/05, ao revogar o Decreto 7661/45 que regulamentava a legislação falimentar brasileira, não disciplinou apenas a quebra de sociedades empresárias, mas, principalmente, trouxe o fim primordial de evitar a liquidação de empresas por meio dos instrumentos da recuperação judicial e extrajudicial, atendendo, desta forma, o interesse social.

Diante desse caráter inovador, objetiva-se demonstrar de que forma a empresa deixou de ser vista como o elemento liquidatório para a satisfação dos créditos e passou a ser compreendida como uma organização da fonte produtora a ser preservada. Nesse sentido, analisam-se a formação e os fatores que levam o organismo empresarial à falência, bem como os princípios norteadores da Lei nº 11.101/05. É em decorrência do espírito inovador desta lei que se constituiu o marco de um novo tempo no direito falimentar brasileiro.

A atual legislação concursal cuidou de resguardar a atividade produtiva, especialmente, no tocante aos interesses coletivos ligados à atividade laboral, às relações com os credores e com o Estado. As questões relevantes decorrentes dos contextos atinentes à empresa apontam para o perfil renovado da atividade empresarial, permeado pela análise da recuperação da empresa voltada para a valorização da realidade social e econômica.

A empresa avulta em relevo e significado para a economia e para a sociedade, justificando análise detida dos diversos panoramas empresariais, circunscritos a esta expressiva organização. Abordagens pontuais serão deduzidas, visando enfrentar, no ambiente empresarial, as inovações, as modificações, a leitura do atual perfil da empresa, focando mais diretamente a análise crítica da atual Lei de Recuperação e Falências (Lei nº 11.101/05), com ênfase para o instituto da preservação da empresa em crise.

Considerando a constitucionalização do direito, a relevância dos princípios informadores da ordem econômica, o desenvolvimento econômico e os reflexos produzidos no âmbito do exercício da atividade empresarial, torna-se indispensável acrescentar à investigação uma análise acerca da atuação da empresa contemporânea focando os novos diferenciais, demarcados pelas orientações próprias da funcionalização, da responsabilidade social empresarial, como vitais à sustentabilidade da empresa.

Nas últimas décadas, tem-se assistido à impetuosa explosão do fenômeno empresarial, potencializando a economia mundializada, influenciando o processo ágil e irreversível da globalização¹.

A inserção do Brasil nesse mundo globalizado fez ser indispensável a remodelação de seu direito. Essa sociedade baseia-se em organizações complexas, em atores múltiplos, como empresas, bancos e entidades de classe dominante, protagonizando um sistema de domínio ditado pelo mercado².

As mudanças recorrentes dos últimos períodos evidenciam a necessidade de valorização da empresa, e do empresário, observados os respectivos perfis, além das especificidades do mercado globalizado, levando-se em conta as funções por ela exercida enquanto via preferencial na busca do equilíbrio das atividades empresariais, locais e globais³.

1 DO ORGANISMO EMPRESARIAL

O bom desempenho de qualquer organismo empresarial está condicionado à perfeita harmonia existente entre os membros que o integram. Porém, é impossível estar imune a todos os tipos de problemas e, em virtude disso, a atividade empresarial deve ser exercida de forma preventiva, permitindo resguardar o universo próprio de atuação.

Metaforicamente, assim escreve Meján:

Para iniciar, cabe decidir que el estado natural de los seres humanos es la salud, sin embargo, pueden presentarse al individuo diversos trastornos conocidos como enfermedades, es decir, alteraciones de las funciones normales del organismo. Tales enfermedades con frecuencia pueden curarse solas por un proceso de actuación natural de las defensas del

1 Globalização, por conseguinte, é, mais que um modismo, mera palavra nova para algo bem antigo. Embora podendo ser vista como fase atual de um processo que remonta a séculos, ela é, em termos marcantes, um complexo conjunto de fatos com acentuado poder de determinação, que implicam fraturas irrecuperáveis em um paradigma pelo qual se orientaram o pensamento e a ação humana nas últimas centúrias, mudanças de tal monta que se faz impossível pensar num caminho de volta. O desafio é ir em frente. PASSOS, J. J. Calmon de. **O futuro do estado e o direito do estado**: democracia, globalização e o nacionalismo. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com.br/buscarevista.asp?nome=Prof. %20J.J.%20 Calmon%20de%20Passos](http://www.direitodoestado.com.br/buscarevista.asp?nome=Prof.%20J.J.%20Calmon%20de%20Passos)>. Acesso em: 18 jul. 2006.

2 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil**. Londrina: Edições Humanas, 2004, p. 48.

3 FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função Social e Função Ética da Empresa. **Revista Jurídica da Unifil**, Londrina, v.2, n. 2, p. 67-85, 2005.

organismo. (...) Cuando eso sucede, se acude a medios de curación (...) Traslados esos fenómenos a las empresas puede verse a la iliquidez y a la insolvencia como enfermedades que pueden curarse, que pueden dejar secuelas em la empresa o que pueden causar la muerte de la misma⁴.

As dificuldades maléficas que a empresa atual pode enfrentar decorrem de diversos fatores. Existem atividades que já possuem em sua formação um código genético defeituoso, é o que ocorre, por exemplo, quando se escolhe o tipo societário inadequado. Em outras circunstâncias, os males existem em decorrência de situações imprevisíveis, de causas externas ou supervenientes, como é o caso de uma crise de abastecimento ou a elevação da taxa de juros⁵.

A empresa deverá, portanto, relacionar-se cuidadosamente com esses fatores, os quais comprometem diretamente o seu funcionamento. Dentro do ambiente externo, ou seja, pelos fatores que circunscrevem a empresa, infere-se o econômico, político, social e o tecnológico, devendo, ainda, serem consideradas as forças específicas que exercem um impacto imediato tais como: os bancos, os acionistas, os fornecedores e os clientes⁶.

Existe também o fator responsável pela constituição do recurso das empresas e que se relaciona diretamente com sua atividade interna. No ambiente interno estão presentes os fatores físicos, humanos e tecnológicos. Vale ressaltar que o nível de tecnologia aqui existente pode não ser tão aprimorado quanto o do ambiente externo e vice-versa. É o que ocorre quando existe uma empresa que adota o controle manual de sua fabricação, enquanto a tecnologia moderna adota o controle computadorizado. Desta forma, o nível interno de tecnologia pode não ser tão sofisticado quanto o externo⁷. A questão é que esses fatores influenciam não apenas o organismo, mas exercem mútua influência uns sobre os outros e, se não forem bem geridos, proporcionam o desencadeamento de crises, alcançando graus capazes de paralisar a empresa.

Na atividade administrativa, de acordo com o pensamento sistêmico, qualquer problema ou situação possui inúmeras causas e produz inúmeros efeitos. A situação problemática ou complexa no ambiente empresarial deve ser tratada com redobrada atenção.

A maioria dos problemas e situações, seja qual for sua extensão e conteúdo, deve ser encarada como produto de múltiplas causas e variáveis interdependentes. Quanto mais numerosas as causas e variáveis, mais complexo é o problema ou situação. Há problemas com menor grau de complexidade, mas não há problemas que sejam totalmente simples. São as limitações e a falta de sofisticação das pessoas que a fazem enxergar como simples os problemas que são comple-

4 MÉJAN, Luis Manuel C. **Las bases de um derecho concursal**. Disponível em: <www.ifecom.org>. Acesso em: 20 abr. 2006.

5 FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 22.

6 MONTANA, Patrick J.; CHARNOV, Bruce H. **Administração**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 52-53.

7 Idem, *ibidem*, p. 21.

xos. Por isso, tratam os problemas complexos como se fossem simples. Consequentemente, os problemas agravam-se e tornam-se cada vez mais difíceis de resolver⁸.

A vida das empresas estará sujeita a grandes imprevistos, podendo reverter em glórias ou fracassos para a atividade. As causas dos fracassos podem ser múltiplas, entre as mais comuns encontram-se os erros de administração, circunstâncias de mercado, decisões governamentais que incidem sobre o desempenho das empresas, crises das mais variáveis índoles e outra série de importúnios que acabam por levar a empresa ao uso de mecanismos de insolvência⁹.

A patologia empresarial incidente acabava, frequentemente, conduzindo a empresa ao seu estágio terminal. Com a mudança da compreensão acerca de tais infortúnios ocorreu, por via de consequência, a mudança fundada em juízo de ponderação, indicando o percurso mais adequado para reverter o quadro de crise e recuperar a empresa em dificuldades financeiras, impedindo sua liquidação.

Somente quando o organismo exterioriza sinais irreversíveis de crise econômico-financeira, atingindo o grau de insolvência irremediável, é que se pleiteia a adoção de condutas liquidatórias¹⁰.

Uma medida saneadora para a crise da empresa pode se dar em decorrência de um normal funcionamento das forças do livre mercado, denominada de solução de mercado¹¹. Essa solução incidirá no momento em que outros investidores, empreendedores, notarem naquela atividade uma hipótese interessante de investimento, a despeito das pendências a serem solucionadas, por ela oferecer uma estrutura, uma marca, algo grandioso que a enaltece, caracterizando um investimento atrativo para o investidor que reúne condições de prover os recursos necessários ao restabelecimento da empresa.

Na hipótese mencionada, prevalece a recuperação da empresa, dando continuidade às atividades empresariais e assegurando a oportunidade de ganhos ao comprador.

Nesse sentido, oportuno destacar que “se não há solução de mercado para a crise de determinada empresa, é porque ela não comporta a recuperação”¹². Esse entendimento deriva da ideia de que, se aquele empreendimento não desperta nenhum interesse de investimento a ninguém e seus atuais donos não conseguem vislumbrar uma possibilidade de reorganização, o encerramento da atividade com a realocação dos recursos investidos é o que mais atenderia a economia. Dessa forma, a falência seria a solução do mercado quando não houvesse interessa-

8 MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Teoria geral da administração**: da revolução urbana à revolução digital. 4. ed. São Paulo: Atlas, p. 354-355.

9 MÉJAN, Luis Manuel C. Las bases de um derecho concursal. Disponível em: <www.ifecom.org>. Acesso em: 20 abr. 2006.

10 FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova Lei de falência e recuperação de empresas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 22.

11 COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 234..

12 Idem, ibidem, p. 235.

dos na empresa, não havendo, razão para tentar-se a sua recuperação ou permitir-se qualquer intervenção judicial.

No entanto, não é bem assim. Podem ocorrer situações em que a solução de mercado deixa de acontecer não pelo fato de não ter sido identificada na empresa uma oportunidade de ganho, mas devido a uma falha no sistema de liberdade de iniciativa. Essa disfunção do sistema pode ocorrer em função do *valor idiossincrático da empresa*¹³.

Quando ocorre uma compra e venda o comprador paga o preço arbitrado pelo vendedor porque entende que aquele valor é justo. Portanto, se ambos não comungam da mesma opinião, simplesmente essa permuta não se realiza. Tanto se o comprador pagar preço maior do que vale, quanto se o vendedor entregar o objeto por um preço vil, ambos estarão fazendo um mau negócio.

O valor idiossincrático da empresa consiste no valor subjetivo, sendo arbitrado exclusivamente pelo proprietário nos parâmetros que entender justo. Porém, é comum o proprietário avaliar a empresa de maneira particular, com valores acima do mercado, por um conjunto de sentimentos, zelo e dedicação pessoais, que o leva a ser irredutível. Nestas circunstâncias, posicionamento que tal, afasta os interessados.

Quando a superação da crise deixa de ser aplicada em decorrência do valor idiossincrático, arbitrado pelo empresário em favor de seus interesses, colide com outros interesses, inviabilizando a superação das dificuldades. Segundo Fábio Ulhoa Coelho: “agride ao senso de justiça ver o fim de postos de trabalho, redução de abastecimento, falência de pequenas e médias empresas satélites e outros efeitos negativos da crise de uma grande empresa, quando o mercado poderia tê-la solucionado”¹⁴.

O instituto da recuperação da empresa vem amparar essas disfunções não limitando a iniciativa privada, mas resguardando os direitos que transcendem a pessoa do empresário. Porém, a tentativa de sanar empresas deverá ser restringida tão somente àquelas que forem economicamente viáveis. As más, ao contrário, deverão, sim, ser finalizadas a fim de que não prejudiquem as boas, sob pena do risco empresarial ser transferido do empresário para os seus credores¹⁵.

Deve-se entender, também, que nem toda falência pode ser um mal, como elucidada Meján: *la gran diferencia, al hacer la comparación, es que si em los seres humanos la eutanasia tiene problemas religiosos, morales y jurídicos, em matéria de empresas puede ser la solución adecuada*¹⁶.

A despeito das considerações acerca da atuação das empresas de risco e que não atuam no mercado de acordo com as regras próprias, como exceção, deve ser admitida a quebra como última consequência.

13 Idem, ibidem, p. 235.

14 Idem, ibidem, p. 237.

15 Idem, ibidem, p. 234.

16 MEJÁN, Luis Manuel C. **Las bases de um derecho concursal**. Disponível em: <www.ifecom.org>. Acesso em: 20 abr.2006.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO CONTEXTO DA LEI 11.101/2005

2.1 FUNÇÃO SOCIAL

A temática pertinente à função social do direito conduz a abordagem do princípio constitucional da função social. Porém, para uma compreensão apurada da contextualização da função social apresenta-se como relevante a revisão da melhor doutrina. Segundo Calmon de Passos, tudo que é existente possui uma razão e alguma finalidade no sentido de estar associado à consequência de que é causa ou pressuposto que lhe revelem uma função¹⁷.

Entretanto, seria incorreto aplicar o conceito de função quando:

a atividade ou o operar de um indivíduo estivesse voltado exclusivamente para seus interesses pessoais. (...) Incorreto, pois, dizer-se que alguém estuda para cumprir a função de educar-se, mas seria adequado afirmar-se que alguém estuda para desempenhar as funções de médico, porquanto está se habilitando a fim de atender, também e principalmente, a necessidades e objetivos de outros sujeitos. Quando se diz que o fígado é um órgão ao qual se associa a função hepática, estamos afirmando que ele desempenha certa atividade cujos efeitos são direcionados em benefício de outros órgãos ou funções que, por sua vez, servem ao homem, em termos de totalidade. Eis o que para mim é função – um atuar a serviço de algo que nos ultrapassa¹⁸.

A mera função individual permanece vinculada, igualmente, ao interesse individual, representante do modelo pretérito da tutela exclusiva dos direitos individuais, enquanto a função social amplia a proteção do direito orientada pela concepção dos interesses e das necessidades sociais. Assim, a função social define-se pela proteção voltada ao interesse da sociedade e não do indivíduo.

O princípio da função social está inserido dentre os mais elevados fundamentos do Estado Democrático de Direito e Social de conformidade com as disposições constantes do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 expressos pela defesa e garantia dos direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, buscando os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos e fundada na harmonia social¹⁹.

A nova realidade introduzida pela Constituição motivou a busca pela função social do direito e pela igualdade entre os indivíduos, deixando o plano formal para ingressar no contexto

17 PASSOS, J. J. C. de. **Função social do processo**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em: 18 jul. 2006.

18 Idem, ibidem.

19 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 29 ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

da materialidade; a própria autonomia privada sofreu suas limitações, restringindo o individualismo, agora orientado pelas novas concepções dos interesses sociais²⁰.

Evolução que tal foi possível graças ao processo de aprimoramento do direito. Michel Villey declara que o direito, inicialmente considerado como abstrato e restrito tão somente aos interesses individuais, passou a ser considerado como uma “reivindicação à moralidade subjetiva”, onde, o indivíduo, não aceitando mais sua própria limitação, passou a se unir com os outros e deixou de ficar confinado aos seus próprios interesses²¹.

O fenômeno da socialização permite revisitar as instituições coletivas representadas pelo trino: Estado-Sociedade-Família, promovendo a ascensão dos interesses sociais ao mitigar os interesses individuais restritos às esferas próprias. Arremata Celso Castro que o direito trata de “um fenômeno social pela origem, pelo desenvolvimento e pela aplicação. Nasce da sociedade, desenvolve-se com ela e a ela se aplica”²².

Como condição da própria funcionalidade do direito, e, em decorrência da alta complexidade das relações sociais, a sociedade contemporânea exige um direito voltado mais para papéis do que para pessoas, integrando o controle social, o direito participa da definição dos papéis sociais, tanto sobre as expectativas de comportamento quanto sobre os limites para definir o comportamento desviado²³.

Reverteu-se à perspectiva de outrora, deslocando a primazia existente do individual para o coletivo; da liberdade para a cooperação. O homem, então, “valorizou-se não por suposta individualidade formal e egoística, mas pela sua substância e integração na coletividade”²⁴.

As transformações das atividades sociais, econômicas e jurídicas conduzem, de par com a evolução do pensamento jurídico, para a consolidação da funcionalização do direito referente à expectativa legítima do alcance de sua prestabilidade jurídico-social, traduzida nos fundamentos e objetivos da nação, na forma assegurada pela Carta Magna.

Dizendo de outro modo, a funcionalização do direito materializa-se através de sua “efetiva prestabilidade à realização dos fins – ou objetivos – sociais do Estado”²⁵. **Considerando-se os Considerando-se, os fins sociais próprios do direito, identificados como o bem comum, pode-se** reafirmar que não há direito quando este não visa à legítima e regular prestabilidade social.

A funcionalização dos institutos clássicos do direito privado é influenciada pelo contexto da publicização do direito, passando-se a falar em função social da propriedade, função social

20 FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função Social e Função Ética da Empresa. **Revista Jurídica da Unifil**, Londrina, v.2, n. 2, p. 67-85. 2001.

21 VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 167-168.

22 CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia aplicada ao direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 85.

23 FERRA JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3.ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 115-116.

24 FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Op. cit., p. 69.

25 Idem, ibidem, p. 69.

da empresa, função social do contrato, função social da cidade, função social do tributo, etc. Sem retornar a ideia de absorção do indivíduo pela sociedade, buscou-se definir limites à autonomia privada, para preservar a convivência social desejável²⁶.

O pensamento funcional defende a busca de soluções mais adequadas à sociedade sem querer com isso preterir as soluções individuais, mas contextualizá-las de forma mais explícita no ambiente em que, de fato, se inserem objetivando socialmente soluções mais convenientes para o corpo social. A funcionalização é inerente ao direito não havendo direito sem um fim. Assentadas essas primeiras premissas, cabe investigar a função do direito a partir de uma perspectiva teórico-conceitual, objetivando apreender outros ambientes onde a função demarca limites, sendo, em si, princípio, meio e fim²⁷.

A legislação atual bem reflete o deslocamento das tutelas individuais para o campo dos interesses sociais, como ocorreu com os contratos que, durante a vigência do Código Civil de 1916, eram considerados rígidos, formais e invioláveis. A partir do Código Civil de 2002, passou a ser considerado o exercício da liberdade de contratar diante das razões e limites da função social do contrato, estatuiu-se que o contrato não poderá transformar-se em um instrumento para a prática de atividades abusivas causando dano à parte contrária ou a terceiros²⁸.

Neste segmento, a função social da propriedade foi contemplada pelo texto constitucional consoante regra do art. 170, inciso III, ainda na dimensão de propriedade urbana, como disposto pelo art. 182, § 2º, assegurando o exercício do direito de propriedade, observada a preservação do meio ambiente, conforme artigo 186, inciso II, e 225 e ss.

A função social da empresa, contextualizada pela tutela dos interesses sociais, surge reestruturada sob novos comandos, tornando possível a compreensão dos seus fins, antes extremamente individualistas.

Com a revogação da parte geral do Código Comercial, o Código Civil de 2002 desconsiderou o conceito tradicional de comerciante, optando pela adoção da teoria da empresa. Com isso, rediscutiu-se a função econômica da empresa e sua função social, representando deste modo a superação do dogmatismo tradicional e a adequação da ordem jurídica e social com as necessidades e valores da sociedade contemporânea.

A função social como princípio constitucional voltado a atender os interesses sociais afasta a contemplação pretérita, até então prioritária, dos interesses individuais no ambiente empresarial, como sustentada pelo modelo anterior.

26 PASSOS, J. J. C. de. **Função Social do Processo**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em: 18 jul. 2006.

27 FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Sustentabilidade negocial em tempo de crise. In: **Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Arte & Ciência; Marília: UNIMAR, 2008. p. 81.

28 REALE, Miguel. Função social do contrato. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc-cont.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

Toda e qualquer ação no campo do direito que não for para atender à função social do direito fere princípio constitucional e, sendo assim, será considerado como inconstitucional por não serem permitidas na esfera jurídica ações ou interpretações contra a Constituição. A reflexão acerca da função social da empresa avulta como relevantíssima.

2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O princípio da função social da empresa, decorrente da função social da propriedade, já era previsto no artigo 154 da Lei. 6.404 de 15 de dezembro de 1976 – Lei das Sociedades Anônimas –, portanto, anterior a Constituição de 1988: “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da *função social* da empresa”²⁹.

Fran Martins, analisando o art. 154, defende que a empresa atua no seio da coletividade, devendo-se levar em conta os interesses gerais. Por tal razão, os seus administradores deverão “desempenhar suas atribuições não com o intuito exclusivo de obter lucro para a sociedade mas, igualmente, de atender às exigências do bem público, visto como à empresa cabe desempenhar, também, função social”³⁰.

A função social, princípio constitucional, está insculpida no art. 170 da Constituição Federal, explicitada através do conceito geral ao ser referida em razão da função social da propriedade.

Assevera Moraes Guimarães que, especificamente no tocante ao artigo 170 da Constituição brasileira e aos demais dispositivos fundamentais da ordem econômica e social do país, as empresas, como principais agentes da vida econômica, ficam obrigadas ao seu cumprimento. Seria um absurdo considerar a atividade empresarial como matéria de exclusivo interesse privado a partir da análise do sistema econômico nacional em sua globalidade³¹.

Consoante o preceito constitucional, exerce a função social a empresa que utiliza os recursos naturais de forma justa, reduzindo ao mínimo o impacto de suas atividades no meio ambiente; exerce perante o consumidor deveres consubstanciados na boa-fé objetiva, na informação, proteção e lealdade; não fere o princípio da livre concorrência e, em relação à redução das desigualdades sociais, gera empregos e procura movimentar a economia local. Quando não o faz de maneira a cumprir com uma necessidade social, a empresa está descumprindo sua função social³².

29 BRASIL. Lei das Sociedades Anônimas: nº 6404/76. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 29 jul. 2006.

30 MARTINS, Fran. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 370-371. v.2.

31 GUIMARÃES, Maria Celeste M. **Recuperação judicial de empresas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 33.

32 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 810, p. 43-44, 2003.

Naturalmente, esses deveres não se exaurem na Constituição ou em leis ordinárias; a função social também se encontra no pagamento de impostos, no desenvolvimento tecnológico, na geração de riquezas, na movimentação do mercado econômico, entre tantos outros fatores. De acordo com Eduardo Tomasevicius: “O conteúdo da função social da empresa está no dever de um exercício justo da atividade empresarial”³³.

2.3 RECUPERAÇÃO DA EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL

Positivando o princípio da preservação da empresa por meio do princípio da função social, a Lei de Recuperação e Falências direciona seu objetivo para a manutenção da atividade empresarial, considerando a falência como medida última a ser tomada.

O artigo 47 da Lei 11.101/05 estabelece o objetivo singular da recuperação judicial visando a viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, bem como a salvaguardar a fonte produtora, o emprego de seus trabalhadores, enfim, a cumprir com a função social da empresa.

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica³⁴.

O comando normativo contido no artigo sob comento estabelece ordem de prioridades a seguir, indicando, em primeiro plano, a “manutenção da fonte produtora”, meio hábil de preservação da atividade empresarial; em seguida, a manutenção do emprego dos trabalhadores e, por fim, declina as medidas que devem atender aos interesses dos credores. Demonstrado está aos que o fim legal atribuído à recuperação judicial liga-se ao valor social da empresa em funcionamento, que deverá ser preservada principalmente pelo elemento de paz social oferecido que são os empregos³⁵.

Portanto, não consiste a recuperação judicial em mera solução de dívidas e encargos; ao contrário, conforme elucida Waldo Fazzio Junior:

Na ação de recuperação judicial objeto mediato é a salvação da atividade empresarial em risco e o objeto imediato é a satisfação, ainda que impondável, dos credores, dos empregados, do Poder Público e, também, dos consumidores. Não é mera declaração de reconhecimento de uma situação de crise que o direito considera relevante. É a

33 Idem, ibidem, p. 43-44.

34 BRASIL. Lei de Falências: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.

35 BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Nova lei de recuperação e falências**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 130-131.

instituição de um regime jurídico especial para o encaminhamento de soluções para a referida crise, seus desdobramentos e repercussões³⁶.

O devedor que pretender inserir sua atividade na recuperação judicial deverá apresentar o plano de recuperação que consiste na discriminação dos meios a serem adotados para a superação da crise econômico-financeira enfrentada pela organização. A partir do reconhecimento do estado de crise, será apresentado o caminho para sua superação com base e fundamento, também no art. 47 da Lei 11.101/05, agregando à preservação da empresa a realização e alcance da função social, mediante a manutenção da atividade empresarial.

De outra parte, o fato de o devedor pretender o deferimento do plano de recuperação judicial não prescinde da tentativa de um acordo preliminar por meio da recuperação extrajudicial. O devedor, ao pleitear judicialmente sua recuperação, espera tratamento especial, como previsto em lei, para sanar a crise financeira. Tal procedimento significa medida de prevenção para as empresas viáveis e não de ressurreição para aquelas que forem inviáveis, pois, aí, a solução jurídica será a falência³⁷.

Destarte, apresentando a insolvência empresária como crise econômico-financeira a partir da qual não se afirme alternativa de superação que seja viável, resta realizar o seu patrimônio ativo e saldar, no que for possível, o seu patrimônio passivo. Ainda que necessária ou inevitável a decretação da falência, prevalece a preservação da empresa, mantendo-se a separação necessária entre o destino da empresa, do empresário ou da sociedade empresária. Cabe enfatizar que a empresa, pela atual concepção, não deve ser alcançada pelo insucesso do empresário ou da sociedade empresária, estando respaldada no princípio da função social, que assegura os reflexos positivos da manutenção da atividade produtiva.

Por esta forma, de acordo com o artigo 75 da Lei 11.101/05, o instituto da falência mudou seu enfoque para permitir o afastamento do empresário ou da sociedade empresária de suas atividades, mantendo-se a preservação da empresa sem afastar as responsabilidades do devedor pelo passivo não satisfeito. O art. 75 da Lei 11.101/2005 dispõe: “A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa³⁸.”

O artigo 75 possibilitou a compreensão da empresa como ente despersonalizado que é, permitindo que o estabelecimento empresarial em funcionamento (a empresa, portanto) seja transferido a outrem que manterá seu funcionamento e sua função social, conservando ao ex-

36 FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 129.

37 Idem, *ibidem*, p. 128-129.

38 BRASIL. Lei de Falências: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.

titular (empresário falido; sociedade empresária falida; ou em recuperação judicial) a responsabilidade pelo passivo não satisfeito³⁹.

Gladston Mamede demonstra que a empresa ou sociedade empresária poderão ser preservadas sem implicar em liquidação por entender que são realidades distintas, como segue:

Aliena-se o objeto (a empresa) em pleno funcionamento, com o que se conseguirá um valor superior pelo patrimônio ativo (beneficiando, assim, mesmo aos credores), e mantêm-se os benefícios da fonte produtora, incluindo empregos, mercado etc.⁴⁰.

Consoante as alterações observadas pela legislação sob comento, houve o afastamento do *modus operandi* tradicional limitado a promover, a qualquer custo, a venda dos bens componentes da empresa para pagar o que fosse possível, pouco importando os impactos decorrentes da quebra da empresa. Em substituição à rigidez do modelo anterior, a operabilidade da empresa torna-se nuclear ao conjunto de interesses, fundamento maior da preservação para sustentar a relevância das ações expressas em otimizar a utilização produtiva dos bens, resguardando, inclusive, seu aspecto intangível e funcionalizado. Esse benefício será possível pela determinação inscrita no artigo 140 da Lei 11.101/05, que estabelece a ordem de preferência na alienação dos bens que compõem o ativo, como segue:

A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I- alienação da empresa, com venda de seus estabelecimentos em bloco; II- alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III- alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV- alienação dos bens individualmente considerados (...) ⁴¹.

A tutela destinada à proteção dos bens da empresa durante o processo de reestruturação ou liquidação – proteção fundamental trazida pela legislação falimentar – tem por objetivo propiciar a realização do outro procedimento referente à negociação que ofereça melhor resultado, com a menor perda possível dos ativos socialmente valiosos. Na Lei de Falências anterior, por ela estabelecer regras que dificultavam qualquer negociação e serviam mais como forma de cobrança a ser utilizada, a dilapidação da empresa era vista como a única forma de angariar fundos para a satisfação dos créditos, não havendo de mecanismos adequados para atender o novo e complexo universo empresarial, que ensejassem sua substituição.

Com o desenvolvimento de uma visão mais prática e humanizada a empresa passou a ser reconhecida como “célula da sociedade” e considerada como um todo em prol de interesses de terceiros e não somente de seus credores. É por essa razão que a nova Lei de Recuperação e

39 MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. v. 4. São Paulo: Atlas, 2006. p. 308.

40 Idem, ibidem, p. 309.

41 BRASIL. **Lei de Falências**: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.

Falências, ao fazer a previsão de um conjunto de medidas protetivas da atividade empresarial, assegurou a preservação da fonte produtora, entre tais implementos, conforme já demonstrado, solucionando a questão da sucessão por meio de uma “blindagem” colocada ao redor da empresa a fim de permitir que haja uma segregação do risco na sucessão de obrigações.

No ordenamento jurídico brasileiro esta eficiência nos procedimentos falimentares e de recuperação de empresas apresenta-se como fundamental e indispensável, segundo Armando Castelar, por dois motivos: o mínimo de custo dissipado no decorrer do processo; a conveniência que os ativos sejam alocados ao seu maior valor de uso, que significa a possibilidade do negócio continuar a funcionar, se o seu valor exceder o valor da liquidação⁴².

O ponto central da Lei de Recuperação e Falências, quando adequadamente interpretada e aplicada, permite que a preservação da empresa como fonte produtora cumpra com sua função social assegurando o emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores.

A recuperação da empresa desenvolve-se através de estrutura fundante expressa pelo binômio patrimonialidade-funcionalidade. Pelo primeiro fundamento, a lógica da recuperação de natureza econômica deve ser orientada pela racionalidade da continuidade da atividade empresarial com a satisfação dos credores. Pelo segundo fundamento, a lógica da recuperação de natureza social deve ser orientada para a superação da crise com a satisfação de todos os interesses próprios do ambiente empresarial. A função social da recuperação da empresa reside no alcance do equilíbrio entre a patrimonialidade e funcionalidade, conciliando os interesses plurais.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E ATIVIDADE EMPRESARIAL

3.1 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A Constituição Federal destaca a atuação do Estado na economia, ao prever a intervenção direta, como agente normativo e regulador da atividade econômica a partir do artigo 170. Tais condições constituem instrumentos através dos quais o poder público atua e coordena a observância dos princípios da ordem econômica, tendo em vista a realização de seus fundamentos e seus fins.

Assim, enquanto a economia preocupa-se com a lei da oferta e da procura com a busca de novos mercados, o desenvolvimento econômico objetiva a manutenção do equilíbrio em relação ao crescimento econômico, assegurados os valores e princípios constitucionais.

Nesse sentido, os fundamentos constitucionais do art. 170, referentes à atividade da ordem econômica, consagram “a delimitação principiológica explicitada pelo cardápio de valores

42 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005. p. 225-226.

do art. 170 e consubstanciada pelos princípios que estabelecem, a um só tempo, os fins e o funcionamento da ordem econômica⁴³.

Na sequência, são assegurados:

a valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna, conforme os ditames da justiça social, impõem uma diretriz axiológica de dimensão imensurável, estabelecendo os eixos da ordem negocial. Os pactos próprios do ambiente do trabalho, delimitado nas relações contratuais trabalhistas para fins desta investigação, considerados paradigmáticos em relação à sustentabilidade negocial, têm por finalidade precípua, igualmente, a existência digna do empregado e do empregador, copartícipe de uma atuação empresarial responsável e limitado pela concretização da justiça social. Nesse eixo de operabilidade negocial residem as condições de possibilidade para uma dissecação das demais ambiências negociais, atreladas à indispensável sustentabilidade⁴⁴.

A Lei 11.101/2005 absorveu as pautas axiológicas constitucionais, promovendo inovação ímpar no âmbito do exercício das atividades empresariais ao assegurar a função social da propriedade empresarial, na forma destacada como estatuída pelo art. 47, reconhecendo a indispensabilidade da tutela eficaz da recuperação da empresa, para a manutenção da atividade empresarial enquanto instrumento garantidor da sustentabilidade econômica e social.

O Estado, ao regular o desenvolvimento econômico, busca promover a combinação do crescimento econômico com as condições básicas de vida, sendo que o exercício da atividade empresarial representa meio indispensável aos fins visados pelo crescimento econômico equilibrado e orientado para a efetivação das igualdades sociais. É nessa perspectiva que se insere a nova legislação, significando possibilidade de revisão dos conceitos pretéritos e das estruturas rígidas da antiga Lei de Falências e Concordatas, cuja concepção ultrapassada, formal e legalista, impossibilitava a compreensão sistêmica das várias dimensões que integram a atividade empresarial. Cabe lembrar o art. 1º da revogada Lei que determinava taxativamente que seria considerado falido “o comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagasse no vencimento obrigação líquida (...)”. A vetusta legislação, que vigorou pelo período de 60 anos desde 1945 até 2005, representou o formalismo positivista de uma época que conduziu à crise do Direito, então concebido sob a forte influência do normativismo. O apego formal à relevante razão de direito, como preconizava o antigo texto normativo, simbolizou, por muitos anos, sentença de liquidação do falido que, sem qualquer outra possibilidade, buscava na concordata, igualmente formal, uma derradeira saída de difícil alcance.

43 FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Sustentabilidade Negocial em Tempo de Crise. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Orgs.). **Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Arte & Ciência; Marília: UNIMAR, 2008. p. 55.

44 Idem, ibidem, p. 55.

A constitucionalização do Direito, ao influenciar os diversos sub-ramos do Direito e estatutos que conjugam a pluralidade do ordenamento jurídico, possibilitou a revisão dos conceitos herméticos da legislação anterior, atendendo aos interesses da classe empresarial, dentre outros, e, por via de consequência, a complexa contextualização através da qual se organiza a empresa para a prática das atividades empresariais. A compreensão das novas dimensões permite um outro nível de revelação, através da ruptura paradigmática com o velho modelo. Com a superação do paradigma pretérito redescobre-se a função social de uma série de institutos jurídicos, dentre eles o da função social da propriedade empresarial interligada à função social da preservação da empresa, resultando nos fundamentos balizadores da recuperação judicial, expressos através do binômio patrimonialidade-funcionalidade, como concebida para ser invocada diante dos quadros de crise econômico-financeira do empresário devedor.

A apreensão humanizada da preservação da empresa decorre, evidentemente, de um outro nível de compreensão que possibilitou a superação das antigas questões de direito, como tratadas pela lei revogada, para favorecer a manutenção da fonte que produz: a fonte que produz emprego, a fonte que produz produtos e serviços, a fonte que gera recursos financeiros, a fonte que recolhe impostos, a fonte que contribuiu para a redução das desigualdades regionais, a fonte que contribuiu para a diminuição da pobreza, auxiliando a construir uma sociedade livre, justa e solidária através do desenvolvimento econômico, respeitando os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

3.2 RESPONSABILIDADE SOCIAL E SUSTENTABILIDADE

A responsabilidade social empresarial, tema de relevância global, vem representando diferencial no âmbito da empresa com relação à tradição do conjunto de atos negociais e posturas específicas do contexto empresarial ultrapassadas pela forma sensível de agir do empresário moderno. Desta forma, a responsabilidade social oportuniza a abertura da complexidade da empresa tradicional, voltada exclusivamente para as questões econômicas e, em especial, as pertinentes ao lucro. É através da responsabilidade social que os objetivos empresariais são ampliados, passando-se a contemplar questões como preservação do meio ambiente, promoção da inclusão social das minorias, busca do desenvolvimento de comunidades regionais onde a empresa está instalada, somadas ao respeito ao consumidor e ancorados em sólida concepção ética de suas atividades negociais.

O conceito de responsabilidade social empresarial amplia a dimensão conceitual da responsabilidade empresarial para permitir a visibilidade do *locus* social, completando, assim, os diversos núcleos de interesses, conforme expresso na definição preconizada pelo Instituto Ethos:

Responsabilidade social empresarial é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais. Dito de outra maneira, espera-se cada vez mais que as organizações sejam capazes de reconhecer seus impactos ambientais, econômicos e sociais e, a partir desse pano de fundo, construam relacionamentos de valor com os seus diferentes públicos de interesse, os chamados *stakeholders* – público interno, fornecedores, clientes, acionistas, comunidade, governo e sociedade, meio ambiente, entre outros⁴⁵.

A responsabilidade social da empresa define-se em razão da função social da empresa em relação à ordem econômica, jurídica e social adequadas às necessidades e valores da sociedade. A responsabilidade social empresarial decorre da consciência coletiva do mercado como diferencial, indispensável à modernização da secular organização jurídica empresarial. A busca por uma sustentabilidade econômica e social, adequada às necessidades e valores da sociedade contemporânea, representa ponto de destaque no equilíbrio do universo empresarial.

A sustentabilidade empresarial, segundo o Instituto Ethos, consiste em “assegurar o sucesso do negócio a longo prazo e, ao mesmo tempo, contribuir para o desenvolvimento econômico e social da comunidade, um meio ambiente saudável e uma sociedade estável”⁴⁶.

A discussão acerca da responsabilidade social implica, necessariamente, na análise da sustentabilidade como fatores indissociáveis do novo contexto, ampliado pela funcionalização e a eticidade empresarial, concebidas como meios para a efetivação da ordem econômica e do desenvolvimento econômico de conformidade com os preceitos constitucionais. Assim sendo, a empresa designada como sujeito de direito⁴⁷, em nível constitucional, ressurgiu humanizada voltada em suas funções não só para o enfoque econômico, mas também devendo atentar para a fatorização referente à sustentabilidade, requisito indispensável à própria existência e sobrevivên-

45 URSINI, Tarcila Reis, BRUNO, Giuliana Ortega. **A gestão para a responsabilidade social e o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: < http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents/RevistaFAT03_ethos.pdf>. Acesso em 15 dez. 2008.

46 JOHANNPETER, Jorge Gerdau. As empresas e a sustentabilidade, p. 7. In: **Sustentável 2006** – Ciclo de Encontros sobre Sustentabilidade e Gestão Responsável. Disponível em: <http://www.sustentavel.org.br/arquivos/sustentavel_2006.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2008.

47 “A previsão constitucional do artigo 170 da Magna Carta é, inegavelmente, núcleo de revalorização do sujeito, aquele mesmo espectador dos fins práticos. A ordem econômica constitucional torna assentar a dignidade humana do sujeito para então, recolocá-lo nos diversos lugares que realmente ocupa em sociedade. Assim, o primeiro sujeito nomeado pela ordem, é o trabalhador, seguido do empresário, aquele da livre iniciativa, quiçá o empregador. A esses sujeitos a promessa de segurança e esperança do trabalho humano digno e da liberdade equilibrada. (...) Na indicação do cardápio principiológico do artigo 170, e incisos, o sujeito é eleito, sem dúvida, o titular dos ditames da justiça social; define-se como cidadão no âmbito da soberania nacional, seguido do sujeito-proprietário da propriedade privada e funcionalizada. Por fim, o sujeito-consumidor, de bens, serviços, valores, princípios e justiça social. Não há no ordenamento jurídico pátrio similar contemplação do sujeito, contextualizado vezes tantas, como “sujeito de titularidades”, como defende Luiz Edson Fachin”. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, MAZETO, Cristiano de Souza. **Constitucionalização do negócio jurídico e ordem econômica**. **Argumentum** - Revista de Direito da Faculdade de Direito da UNIMAR, Marília, v. 5, p. 87-87, 2005.

cia do segmento empresarial, onde se insere, com elevado grau de adequação e razoabilidade, a disciplina da recuperação da empresa e falências conjugadas, portanto, à responsabilidade social.

Por via de consequência, o regramento constitucional, ao assegurar a livre iniciativa, faz uma atribuição de condições de possibilidades ao mesmo tempo em que define limites, significando liberdade para atuar no mercado, exercendo as atividades específicas empresariais, visando o equilíbrio indispensável à execução das complexas relações empresariais atuais, reinserindo a empresa em uma revalorização de seu perfil corporativo. Dizendo de outro modo, a apreensão do significado da empresa na pós-modernidade destacou a indispensabilidade de uma tutela jurídica humanizada em relação à atuação do empresário e da empresa, valorizando a livre iniciativa, um dos fundamentos da atividade econômica.

A responsabilidade social deve conduzir à compreensão do conjunto de ações e critérios através dos quais o empresário moderno deve incluir em seus relacionamentos profissionais os valores econômicos, jurídicos e sociais, considerando o pensamento funcionalista e as limitações constitucionais da ordem econômica, indispensáveis à apreensão das perspectivas plurais para a construção de uma ordem empresarial socializada e direcionada para as complexas relações empresariais contemporâneas.

A visibilidade tangente à preocupação da recuperação da empresa desvenda perspectivas plurais para a construção de uma hermenêutica socializante e direcionada a dar respostas e soluções para as complexas relações empresariais. Na esteira da função social da empresa, da recuperação da empresa e do equilíbrio das atividades empresariais, desponta a questão relativa à sustentabilidade, determinada por regras do fenômeno decorrente da mundialização. Assim sendo, o novo perfil empresarial apresenta diferenciais capazes de indicar ao empresário como agir corretamente, maximizando o efeito das ações positivas, assegurando que a empresa permaneça no mercado de forma mais humanizada, menos patrimonializada, responsável socialmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão da empresa em suas dimensões e finalidades privadas reafirma sua condição como instituição econômica e social, por sua influência, dinamismo e poder de transformação enquanto elemento integrante da sociedade.

O exercício da atividade empresarial deve visar ao desempenho harmonioso do organismo empresarial, desenvolvendo ações preventivas suficientes para resguardar o núcleo empresarial de fatores capazes de comprometer seu funcionamento.

A empresa, em nome da livre iniciativa, desenvolve suas atividades em um mercado onde o risco empresarial é parte integrante do trânsito comercial. Nem sempre o empresário alcança resultados positivos e a empresa passa a enfrentar disfunções que podem ser superadas pelo

próprio mercado ou necessitar do amparo do instituto da recuperação como meio legítimo de superação das mazelas traduzidas pelas dificuldades econômicas.

A operabilidade das atividades empresariais fomenta as relações de trabalho, crescimento e desenvolvimento econômico, tornando inegável a relevância da função social exercida perante a sociedade, contribuindo, principalmente, com a geração de riquezas, o pleno emprego, a arrecadação de impostos, o desenvolvimento tecnológico, a tutela ambiental, a responsabilidade e a sustentabilidade econômica e social.

O regramento da falência empresarial acaba por assumir maiores proporções em decorrência dos interesses econômicos, públicos, privados e principalmente sociais. Os fundamentos definidores da revisão do instituto da falência acrescido da recuperação empresarial representam condições de possibilidade do soerguimento da empresa, decorrentes da disciplina jurídica contemporânea, como definida pela atual Lei 11.101/2005.

O modelo desta nova legislação concursal difere do binômio anterior falência-concordata, representando fio condutor ao privilegiar a recuperação da empresa viável em detrimento do exclusivo interesse do credor. O objetivo primordial reside na manutenção dos empreendimentos produtivos e, em contrapartida, a liquidação célere das empresas inviáveis. Todavia, a falência deve ser a última alternativa; uma vez materializada, o processo atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.

A atual Lei de Recuperação e Falências priorizou a tutela da empresa, promovendo uma revisão estrutural através da releitura da atividade empresarial com a ampliação das funções próprias do interesse econômico, acrescidas pela dimensão dos valores e interesses sociais, assegurada pelos preceitos normativos e principiológicos.

A empresa contemporânea, ao apresentar novo perfil, passa a ser reconhecida como “célula da sociedade”, voltada para a tutela de interesses de toda a cadeia de produção e circulação de bens e não somente dos credores. Por tal fundamento, a Lei de Recuperação e Falências, ao fazer a previsão de um conjunto de medidas protetivas da atividade empresarial, assegurou a preservação da fonte produtora, solucionando a complexa questão da sucessão por meio de uma “blindagem” colocada ao redor da empresa, a fim de permitir a observância de limites relativos ao risco na sucessão de obrigações.

As transformações das atividades sociais, econômicas e jurídicas e do próprio modelo estatal conduzem, de par com a evolução do pensamento jurídico, para a consolidação da funcionalização do direito nas dimensões do público e do privado e referente à expectativa legítima do alcance de sua prestabilidade jurídico-social, traduzida nos fundamentos e objetivos da nação, na forma assegurada pela Carta Magna.

A função social da empresa, enquanto base principiológica e parâmetro da atividade empresarial, consoante mandamento constitucional, expressa, em síntese, a necessidade do cumprimento do dever de exercer a atividade econômica de forma equilibrada, sem abusos, cum-

prindo com as funções econômica e social e atendendo a pluralidade de interesses de forma justa e digna.

A recuperação da empresa desenvolve-se através de estrutura fundante expressa pelo binômio patrimonialidade-funcionalidade. Pelo primeiro fundamento, a lógica da recuperação de natureza econômica deve ser orientada pela racionalidade da continuidade da atividade empresarial com a satisfação dos credores. Pelo segundo fundamento, a lógica da recuperação de natureza social deve ser orientada para a superação da crise com a satisfação de todos os interesses próprios do ambiente empresarial. A função social da recuperação da empresa reside no alcance do equilíbrio entre a patrimonialidade e a funcionalidade, conciliando os interesses plurais.

O desenvolvimento econômico orientado pela delimitação principiológica explicitada pelo cardápio de valores do art. 170 da Constituição Federal de 1988 deve observar, a um só tempo, os fins e o funcionamento da ordem econômica, objetivando a manutenção do equilíbrio em relação ao crescimento econômico, assegurando o exercício das atividades empresariais, e possibilitando a recuperação em tempos de crise em benefício da defesa e tutela dos interesses sociais.

A sequência de forças inovadoras no direito contemporâneo replica, como consequência, outras inovações em que se destaca a responsabilidade social da empresa imbricada, diretamente, à função social da empresa desdobrada na função social da recuperação da empresa. Da interligação de tais esferas a responsabilidade social empresarial afirma-se enquanto consciência coletiva do mercado como diferencial, indispensável à modernização da secular organização empresarial. Na sequência e, por consequência, a busca por uma sustentabilidade econômica e social, adequada às necessidades e valores da sociedade contemporânea, representa ponto de destaque em relação à fonte que produz, ela mesma, a empresa.

A responsabilidade social da empresa deve conduzir à compreensão do conjunto de ações e critérios através dos quais o empresário moderno deve incluir em seus relacionamentos profissionais os valores econômicos, jurídicos e sociais, retemperando a lógica patrimonialista em relação a lógica funcionalista, considerando os princípios e fins da ordem econômica, consoante mandamento constitucional, indispensáveis à apreensão das perspectivas plurais para a construção de uma ordem empresarial socializada e direcionada para as complexas relações empresariais contemporâneas. Uma questão de sustentabilidade!

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Falência e concordata**. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1973.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

- BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Nova Lei de recuperação e falências**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BIOLCHI, Osvaldo. **Nova lei de falência**. Londrina: Unifil, 2006. [palestra realizada em 17 mar. 2006] (informação verbal).
- BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 29 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. **Lei de Falências**: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2004.004702-9**. Relator: Alcides Aguiar. Florianópolis, 31 mar. 2005.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2004.017307-5**. Relator: Alcides Aguiar. Florianópolis, 10 fev. 2005.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2001.016784-0**. Relator: Pedro Manoel Abreu. Florianópolis, 4 set. 2003.
- BULGARELLI, Waldirio. **Direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. **Sociedades comerciais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1977.
- CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia aplicada ao direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 8. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Curso de direito comercial**. 8. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **Curso de direito comercial**. 5. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **A sociedade limitada no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003
- _____. **Curso de direito civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COMPARATO, Fabio Konder. **Direito empresarial**: Estudos e Pareceres. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DORIA, Dylson. **Curso de direito comercial**. 6. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FAZZIO JR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- FERRAZ, Tercio Sampaio Jr. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. **Revista jurídica da Unifil**, Londrina, v.2, n. 2, p. 67-85, 2005.
- _____. Sustentabilidade negocial em tempo de crise. In: **Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Arte & Ciência; Marília: UNIMAR, 2008.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; MAZETO, Cristiano de Souza. Constitucionalização do negócio jurídico e ordem econômica. **Argumentum** - Revista de Direito da Faculdade de Direito da UNIMAR. Marília, v. 5, p.75-92, 2005.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**: o estatuto histórico e dogmático do direito comercial. São Paulo: Saraiva. 1960. v. 1.

FERRELL, O. C.; FREDERICH, John; FERRELL, Linda. **Ética empresarial**: dilemas, tomada de decisões e casos. 4. ed. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil**. Londrina: Edições Humanas, 2004.

GOLDBERG, Daniel K. Notas sobre a nova lei de recuperação de empresas e sua racionalidade econômica. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 8, n. 30, p. 103, 2005.

GOMES, Karideny Nardi Modenesi. **Responsabilidade social das empresas**. v. 3. São Paulo: Peirópolis, 2004.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação judicial de empresas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GUROVITZ, Helio; BLECHER, Nelson. O estigma do lucro. **Revista Exame**, São Paulo, ano 39, v. 6. n. 839, p. 20-25, 30 mar. 2005

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação doutrina e prática**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2002.

JOHANNPETER, Jorge Gerdau. As empresas e a sustentabilidade, p. 7. **Sustentável 2006** – Ciclo de Encontros sobre Sustentabilidade e Gestão Responsável. Disponível em: <http://www.sustentavel.org.br/arquivos/sustentavel_2006.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2008.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

LOBO, Jorge. **Direito concursal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MACHADO, Daniel Carneiro. O novo código civil e a teoria da empresa. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 4, p. 9-15, 2003.

MAMEDE, Gladston. **Sucessão empresarial na Nova Lei de Falência**. [palestra]. Edição: Cristiano Almeida. Londrina: TV Mix, 2005. 1 video cassete (53'01"), VHS, som, color.

_____. **Falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas. 2006. v.4.

MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho. **Direito e neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EdIBEJ, 1996.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Teoria geral da administração**: da revolução urbana à revolução digital. 4. ed. São Paulo: Atlas.

MÉJAN, Luis Manuel C. **Las bases de um derecho concursal**. Disponível em: <www.ifecom.org>. Acesso em: 20 abr. 2006

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2000. v.1.

MONTANA, Patrick J.; CHARNOV, Bruce H. **Administração**. São Paulo: Saraiva, 2000.

NAIDITCH, Suzana. Eu não vou sair da empresa. Revista **Exame**, São Paulo, ano 40, v. 07, n. 865, p. 76-77, 12 abr. 2006.

NAÚFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 680-681.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e empresa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Tratado de direito empresarial brasileiro**. Campinas: LZN, 2004. v.1.

PASSOS, J.J. C. de. **O futuro do estado e o direito do estado: democracia, globalização e o nacionalismo**. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com.br/buscarevista . asp?nome=Prof. %20J.J.%20Calmon%20de%20Passos](http://www.direitodoestado.com.br/buscarevista.asp?nome=Prof.%20J.J.%20Calmon%20de%20Passos)>. Acesso em: 18 de jul. 2006.

_____. **Função social do processo**. Disponível em: < [http://jus2.uol.com.br/doutrina /texto.asp?id=3198](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198)>. Acesso em: 18 jul. 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2005.

PIPOLO, Henrique Afonso; AZEVEDO, Anderson de. As perspectivas principiológicas do direito falimentar brasileiro e a nova ordem legal. **Revista Jurídica da Unifil**. Londrina: Unifil, ano 2, n. 2, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de direito comercial**. 26. ed. v.1. São Paulo: Saraiva. 2005.

_____. **Curso de direito comercial**. 24. ed. v.2. São Paulo: Saraiva. 2005.

SANTOS, Paulo Penalva. Brevíssima notícia sobre a recuperação extrajudicial. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 25, n. 83, p. 107-115, set. 2005.

SILVA, De Plácio e. **Vocabulário jurídico**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Inglez de. **Prelecções de direito commercial**. Rio de Janeiro: [sn], [1912?].

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEBET, Ramez. **Parecer da comissão de assuntos econômicos sobre PCL nº 71, de 2003**. Mensagem pessoal recebida através de e-mail. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/pls/prodassen/PRODASEN.LAYOUT_MATE_DETALHE.SHOW_INTEG_RAL?t=3624>. Acesso em: 27 set. 2006.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. **Responsabilidade social empresarial**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

TEPEDINO, Ricardo. A recuperação da empresa em crise diante do Decreto – Lei 7.661/1945. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, v. 128, p.166, 2002.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. **Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

URSINI, Tarcila Reis; BRUNO, Giuliana Ortega. **A gestão para a responsabilidade social e o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: < http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents/RevistaFAT03_ethos.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2008.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL QUANDO RESULTA NA DESVALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

Lourival José de OLIVEIRA

1 INTRODUÇÃO AO ESTUDO A RESPEITO DO TRABALHO HUMANO

O avanço do capitalismo através da descoberta de novas técnicas para serem empregadas na produção dá origem a várias reflexões sobre o destino a ser trilhado pela humanidade. Muitas vezes tudo parece natural, quando, na verdade, se trata de uma construção histórica e, portanto, cultural, possível de ser transformada. O mercado de trabalho, assim como o mercado econômico não são entes imaginários formados naturalmente. São construções feitas pelo homem, muito embora, por vários momentos, queira transparecer como algo imodificável, que se rege por leis naturais.

Todas essas mudanças lançam um intenso debate sobre o trabalho, mais propriamente sobre o significado do trabalho no século XXI. Dentro de uma elaboração marxista, o trabalho é o que distingue o homem do resto dos animais. O otimismo tecnológico é negado pelo desemprego, pelos baixos salários, pela exclusão social que se produz em relação à própria tecnologia. Atualmente três quartos da humanidade são privados de remédios capazes de curar doenças, da comunicação, da condição de seres humanos, o que significa que ainda existe uma grande distância para a chamada socialização da tecnologia.

No planeta há os países desenvolvidos, que utilizam uma tecnologia bastante superior em relação à utilizada pelos países não desenvolvidos, e isso faz com que o mundo seja dividido em papéis. Existe aquela parte que fornece a matéria prima, que absorve os restos de uma produção industrial, produzindo, nestes locais, um modo de vida que talvez não alcance a subsistência para aqueles que ali moram.

Portanto, a tecnologia espalhada pelo mundo não é homogênea. A própria durabilidade das mercadorias que são produzidas atualmente, quer seja pelo seu tempo de utilização, de funcionalidade, quer seja pelo modismo, se apresenta com períodos cada vez mais curtos. Trata-se da intensificação do consumo, enquanto elemento necessário para a sustentação do modo de produção capitalista.

Desse modo, a sociedade se mantém como um sistema produtivo manipulando até mesmo a aquisição dos chamados ‘bens de consumo duráveis’ que necessariamente são lançados ao lixo (ou enviados a gigantescos ferros-velhos, como os ‘cemitérios de automóveis’ etc.) muito antes de esgotada a vida útil¹.

O interesse privado é o que se sobrepõe. Muitas vezes tem-se até mesmo a criatividade humana sendo freada pelos interesses de determinados oligopólios que dominam uma parte da produção científica, que não é livre nem democratizada. Muita cura de doenças não é do domínio público por uma questão de interesses outros mais lucrativos, comprovando-se assim a sobreposição do interesse privado sobre o interesse público.

A indústria bélica hoje consome grandes recursos mundiais. Baron afirma que “(...) os Estados Unidos são responsáveis pela metade dos gastos mundiais em armamentos, e mantêm bases e missões de treinamento militar em 121 países do planeta”².

Mészáros aponta que o complexo militar-industrial controla 70% de toda a pesquisa científica dos EUA. Ao mesmo tempo, na Grã-Bretanha os índices percentuais correspondem a 50%³.

Marx afirmou que a tecnologia demonstra a forma de ação do homem sobre a natureza, como ele produz a vida e as suas condições sociais. Dentro desta análise desponta a importância do estudo sobre o trabalho e o seu significado na sociedade do século XXI, podendo apontar aqui duas linhas teóricas. A primeira, que apresenta o trabalho como ponto de centralidade, e a segunda, que o coloca em um segundo plano, ou seja, descentralizado. Conceituar o trabalho, localizá-lo no século XX e apontar novas balizas voltadas para a produção de valores sociais são alguns dos principais objetivos do presente estudo.

2. DA CENTRALIDADE A NÃO CENTRALIDADE DO TRABALHO E AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

Robert Cantil⁴ defende a ideia da necessidade de um novo pacto social (ou contrato social), com a construção de um “capitalismo mais humanizado”, objetivando uma maior dis-

1 MÉSZARÓS, I. **Para além do capital**. São Paulo: Boitempo Ed. UNICAMP, 2002, p. 640.

2 BORON, Atílio A. Hegemonia e imperialismo no sistema internacional. In: BORON, Atílio A. (Org.). **Nova hegemonia mundial: alternativas de mudança e movimentos sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales, 2004. p. 144.

3 MÉSZÁROS, I. **O poder da ideologia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 288.

4 CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 415-494. Parte VII.

tribuição de renda. Os excluídos socialmente são aqueles que não têm emprego e condições de empregabilidade ou que se encontram em condições de subemprego. O individualismo cresce ao ponto de não ser sentido o coletivo. Desta feita, o que se tem é uma crise do trabalho, de integração dos menos favorecidos no mundo do trabalho. Neste contexto, o trabalho passa a ser uma referência social e psicológica.

Mantendo-se o trabalho como centro, mas seguindo outra vertente, existem aqueles que o concebem como a alienação do homem. Vale citar Antunes, Mészáros, Frigotto, Lucena, Gounet, Kuenser, Machado, Mello, Salm, Bihr, Saviani, dentre outros.

Os homens exercem o papel mais importante na produção e as riquezas existem. O problema é que elas estão concentradas. O capitalismo produz as riquezas, porém não consegue distribuí-las. A construção do ser social, de acordo com Marx, está centrada no trabalho. Os laços sociais e a própria forma de existência humana estão centrados no trabalho. A forma como se realiza o trabalho produz o tipo de ser social⁵.

Em um primeiro plano, o trabalho é a relação do homem com a natureza. É a sua força natural confrontando-se com a natureza. Depois, ao mesmo tempo em que modifica esta natureza e o homem se modifica também. Na primeira fase, o trabalho, enquanto força natural, não se encontra desapropriado da pessoa humana. Na segunda fase, ele se constitui como mercadoria a ser vendida por aquele que naturalmente a possui, construindo com isto a sua condição de vida.

A abelha realiza trabalho, assim como a aranha também realiza. No caso do homem, o trabalho nasce, em um primeiro momento, na sua cabeça, no seu inconsciente e depois se materializa. Esta forma de produzir o trabalho acaba por distinguir, dentro da teoria marxista, o homem dos animais, tornando o trabalho um produto social e não um simples produto natural, algo que acontece como força do acaso.

O trabalho, que deveria ser um meio voltado para a humanização, com os avanços tecnológicos (invenção das máquinas), passou a ser a forma de dominação, em que aqueles que detêm os modos de produção passaram a controlar aqueles que não possuem esses meios. A máquina, com as variadas revoluções tecnológicas, foi para o marxismo o grande ponto de transformação da sociedade, definindo inclusive a concentração de riquezas a favor de uma minoria. Esta é a própria expressão maior da coisificação do homem.

O modo de se vestir, a forma de o homem viver, de sentir, de gostar são construídas a partir do trabalho. É neste sentido que o trabalho contribui para a alienação humana. Seguindo Hegel, Marx escreve suas obras baseando-se nesse autor, que acaba diferenciando o homem dos animais, por conta dos seus anseios ilimitados. A alienação do homem é um processo histórico com sólidas relações com o trabalho. O produto do trabalho produzido pelo trabalhador lhe é

5 GRESPAN, Jorge. **Karl Marx**. São Paulo: Publifolha, 2008.

estranho. Quando se tem a mercadoria, pronta e acabada, o valor do trabalho que a produziu desaparece, razão pela qual ela pode ser trocada por um valor determinado, valor este que foi construído através do mercado.

Não possuindo os meios de produção, os trabalhadores são obrigados a vender suas forças de trabalho, sem mesmo saber aquilo que estão produzindo e o valor que este produto detém. Desta maneira, os trabalhadores tornaram-se indiferentes em relação àquilo que produzem, desde que, com a venda de sua força de trabalho, consigam o necessário para a sua sobrevivência. Este talvez seja o significado maior de alienação.

A questão que se coloca é: mesmo com as inovações tecnológicas, o trabalhador continua necessário para a produção capitalista? Talvez seja o caso de se questionar se a tecnologia poderá avançar ao ponto de não mais necessitar da mão de obra humana. Será isso possível? Será possível viver em um mundo em que a mão de obra humana seja dispensável ou utilizada de forma mínima ao ponto de uma grande massa de trabalhadores, qualificados ou não, ser dispensável?

Jeremy Rifkin⁶ posiciona-se no sentido que a tendência do emprego é chegar a um fim. Segundo o autor, os postos de trabalho que são extintos em face do avanço tecnológico não serão mais recuperado, e com a diversidade e a criação de novos postos de trabalho, com novas atividades a serem desenvolvidas pelos seres humanos, não serão suficientes para atender toda a demanda por empregos. A automação gera maior produção, que acaba fazendo com que os preços dos produtos abaxem, tornando-os mais competitivos. Esta cadeia, que de certa forma traz vantagens para o consumidor, acaba por produzir a redução do emprego. Trata-se do aumento da produtividade sem a geração de emprego.

Kurz⁷ afirma que a luta de classes não é o motor de transformação da sociedade e sim o fetiche da mercadoria. Estes pensamentos ganharam valoração para fins de estudo com a crise do capitalismo do final da década de 60. Ao mesmo tempo, Habermas⁸ aponta a dificuldade do homem em se desvincular da racionalização crescente. Para este último autor, a linguagem e não o trabalho apresenta-se como o centro das relações humanas. A linguagem é o que possibilita dar nomes as coisas, tratando-se de um ato de consciência. O trabalho não seria tão importante, porque ele só acontece a partir de uma simbologia social, que se expressa através da linguagem. O trabalho tem como pressuposto a linguagem, que pressupõe a interação entre pessoas.

Habermans se contrapõe a Marx. Com o avanço do capitalismo, a ciência se transformou na principal força produtiva. A possibilidade de superação não está no trabalho e sim nas mediações construídas a partir de um agir entre das pessoas.

6 HIFIKIN, Jeremy. **O fim do emprego**. São Paulo: Makron Books, 2007.

7 KURZ, R. **O colapso da modernização**. Tradução Karen E. Barbosa. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

8 HABERMAS, Jurgen. **Teora de la accion comunicativa**. vol.II. Madrid: Taurus, 1998.

O capitalismo não precisa mais explorar o trabalho, por conta que as modificações ocorridas na organização de sua produção podem libertar o homem do trabalho.

No modo de produção capitalista, a mercadoria e a democracia capitalista impossibilitam que todas as parcelas sociais sejam iguais. As lutas dos trabalhadores não superaram os conflitos de interesse que se manifestavam nas fronteiras da sociedade da mercadoria, sem procurar superá-la. Essas afirmações problematizam a própria intervenção dos trabalhadores no processo estrutural de crise do capitalismo. Ao reivindicar o fim do masoquismo histórico nas dimensões do trabalho concreto, realiza a crítica da estratégia dos trabalhadores em tempos de crise do emprego. Os trabalhadores passam a ter como utopia o que sempre denunciaram e repudiaram: a exploração e precariedade do trabalho humano. Utopias que passam a se materializar na luta pelo “direito” de serem explorados. O “direito” à venda da força de trabalho independente do desenvolvimento dos processos de mais-valia absoluta e relativa tão bem exploradas por Marx e Engels em *O Capital*⁹.

Surge desta visão descentralizada do trabalho a estruturação de novas classes sociais, agora baseadas no tempo livre, explicando assim o conceito de socialismo pós-industrial, que seria uma sociedade baseada no desperdício mínimo¹⁰. Viver mais com menos. Trata-se de uma nova planificação daquilo que se é produzido. Uma nova coordenação, reduzindo ao mínimo as atribuições dos homens e estendendo-se as atribuições autônomas. O Estado passa a ter um papel decisivo nesta emancipação humana. Deve haver uma superação do trabalho alienado, crescendo-se os incentivos para o trabalho cooperado.

Esta linha de pensamento ganhou muita expressão no Brasil, a partir de Ladislav Dowbor, que lançou luz em outras formas de prestação de serviços e realização de trabalho, que não a assalariada, como instrumento de superação da crise. Uma delas se dá através da apropriação pela própria comunidade do processo de produção¹¹.

3. DIGNIDADE DO TRABALHADOR, O NOVO CENÁRIO GLOBALIZADO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Primeiramente precisa-se conceituar globalização, que, se diga, é de uma tarefa bastante difícil. Contudo, rapidamente conceituando, para servir para o momento, globalização é um misto de realidade e ideologia. Parece que o homem é globalizante em seu instinto (no sentido de uniformizar comportamentos).

9 LUCENA, Carlos. A humanidade, a natureza e o trabalho, Revista **HISTEDBR** (*On-line*), Campinas, n. 24, p. 51-63, dez. 2006. Disponível em : http://www.histedbr.fae.unicamp.br/art05_24.pdf.

10 GORZ, A. **Adeus ao proletariado**: para além do socialismo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

11 DOWBOR, Ladislav. Política Nacional de apoio ao desenvolvimento local (artigo). Disponível em: <http://dowbor.org/artigos.asp>.

Através desta onda globalizante, o Estado se contrai e as políticas públicas se desfazem sob o mito de que o público não presta. Nesse sentido, especialmente no Brasil, em meados da década de 90, criou-se um discurso de que o público é ineficiente e que a coisa pública deve ser vendida para que se construa a otimização a partir de processos de privatização. O que ninguém esperava é que a crise inaugurada de forma concreta a partir de setembro de 2008 tenha ocorrido pela liberdade que se deu ao mercado financeiro de se auto-organizar, ao ponto de hoje ser pacífico o entendimento que o mercado financeiro deva ser regulado.

A economia é privada e através dela monta-se o estudo de uma competitividade sem precedentes que tende a concentrar capital a ponto de eliminar os competidores e caminhar para a construção de monopólios. Principais condições para atingir este objetivo:

1) desregulamentação e liberdade de mercado sem interferência do Estado, salvo naquilo que interessa, como por exemplo, dificuldade de cumprir os pressupostos legais para a realização da greve ou a liberação da exploração das jazidas de petróleo, desde que as empresas que se habilitem a explorá-las cumpram certos requisitos só possíveis de serem cumpridos pelas líderes de mercado;

2) liberdade de mercado com reservas de proteção alfandegárias;

3) destruição de armamento nuclear, com exceção dos Estados que estão ampliando seu arsenal bélico (EUA e Inglaterra) e,

4) união de grandes empresas que atuam no mesmo setor da produção.

Neste último caso, precisa haver o referendo do Estado nacional que apoia estas fusões, com a justificativa de constituir grandes empresas, se possível nacionais, para enfrentar o mercado externo. Ocorre que se esquece, na maioria das vezes, a questão da liberdade de mercado, por conta de que acabam formando-se grandes monopólios em determinados setores da produção, controlando preços e tornando praticamente indefesos os consumidores.

E como se encontra a organização do trabalho (ou divisão do trabalho) neste mundo globalizado? As empresas se redimensionaram, alterações são feitas todos os dias, sempre em busca de melhorar a produtividade e aumentar a competitividade. O trabalho imaterial e criativo ganha peso por conta de que a máquina já está podendo fazer o resto.

Cabe saber quantos trabalhadores criativos serão necessários para atender às necessidades deste novo modo de produção. Isto porque outro processo que está ocorrendo é a concentração de atividades sobre a mesma pessoa, o que torna possível afirmar que haverá desemprego também para os qualificados criativos.

Claude Javillier¹² consagrou a expressão “flexibilização de adaptação”, que não pode ser confundida com a flexibilização e desregulamentação da forma, como muitas vezes é colocada,

12 JAVILLIER, Jean-Claude. **Manual de direito do trabalho**. SP: LTr, 1988.

quase como sinônimo do contratualismo que imperou na Inglaterra pós-Revolução Industrial. A questão da flexibilização, proposta neoliberal, muitas vezes, em se tratando de relações de trabalho, pode ser a porta de entrada da desregulamentação.

A dignidade da pessoa humana é a base da República (artigo 1º da C.F./88). O Estado Democrático de Direito está assentado na limitação do Estado pelo Direito e na legitimação do poder político pelo povo. Os direitos sociais, caso sejam fundamentais, também são inalteráveis. Para Ives Gandra Martins, a Constituição apenas declara os direitos fundamentais, ela não os constitui (preexistem à própria Constituição). É possível afirmar que os direitos fundamentais e econômicos compõem o que se convencionou chamar de cidadania social e econômica, que nada mais é que uma nova concepção do conceito de cidadania. Depois o mesmo autor apresenta a chamada “teoria da justiça”, que nada mais é que o Arrigo 6º da Constituição Federal complementado com o artigo 170 da mesma carta, que seriam os resultados a serem alcançados.

Para Bobbio¹³, os direitos individuais traduzem-se em liberdades, exigindo-se obrigações negativas dos órgãos públicos, ao passo que os sociais se constituem em poderes, somente sendo realizados por ações positivas. Desta feita, seguindo as lições de Canotilho¹⁴, ainda que através de um poder constituinte originário, não se pode construir uma Constituição num vácuo histórico-cultural.

A construção de uma constituição está vinculada a valores e princípios internacionais que se contrapõem ao que era pregado durante a Revolução Francesa, quando o poder de constituir tinha uma espécie de atributo divino (que era a ideia da onipotência constituinte). Daí surge a necessidade da observância dos princípios de justiça suprapositivos ou supralegais como limitadores da liberdade de constituir. Um poder constituinte não pode se dissociar da observância dos direitos humanos.

Segundo Oscar Vilhena Vieira¹⁵, só é possível pensar a Constituição levando-se em consideração o seu valor ético. Sendo assim, até cláusulas “petreas” seriam modificáveis quando em desacordo com os princípios da dignidade da pessoa humana.

Conforme já afirmado anteriormente, a economia baseia-se em fatores privados, nos quais o que conta é a lógica do lucro e não a satisfação das necessidades sociais. Segundo Keynes, o volume de emprego é que determina o nível dos salários reais. O que significa que o Estado deve coordenar os investimentos porque os juízos privados estão exclusivamente voltados para o “lucro privado”. E esse pensamento reinou na Europa até o início da década de 1970. Ou

13 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, Lisboa: Almedina, 2007.

15 VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. S. Paulo: Malheiros Editores, 1999.

seja, se quisesse combater o desemprego e promover o emprego, bastaria ter inflação; se se quisesse baixar a inflação, seria necessário sujeitar-se ao crescimento do desemprego¹⁶.

Ocorre que, a contar da década de 70 na Europa, houve uma subida dos preços (elevação da inflação) com taxa de desemprego em elevação também. Daí em diante, a inflação foi eleita o inimigo número um do emprego, que devia ser combatida com vistas ao pleno emprego. Essa nova teoria, chamada de monetarista, explicava o desemprego como algo voluntário. Ou seja, o trabalhador está desempregado por uma opção sua, ainda que diante da existência de empregos cujos salários não atendam às suas necessidades. Para a teoria monetarista, o trabalhador é visto individualmente, o que explica o combate às organizações sindicais.

Para os monetaristas, os sindicatos são os responsáveis pela queda do número de empregos. E o crescente desemprego, quando questionado, explica-se pelo aumento natural do desemprego, resultado da evolução demográfica, da derrota das economias, como se a pobreza fosse algo natural e que pode ser combatida através da redução salarial, compatibilizando os custos de produção a fim de viabilizar a continuação do empreendimento privado. O que vale é a continuação do empreendimento privado, ainda que com desemprego, a fim de que se recupere, assim, o fluxo de emprego. Este raciocínio, com algumas variações, é o que está hoje sendo empregado no Brasil e nas propostas econômicas internacionais, com investimentos públicos para salvar empreendimentos privados.

Para alguns fisiocratas (Dupont e Nemours, principalmente), o aumento das riquezas traz necessariamente o aumento das desigualdades sociais. A aquisição da propriedade exclusiva de uma coisa gera uma exclusão em relação às demais pessoas (François Quesnay). A desigualdade econômica é considerada uma característica inerente às sociedades burguesas, apesar de terem proclamado que todos os homens são livres e iguais perante a lei¹⁷.

A economia política, surgiu com o capitalismo, justifica a miséria como algo natural, legítima, inerente às coisas, como que uma lei natural e absoluta. Keynes se opunha ao fato de que a miséria deve ser encarada como algo natural. As economias precisam ser equilibradas, devendo o Estado assumir a referida tarefa. Daí por que devem ser preservados os consumos de massas, o subsídio às doenças e a previdência estatal, que se traduzem no chamado Estado Providência (1930)¹⁸.

O próprio Adam Smith, em suas reflexões, afirma que o contrato de trabalho não é um contrato como os outros porque ao trabalhador falta a liberdade para contratar. O maior dos liberais pressupunha a diferença fática para contratar quando o objeto era o trabalho, transcendendo, assim, a igualdade puramente jurídica.

16 KEINES, J.M. *The Means to Prosperity*. Apud: NUNES, Antônio José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 4-5.

17 NUNES, Antônio José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

18 Idem.

Desta feita, o evoluir tecnologicamente não está fazendo com que, na mesma proporção seja diminuída a pobreza. É necessário que haja uma reorganização social, bem como a construção da crítica ao desenvolvimento disforme e o surgimento de novas formas de relações sociais de produção. Deve negar-se a ciência do progresso, a não ser que ela esteja voltada ao crescimento do ser humano. O progresso econômico não significa necessariamente avanço social e, a partir desta premissa, é preciso reorientar as formas de prestação de trabalho.

Caso assim não se faça, a lógica da produção atual imporá, cada dia mais, a redução de custos operacionais, trazendo grandes sacrifícios sociais para aqueles que verdadeiramente produzem, ou seja, os trabalhadores. O processo de automação extingue postos de trabalho, as representações sindicais são esfaceladas pela crise, sobrando para o trabalhador arcar com o restante dos custos empresariais.

4. O SIGNIFICADO E O ALCANCE DO ARTIGO 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

É difícil não debater, em um primeiro momento, a aproximação entre a economia e o Direito. Basta dizer da valoração normativa que o Direito atribui a uma diversidade de fenômenos econômicos. Atualmente, grandes evoluções tecnológicas, que possuem repercussões econômicas, são objetos de estudos e tentativas de regulamentação pelo Direito, o que significa que a Economia e o Direito são indissociáveis.

Basta dizer que qualquer agente econômico, por exemplo, uma grande montadora, estará disposto a instalar sua fábrica neste ou naquele país, levando em conta as condicionantes normativas (limites jurídicos impostos) para aquela localidade, em especial no que se refere às proteções sociais. Caso em uma determinada localidade existam normas de ordem pública que atribuam aos trabalhadores determinados direitos, a empresa que ali se instalar saberá que terá um custo adicional para somar ao valor do seu produto final. Efetivamente, é desta maneira que economicamente se visualiza o valor empresarial despendido com os trabalhadores que diretamente laboram naquela determinada atividade empresarial.

Como os problemas são atualmente enfrentados no plano da economia? Vale citar João Sayad: “vivemos uma sociedade de quantidades, de números, que imagina que conhece ou pode conhecer tudo, rigorosamente e exatamente. Quanto mede quanto pesa, quanto custa e quanto vale são as perguntas mais importantes”¹⁹.

Os argumentos econômicos se destacam dos argumentos normativos. Os argumentos normativos dizem respeito ao que poderia ser. São impregnados de valor, confrontando-se argumentos filosóficos, religiosos, culturais etc. Os argumentos econômicos dizem respeito ao

19 SAYAD, J. O vermelho e o negro. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. 5-10. 21 fev. 1999. Apud: COSTA, Achyles Barcelos e outros. **A irracionalidade no debate público**. Disponível em: <http://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/viewFile/1777/2146>.

que foi, ao que é e ao que poderá vir a ser. Pelo menos, caso abstenha a economia do seu dever ético.

Tudo parece indicar que atualmente, na prática, o que está prevalecendo é o posicionamento positivo, aqui empregado no sentido de econômico. Desta feita, propõe-se a tentativa de libertar a economia de uma influência hegemônica dos paradigmas mais apropriados às ciências físicas, partindo-se para uma formulação do *dever ser*, à semelhança do Direito, na medida em que a ela deve-se agregar o conteúdo ético.

Contudo, deve-se também tomar cuidado que o Direito não pode assumir o papel de querer normatizar a economia, de tal maneira a desconsiderar a realidade econômica existente (lembrar dos insucessos dos planos econômicos). Da mesma forma, precisa ser levado em conta o equívoco cometido pelos positivistas que viam o Direito com certa simplicidade, como uma rede hierarquizada e formal de normas. As estruturas lógico-normativas do positivismo de Kelsen desconsideraram a trajetória móvel do Direito no mundo dos valores, podendo ter surgido daí o convencimento que a norma é capaz de regular a economia.

Daí recai a preocupação maior do intérprete com o fim buscado pela lei e não, pela sua vontade. É hierarquizar os princípios na sua interpretação. O Direito é um sistema aberto, razão pela qual ao intérprete caberá a busca pelo maior significado no caso concreto, superando as antinomias, a partir das confrontações teleológicas, tendo em vista a solução de casos concretos. Para Juarez Freitas, a norma não pode ser interpretada separada dos fatos (2004).

Tem-se então a concepção defendida por Miguel Reale, para quem o Direito não é só fato ou só valor ou só norma, mas estes três elementos integrados na experiência jurídica, estando todos dialeticamente correlacionados.

As normas jurídicas, longe de serem mera captação do que no fato já se contém, envolvem uma tomada de posição opcional e constitutiva por parte do homem, à vista do fato e segundo critérios de valores irredutíveis ao plano da faticidade.(...) Mister é reconhecer que a norma jurídica permanece sempre em uma situação tencional²⁰.

Voltando-se para o dilema Direito e Economia, aparece a questão do desenvolvimento. O crescimento econômico é desenvolvimento? Alguns autores apontam que crescimento econômico deve estar relacionado com melhoria da qualidade de vida e com liberdade para que se tenha desenvolvimento. Crescimento econômico é diferente de desenvolvimento econômico e, a partir desta constatação, começa-se a colocar no desenvolvimento econômico a necessidade de se alcançar o desenvolvimento social, o que pode ser chamado também de conteúdo ético.

Por esta razão principal é que indicadores como renda *per capita*, “produto nacional”, quantidade de exportação não podem medir o desenvolvimento econômico. Questões como

20 REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 79.

verificação de níveis de pobreza, do desemprego, da desigualdade social, da qualidade da moradia, da qualidade da educação e atendimento público à saúde podem propiciar a aquilatação do desenvolvimento econômico.

Na Constituição Federal, quando se examina o Capítulo II em sua totalidade, a melhor interpretação que deve ser extraída é a seguinte: “na compreensão de desenvolvimento econômico devem estar contidos os elementos qualidade de vida, bem-estar social, alcance efetivo da dignidade da pessoa humana”.

Esta é a interpretação constitucional que se deve fazer no que diz respeito à leitura econômica, dentro de uma análise sistêmica, que se faz a partir do artigo 170 da Constituição Federal, de tal forma a compreender a economia não a partir de uma lógica exata e sim a partir de uma lógica humana. Segundo a concepção constitucional, a ordem econômica deve propiciar maior liberdade às pessoas e isso se dá quando o desenvolvimento econômico é usufruído da forma mais ampla possível pela sociedade, não podendo significar um mero crescimento da renda “per capita” ou apropriar-se de outros indicadores isolados.

É neste sentido que a economia deve ser entendida, para, juntamente com o Direito, estabelecer novos padrões para a produção, onde o investimento em qualidade de vida dos trabalhadores passa a ser algo importante, assim como os produtos resultantes de um processo que teve como pontos fundamentais ações que se prenderam a questões que contribuíram para a defesa dos valores humanos e sociais. Trata-se da humanização do próprio mercado, a partir de condutas econômicas éticas.

4- OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA E O TRABALHO HUMANO

Em um primeiro momento, para o leitor mais desavisado, passa a ideia que todos os preceitos de natureza econômica encontram-se contidos no Capítulo I do Título VIII da C.F. E não é bem assim. Em segundo lugar, o artigo 170 da C.F. está diretamente ligado ao artigo 3º da C.F., e aqui será dada maior ênfase à questão *da valorização do trabalho humano*.

Discute-se a moderna relação de trabalho. Tem-se, então, de um lado o mundo globalizado exigindo redução de custos e aumento da produtividade, fazendo com que se busquem novas formas de relações laborais (que, em regra, são mais fragilizadas em termos de direitos para os trabalhadores); de outro, as empresas menores, que se acham tão fragilizadas quanto se acham os trabalhadores e no meio, o Direito Previdenciário, com os sistemas públicos em situação bastante difícil.

Dentro desses questionamentos, muitas vezes contrapostos, surge a seguinte indagação: Como se valoriza o trabalho humano? Para responder de forma didática e com a maior objetividade, usou-se aqui apropriar dos seguintes parâmetros: a- que o trabalho seja livre, liberdade

aqui no sentido de o ser humano ter várias oportunidades e possibilidades de trabalho; b- que o trabalho seja de qualidade, entendendo-se como tal aquele em que o ser trabalhador possa se expressar através dele. Trata-se de um trabalho que mostra a importância do seu agente trabalhador perante a sociedade.

Esta concepção está voltada para a centralização do trabalho, que, de certa forma se apropria de conceitos marxistas, porém, buscando ações que possam revelar o trabalhador, a fim de que o mesmo se situe dentro do fluxo da produção enquanto ser valorado. Trata-se do trabalho a partir de um novo conceito de vida ou da vida a partir do trabalho valorado.

Ao mesmo tempo, não se pode perder de vista, no plano normativo, o artigo 1º, IV e o artigo 193, ambos da Constituição Federal. Dentro desta ótica conclui-se que: “constitucionalmente não é possível apreender o conceito de trabalho dentro de uma visão meramente patrimonialista. Também significa que o trabalho não é somente um fator de produção”.

Por essa razão é que o trabalho está estruturado sob a forma de contrato, sem, contudo, ser um simples contrato, tendo por objeto a força de trabalho, por conta que não se trata de um objeto descartável e medido apenas patrimonialmente. Através do trabalho se expressa a vida e se produz o homem.

Justificada, assim fica, normativamente, a proteção dispensada pelo sistema normativo ao trabalhador. De forma mais simples: o próprio princípio protetivo do Direito do Trabalho em relação ao ser trabalhador e ao ser que ainda não tem seu trabalho.

Voltando-se à mesma indagação. Como se valoriza o trabalho? Em um primeiro momento, através da geração de mais postos de trabalho; que haja um melhor trabalho com mais satisfação, com menos riscos, com mais criatividade, com a participação de quem trabalha no gerenciamento empresarial, sem discriminação; que seja melhor retribuído, com a efetivação dos direitos sociais consubstanciados nos artigos 6º a 11º da C.F.; que haja uma efetiva política pública de qualificação da mão de obra, capacitando criativamente o ser humano.

Outra questão que importa no estudo dos princípios se encontra contida no artigo 170 da Constituição Federal, que trata da livre iniciativa. A livre iniciativa se constitui em um dos fundamentos da ordem econômica, como o direito que todos possuem de investirem no mercado de produção de bens ou serviços por sua conta e risco.

Nesta esteira, novamente se faz necessária a presença do Estado para garantir esta livre iniciativa? A livre iniciativa é a principal marca do Estado capitalista. Prende-se também ao direito de propriedade.

Para se estudar a livre iniciativa não pode ser perdida a finalidade da ordem econômica, da forma como foi apreendida pela Constituição Federal. Ou seja, ela tem por finalidade a existência digna. Desta feita, cria-se uma grande condicionante da autonomia privada, que é a de agir com respeito aos valores substanciais ligados à pessoa humana.

Na parte final do artigo 170 da Constituição Federal tem-se: “*conforme os ditames da justiça social*”. Em outras palavras, a justiça social como fim da ordem econômica. E o que é justiça social? Sem querer ser repetitivo, é evitar que os ricos se tornem mais ricos e os pobres mais pobres, buscar o aperfeiçoamento do Estado de Direito, porque o verdadeiro desenvolvimento implica em melhores condições de vida.

Sendo assim, não cabe qualquer assertiva sobre a eventual possibilidade de confronto de princípios constitucionais, no caso a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. A Constituição Federal consagra o princípio básico da ordem capitalista, que é a iniciativa privada, e, ao mesmo tempo, o princípio da prioridade de valores do trabalho humano sobre os demais valores. Conjugando os dois princípios, a liberdade econômica só deve existir e ser exercida quando no interesse da justiça social, o que implica necessariamente na presença do Estado regulador e interventor.

Cabe citar, neste momento, do trabalho os ensinamentos de Eros Grau. A Constituição Federal consagra um regime de Estado organizado, com a defesa da livre iniciativa, admitindo-se a sua intervenção para: a- coibir abusos; b- preservar a livre concorrência; c- evitar a formação de monopólios; d- evitar o abuso do poder econômico. A Constituição Federal contempla a economia de mercado: a- repudia o dirigismo estatal; b- a Constituição é capitalista, sendo que a liberdade de mercado só é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social²¹.

Em outras palavras, o que ocorre é a necessidade de serem transplantados os princípios contidos nos artigos 1º, 3º, 5º, do 7º aos 11, artigo 24, I, artigo 37, XIX, todos da Constituição Federal, para obter-se a interpretação do conteúdo transcrito no artigo 170 também da Constituição Federal, a fim de que se torne possível entender a ordem econômica segundo a Constituição Federal.

5. A NECESSIDADE DA PRESERVAÇÃO DA LIBERDADE NO TRABALHO E O MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA DO SÉCULO XXI

Resta, por último, indagar sobre a incoerência do atual modo de vida, criado a partir da exploração do trabalho humano e sobre os princípios que norteiam a Constituição Federal, passando pela crítica às inovações tecnológicas, segundo o modelo imposto internacionalmente a partir do final do século XX. Em outras palavras, unir o que até aqui foi dito, de forma crítica e construtiva, para entender o que está acontecendo com o trabalho humano no Brasil e no mundo.

Como se pode falar em dignidade no trabalho a partir dos paradigmas que são construídos para o trabalho humano? As premissas existentes para o trabalho humano são: o máxi-

21 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

mo de exploração com o emprego do menor número possível de trabalhadores, conseguindo-se o máximo de produtividade. Trata-se do pensamento econômico sem ética.

A defesa que se fazia de que a tecnologia poderia libertar o homem do trabalho, dando a ele condições de ter um maior tempo para o lazer e para a sua família, acabou se perdendo em face da dura realidade atualmente vivida. Em outras palavras e parafraseando a historiadora Marilena Chauí, “o sonho acabou”²².

Com o progresso tecnológico, tornou-se mais distinta, principalmente após a II Guerra Mundial (1950), a diferença entre empregar a tecnologia de forma criativa e empregá-la de forma destrutiva. Também, começou a despontar o significado de avanço científico, tecnológico, aumento do consumo e felicidade social ou desenvolvimento humano. O consumo de determinado aparelho doméstico, por exemplo, em um primeiro momento criou a utopia da felicidade ou da realização pessoal, que aos poucos desaparecia, talvez pela facilidade que foi sendo construída do acesso àquele mesmo aparelho, ou pelas inovações que se apresentavam, criando novas ansiedades e novos desejos.

Desta feita, a “manipulação” sofrida a partir do trabalho se estende para a manipulação quanto ao que consumir, dando, por assim dizer, início a uma sociedade de massa, criando, por assim dizer, uma espécie de tentativa de uniformização contínua, vencendo diferenças culturais, históricas e expandindo-se sem limites de fronteiras, o que se traduz na expressão imposição de modo de vida.

Tem-se uma construção que já vinha do século XIX, em torno do trabalho assalariado, crescendo para uma paixão desmedida pelo trabalho, como se o trabalho representasse a própria essência do ser humano, que não pode existir sem que esteja trabalhando. Tal concepção contou em grande parte com doutrinas religiosas, sem que aqui entra a fundo no estudo dessas variadas doutrinas.

Dessa paixão pelo trabalho, originaram-se as seguintes situações concretas: a necessidade da dupla jornada, que foi crescendo no mesmo compasso em que os salários foram reduzidos; a participação da mulher de forma maciça no mercado de trabalho, como que com isso houvesse a sua libertação, inclusive de ordem sexual; a polivalência do trabalhador como sinônimo de algo moderno e qualificado, sem falar aqui de outros exemplos clássicos que se seguiram, a partir do momento que o trabalho passou a ser o principal objetivo a ser alcançado.

Ocorre que, dentro do trabalho, tem-se a sua própria classificação. Em um primeiro plano vem o trabalho permanente, aquele trabalho estável, que pode promover a tranquilidade da sobrevivência. E o trabalho fragilizado, no qual caso se encontram aqueles que se sujeitam a iniciativa privada no Brasil, na maioria das vezes, onde incessantes processos de adaptação e de

22 CHAUI, Marilena. Introdução. In: LAFARGUE, P. **O direito à preguiça**. São Paulo: Hucitec, 2000.

reengenharia consomem ou modificam postos de trabalho, tornando-o fragmentado, de curta duração e mal remunerado.

O homem do século XXI quer ter um trabalho de qualidade, sendo considerado como tal aquele trabalho cuja fonte é estável, exemplificado como o trabalho advindo do setor público em determinadas carreiras, para o caso brasileiro.

Acontece que, impregnado por todo este culto ao trabalho, hoje muito mais do que nos séculos XIX e XX, o ser trabalhador se aliena, se individualiza, se consome e se torna ignorante do ser social que representa. Ao mesmo tempo em que a busca do trabalho de boa qualidade guarda no seu interior a busca pela melhoria das condições de vida do trabalhador, não percebe o próprio trabalhador não percebe que já se encontra, na maioria das vezes, exercendo um trabalho que lhe rende a miséria, o sofrimento, não lhe produzindo qualquer reconhecimento social ou bem-estar.

A expectativa de uma melhor condição de vida, para a grande massa de trabalhadores, acaba ficando só na expectativa, posto que, através do trabalho, cada vez mais se afere somente o necessário para uma subvida.

É a racionalização extrema do trabalho, que pode ser sentida quando ocorrem as chamadas crises econômicas financeiras, cujos os primeiros resultados concretos foram a extinção de postos de trabalho ou a redução da qualidade no trabalho, precarizando-se mais ainda aquilo que já se encontrava precário.

A teoria marxista, já citada neste estudo, compreende que o poder libertador advirá do trabalho, na medida em que a classe trabalhadora é o sujeito que detém o poder de transformar a sociedade. O proletariado seria, por assim dizer, o sujeito para criar uma nova sociedade, uma nova forma de se prover a vida. Agora, a questão que se coloca é: como alcançar este intento dentro das condições em que hoje se encontra o trabalho, em especial pela substituição do trabalhador pelas máquinas?

Estas máquinas conseguem produzir por menores custos, contribuindo fortemente para um crescimento quantitativo do número de mercadorias e bens que são encontrados no mercado. A superprodução acaba por influenciar ainda mais no mercado de trabalho, que, de certa forma, se torna a viga mestra que embala um novo sonho, o sonho de que somente com muita produção e acelerando-se o consumo se constrói uma sociedade menos desigual e mais livre. Em outras palavras, que o crescimento econômico é o fator necessário para a liberdade humana.

Ocorre que este crescimento econômico é acolhido e realizado através de processos que estabelecem uma lógica despida de valor ético.

Na verdade, o que se desperta com essas afirmativas é a pura intenção do lucro, da maior concentração de capital, das antigas recomendações feitas por economistas, agora presos e transmudados para conceitos voltados à era da modernidade. Talvez possa ser afirmado, sem

qualquer cientificidade, que se está para atingir o maior nível de exploração nunca visto na história da humanidade. Até que ponto a crise econômica atual (2008-2009) não foi construída como parte dessa articulação de superexploração do trabalho humano? O resultado maior desta chamada crise financeira já ocorreu e afetou em demasia as condições em que o trabalho humano é prestado, de forma que o trabalho que passou a ser produzido perdeu ainda mais a sua condição de valorizar o trabalhador.

Este tipo de trabalho que se está produzindo atualmente vem em descompasso aos principais princípios que nutrem a Constituição Federal, em especial a respeito da organização econômica (artigo 170). Referidos princípios são contrários à obsessão pelo trabalho. O homem não vive para trabalhar. Da forma como o trabalho se encontra colocado, não dá espaço para qualquer outra atividade humana a não ser o trabalho em tempo integral, não restrito às 8 horas diárias, considerando as duplas jornadas, o duplo emprego, as rotinas “free lance” e outros modos de prestação de serviços. Como, então, produzir a consciência social partindo-se dessa situação de abnegação total ao trabalho? Como pensar, como criar, como interagir socialmente de forma criativa, de acordo com os novos métodos ou padrões de produzir que são colocados?

Parece que, agora sim, está se vivendo de fato a alienação humana de forma completa, se é que pode ser empregado este termo. O trabalho pela sobrevivência e o medo do desemprego castram qualquer perspectiva do trabalhador de promover os seus anseios enquanto ser humano, se é que vai lhe sobrar algum outro anseio que não seja a sua sobrevivência para continuar podendo vender a sua força de trabalho. Como falar em humanização em um tempo em que o esforço pela sobrevivência é cada vez mais cobrado?

Fala-se em como preservar a liberdade no trabalho ou a busca da liberdade no trabalho dentro do modo de produção atual. Primeiramente, talvez não deixar que todo o esforço do ser humano seja empreendido no trabalho para sua sobrevivência. A ele seja reservado um tempo, o que implica na redução das jornadas de trabalho. Sem que haja tempo, como produzir algo? Como refletir socialmente? Os gregos antigos presumiam a necessidade de abolir o trabalho daqueles que pensam para que pudessem pensar.

É o sentido contrário daquilo que se está construindo atualmente no mundo do trabalho. Primar pela valorização da arte, da música, da filosofia, mudar o trato que se dá às informações que são recebidas. Estes são os primeiros passos para a libertação do homem do jugo do trabalho.

Existem aqueles que ainda defendem a possibilidade de associar o trabalho, só que não qualquer tipo de trabalho, a algo prazeroso e criativo, com a conseqüente geração, por certo, de um tempo livre, em face do incremento da tecnologia. Porém, o tempo livre é a base para a geração deste trabalho criativo, que, diante da rotina empresarial empregada, está cada vez menor. Ou misturar o trabalho com o lazer, o estudo, de tal maneira que não se soubesse

quando começa um ou termina o outro²³. A grande questão é que não é mais possível que a vida fique contida somente no trabalho. Para tanto, deve-se buscar a reorganização do que hoje é apresentado, um novo modelo de vida que possua como premissa a existência de um tempo livre, podendo ser chamado de um trabalho inteligente.

O trabalho constitucionalmente apreendido pressupõe este tempo livre a partir do momento que, através dele, se deve, por exemplo, prover o lazer, na forma como se encontra no artigo 7º, IV da Constituição Federal. Ou, ainda, quando no artigo 226, estabelece a família como base da sociedade, sob a proteção do Estado. Como manter laços familiares sem a existência de um tempo livre? Como realizar a assistência à criança sem a existência de um tempo livre?

Tem-se nos dias atuais um verdadeiro culto ao trabalho, tomado como o único espaço existente na vida, que impede outras manifestações sociais e, desta forma, é inconstitucional. O trabalho somente como fator de produção é inconstitucional, o que significa que deve haver uma mudança urgente na atual lógica da produção.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho encontra-se erigido em uma das ferramentas ou meios voltados à humanização, à realização do homem, talvez uma das poucas possibilidades de se reduzir as desigualdades sociais de forma a construir uma sociedade solidária.

No entanto, da forma como ele está sendo realizado, partindo-se da própria compreensão das estruturas empresariais atualmente existentes, percebe-se que o principal objetivo buscado através do trabalho é a máxima exploração do trabalhador, utilizando-se para tanto as novas tecnologias existentes, que proporcionam controles nunca vistos sobre a forma de se realizar o trabalho, com o emprego de métodos que apontam para a individualização do trabalhador e a não existência de laços de afetividade, criando uma filosofia de vida a partir do trabalho para o aperfeiçoamento do trabalho. Isto se explica por conta de que a sobrevivência passou a ser a maior meta criada e buscada através do trabalho.

Este processo de reducionismo do trabalho humano inverteu a ordem valorativa da vida, uma vez que ela passou a ser pensada a partir do trabalho, o que pode ser constatado na prática com o processo contínuo de redução do tempo livre do trabalhador. Não se trata de trabalhar com causas e consequências, mas sim de forma dialética, dentro de uma dinâmica que se aperfeiçoa e aliena, a cada vez mais, aquele que trabalha.

A construção de formas de apropriação do trabalho pelo trabalhador, através de núcleos de trabalho e ou cooperativas de trabalho, onde aquele que trabalha consiga identificar o seu trabalho no produto realizado, pode constituir-se em uma das alternativas para esta segunda via

23 DE MASL, Domenico. **O ócio criativo**. Tradução Lea Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

de resgatar a dignidade no trabalho, redesenhando uma nova estrutura social a partir de novas formas de organizações produtivas. Trata-se, na verdade, da construção de um novo modo de vida, com a geração de tempo livre, a intensificação de laços sociais corroídos, a compreensão da unidade familiar, do significado de progresso social e não econômico apenas, passando pela transformação da atual dinâmica empresarial.

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Campinas: Cortez, 1995.
- _____. **Os sentidos do trabalho:** ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999.
- ARON, R. **As etapas do pensamento sociológico.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BAUMAN, Z. **Globalização:** as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BORON, Atílio A. Hegemonia e imperialismo no sistema internacional. In: BORON, Atílio A. (Org.). **Nova hegemonia mundial:** alternativas de mudança e movimentos sociais. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales, 2004.
- BRAVERMAM, H. **Trabalho e capitalismo monopolista.** Rio de Janeiro: Zahar, 1980.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Lisboa: Almedina, 2007.
- CHAUÍ, Marilena. Introdução. In: LAFARGUE, P. **O direito à preguiça.** São Paulo: Hucitec, 2000.
- CASTEL, Robert. **As Metamorfoses da Questão Social:** uma crônica do salário. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. Parte VII, p. 415-494.
- SAYAD, João. SAYAD, J. (1999). O vermelho e o negro. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 fev., p.5-9/5-10. Apud: COSTA, Achyles Barcelos e outros. **A irracionalidade no debate público.** Disponível em: <http://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/viewFile/1777/2146>. capturado em jan./2009.
- DE MASI, Domenico. **O ócio criativo.** Tradução Lea Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.
- DOWBOR, Ladislav. Política Nacional de apoio ao desenvolvimento local (artigo). Disponível em: <http://dowbor.org/artigos.asp> Acesso em: fev./2009.
- FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GOERGEN, Pedro. **Pós-modernidade, ética e educação.** Campinas: Autores Associados, 2001. (Coleção Polêmicas do nosso tempo 79)
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GORZ, A. **Adeus ao proletariado:** para além do socialismo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- GOUNET, Thomas. **Fordismo e toyotismo na civilização do automóvel.** São Paulo: Boitempo, 1999.

- GRESPLAN, Jorge. **Karl Marx**. São Paulo: Publifolha, 2008.
- HABERMAS, Jurgen. **Teora de la accion comunicativa**. vol.II. 1. ed. Madrid: Taurus, 1998.
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. 6. ed. São Paulo: Loyola, 1996.
- HAYEK, Friedrich A. **O caminho da servidão**. 2. ed. São Paulo: Globo, 1977.
- IANNI, Octávio. **A era do globalismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.
- JAVILLIER, Jean-Claude. **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1988.
- HIFIKIN, Jeremy. **O fim do emprego**. São Paulo: Makron Books, 2007.
- KURZ, R. **O colapso da modernização**. Tradução Karen E. Barbosa. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**. Tradução J. Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Hucitec, 1999.
- LUCENA, Carlos. A humanidade, a natureza e o trabalho. Revista HISTEDBR (*On-line*), Campinas, n.24, p. 51-63, dez. 2006. Disponível em: http://www.histedbr.fae.unicamp.br/art05_24.pdf, acesso em: jan./2009.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os direitos sociais na Constituição (síntese de palestra). Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/const23.htm>, acesso em: dez. 2008.
- MELLO, A. F. **Marx e a globalização**. São Paulo: Boitempo, 1999.
- MÉSZARÓS, I. **Para além do capital**. São Paulo: Boitempo/ EdUNICAMP, 2002.
- _____. **O poder da ideologia**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- NUNES, Antônio José Avelãs. **Neloliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **Teoria econômica e desenvolvimento econômico**. Lisboa: Editorial Caminho, 1988.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. S. Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL SÓCIOAMBIENTAL NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

Maria de Fátima RIBEIRO
Sueli Fadul Villibor FLORY

1 INTRODUÇÃO

O Estado busca recursos financeiros, por meio da tributação, para dar frente às despesas públicas. No entanto, deve desempenhar papel relevante na integração das normas tributárias às novas exigências ambientais, com a tributação ambiental, via incentivos fiscais entre outros subsídios legais que fomentem o desenvolvimento sustentável, independentemente da função arrecadatória.

Desta forma, o Estado exerce a função fiscal quando busca na tributação a arrecadação de recursos financeiros e exerce a função extrafiscal quando visa, com a tributação, o atendimento da função socioeconômica do tributo.

A análise passa pela discussão do papel do Estado contemporâneo no desenvolvimento econômico e sua posição intervencionista, estimulando ou desestimulando determinadas condutas ou atividades, com vistas à proteção ambiental ou para inibir ações que podem comprometer o meio ambiente.

Considerando que o Estado é o responsável pela garantia dos princípios do artigo 170 da Constituição, é seu o papel, intervir na economia para induzi-la à proteção ambiental. Dessa forma, deve garantir que o desenvolvimento econômico se dê dentro de níveis aceitáveis de proteção ambiental, em atenção aos ditames estatuídos pelo art. 225 da Constituição Federal.

Para tanto, fica demonstrada a necessidade de constante criação e de implementação de políticas públicas preventivas em matéria tributária, com destaque também para a educação ambiental bemcomo subsídio de projetos e ações que correspondam a tais políticas. Ainda,

deve o Estado dispor de políticas públicas mais agressivas em relação aos incentivos com ações restauradoras do meio ambiente.

2 POLÍTICA TRIBUTÁRIA E A FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO E O PAPEL DO ESTADO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A tributação, sendo a base financeira do Estado, tem expressiva repercussão sobre a economia do país. Assim, se a tributação não estiver em sintonia com os princípios constitucionais poderá ser um obstáculo ao crescimento econômico.

Por meio da tributação o Estado exerce influência nas relações de produção e circulação da riqueza. O desenvolvimento econômico pressupõe a distribuição dessa riqueza em favor do bem-estar social e a participação da sociedade. Não é apenas crescimento econômico, nem tampouco distribuição de riqueza.

O Sistema Constitucional Tributário deve estar em harmonia com o ordenamento econômico e financeiro, com as propostas e metas de desenvolvimento nacional, visando à mesma finalidade: satisfação das necessidades da população e desenvolvimento econômico e social de forma sustentável.

Por isso, merece destacar o estudo da ordem econômica e da ordem social e a importância da política tributária para o desenvolvimento econômico e social do país. Assim, pode-se aferir que por ordem econômica pode ser designado, o conjunto de relações pertinentes à produção e à circulação da riqueza. Por sua vez a ordem social é considerada como o conjunto de relações pertinentes à distribuição de riquezas visando ao bem comum.

A intervenção do Estado na economia pode ocorrer com tributação mais acentuada ou menos expressiva, inclusive mediante incentivos fiscais com finalidades de estimular a ampliação do parque industrial, o comércio de bens e serviços entre outros, com políticas fiscais estabelecidas em conformidade com os ditames constitucionais. Daí a observação de Machado¹ de que “não constitui novidade a afirmação de que o tributo é uma arma valiosa de reforma social”.

A tributação tem demonstrado que é forte instrumento para o direcionamento da economia, vez que permite que sejam alcançados os fins sociais. O tributo é instrumento da economia de mercado, da livre iniciativa econômica².

Quanto às implicações da tributação com o desenvolvimento econômico, é patente de que a questão essencial não reside, somente, na menor ou na maior carga tributária, mas no

1 MACHADO, Hugo de Brito. A função do tributo nas ordens econômica, social e política. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, n. 28 v.2, p. 12, jul-dez, 1987.

2 MACHADO, Hugo de Brito. A função do tributo nas ordens econômica, social e política. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, n.28 v.2, p. 13-14, jul-dez, 1987.

modo pelo qual a carga tributária é distribuída. Todo tributo incide, em última análise, sobre a riqueza. Com isso, afirma Baleeiro³:

Uma política tributária, para ser racional, há de manter o equilíbrio ótimo entre o consumo, a produção, a poupança, o investimento e o pleno emprego. Se houver hipertrofia de qualquer desses aspectos em detrimento dos outros, várias perturbações podem suceder com penosas consequências para a coletividade.

E neste patamar o Poder Público deverá verificar se é possível aumentar ou diminuir a carga tributária, e a possibilidade de redistribuir a renda sem prejuízo do desenvolvimento econômico. Nesta feita, sustenta Machado⁴ que o Estado deve intervir no processo de desenvolvimento econômico, pela tributação, não para conceder incentivos fiscais à formação de riqueza individual, mas para ensejar a formação de empresas cujo capital seja dividido por número significativo de pessoas, de sorte que a concentração de capital se faça sem que necessariamente isto signifique concentração individual de riqueza. O Estado, como órgão do poder político institucionalizado, certamente deve intervir na atividade econômica, mas deve fazer com o mínimo de sacrifício para a liberdade. Ao lado das medidas de natureza tributárias, são indispensáveis medidas no plano da despesa pública. Isto requer que o produto da arrecadação de tributos seja empregado preferentemente nos setores sociais, de saúde pública entre outros interesses da sociedade. E mais: um dos temas centrais da discussão da repercussão dos tributos está na justiça social, em cujo núcleo se situa a questão da justiça tributária.

Uma política tributária orientada para o desenvolvimento econômico e a justiça social que não tiver na sua essência o estímulo ao trabalho e à produção, “compensando a redução de encargos pela tributação sobre acréscimos patrimoniais, termina por não provocar desenvolvimento econômico nem justiça social e gera insatisfações de tal ordem que qualquer processo de pleno exercício dos direitos e garantias democráticas fica comprometido”⁵. De certa forma, para o desenvolvimento econômico nacional, neste contexto de globalização, deve ser salientada a redução dos gastos públicos, com um processo de diminuição da carga tributária, capaz de permitir uma maior disponibilidade de recursos para a poupança, investimento ou consumo.

A justa repartição do total da carga tributária entre os cidadãos é imperativo ético para o Estado Democrático de Direito. A política fiscal tem de ser política de justiça e não mera política de interesses. Por isso, se tem que o legislador fiscal não pode editar leis de qualquer

3 BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 171

4 MACHADO, Hugo de Brito. A função do tributo nas ordens econômica, social e política. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, n. 28, v. 2, p. 28, jul-dez, 1987.

5 MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito econômico e tributário: comentários e pareceres**. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1992.

maneira. Deve observar os princípios de justiça. Leis fiscais sem relação alguma com a justiça não fundamentam o Direito Tributário.

A arrecadação de tributos é importante para a economia nacional e internacional, não apenas como fonte de riqueza para o Estado, mas também como elemento regulador da atividade econômica e social.

Nesta linha de raciocínio deve ser destacado que, para alcançar uma justiça fiscal, os ditames do princípio constitucional da proporcionalidade devem estar aliados ao princípio da progressividade de alíquotas, na maioria dos tributos. Desta forma serão alcançados os objetivos da natureza social do tributo com a efetiva aplicação destes princípios constitucionais, possibilitando que o Estado alcance com tributação mais elevada os mais ricos e, de forma menos acentuada, aqueles que possuem baixo poder aquisitivo, podendo, inclusive, conceder a estes uma isenção no pagamento de tributos. Vale aí o destaque dos cânones de Adam Smith: justiça, certeza, comodidade e economia dos impostos.

A relação entre o Estado e o contribuinte foi caracterizada durante muito tempo como relação de poder e de coerção. Com o constitucionalismo assegurado em meados do século XVIII, tem-se registro de delimitações das funções do Estado. As Constituições passaram a conter dispositivos que asseguravam os direitos fundamentais, evitando o abuso do Estado nas relações jurídicas tributárias⁶.

Em termos constitucionais, destacam-se os princípios que visam a delimitar a atuação estatal. Esta atuação insere-se no contexto da política tributária. A política tributária é o processo que deve anteceder a imposição tributária. É, portanto, a verificação da finalidade pela qual será efetivada ou não a imposição tributária.

Mello assevera que a política tributária deve ser analisada pelos seus fins, pela sua causa última, pela sua essência. Atendendo às perspectivas e finalidades do Estado estar-se-á executando política tributária⁷. Deve ser ressaltado que a política tributária, embora consista em instrumento de arrecadação tributária, necessariamente não precisa resultar em imposição. O governo pode fazer política tributária utilizando-se de mecanismos fiscais através de incentivos fiscais, de isenções entre outros mecanismos que devem ser considerados com o objetivo de conter o aumento ou estabilidade da arrecadação de tributos.

Assim, a política tributária poderá ter caráter fiscal e extrafiscal. Entende-se como política fiscal a atividade de tributação desenvolvida com a finalidade de arrecadar, ou seja, transferir o

6 VINHA, Thiago Degelo e Maria de Fátima Ribeiro. *Efeitos Socioeconômicos dos tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison C. (Coords.). **Tributação, justiça e liberdade**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 658.

7 MELLO, Gustavo Míguez de. *Uma visão interdisciplinar dos problemas jurídicos, econômicos, sociais, políticos e administrativos relacionados com uma reforma tributária*. In: **Temas para uma nova estrutura tributária no Brasil**. Mapa Fiscal Editora, Sup. Esp. I Congresso Bras. de Direito Financeiro, Rio de Janeiro, 1978. p. 5.

dinheiro do setor privado para os cofres públicos. O Estado quer apenas obter recursos financeiros.

Através da política extrafiscal, o legislador fiscal poderá estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses da sociedade, por meio de uma tributação regressiva ou progressiva, ou quanto à concessão de incentivos fiscais. Pode-se dizer que através desta política, a atividade de tributação tem a finalidade de interferir na economia, ou seja, nas relações de produção e de circulação de riquezas.

Derzi ensina que não é fácil distinguir as finalidades fiscais e extrafiscais da tributação. Seus limites são imprecisos. Assim, entende que a extrafiscalidade somente deverá ser reconhecida para justificar carga fiscal muito elevada, quando se ajustar ao planejamento, definido em lei, fixadora das metas de política econômica e social⁸.

A política fiscal poderá ser dirigida no sentido de propiciar a evolução do país para objetivos puramente econômicos, como seu desenvolvimento e industrialização, ou também para alvos políticos e sociais, como maior intervenção do Estado no setor privado. A determinação do objeto da política fiscal integra as políticas governamentais.

É ponto pacífico que cabe à política tributária se ocupar do planejamento e análise dos tributos que devem ser instituídos e cobrados e determinar que eles devam ser instrumentos indicados para alcançar a arrecadação preconizada pela política financeira, sem contrariar os objetivos maiores da política econômica e social que orientam o destino do país.

Para fins de compreensão da expressão função social do tributo, deve-se, primeiramente, considerar que, do preâmbulo da Constituição Federal, constam como destinação do Estado Democrático, por meio dela constituído, assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

É importante notar que há um distanciamento da realidade social e do disposto em lei. O justo tributário é um conceito complexo e subjetivo, mas que deve, obrigatoriamente, passar pela questão da justiça social, pelo contexto constitucional e pela educação tributária da população, assim como pela participação da população nas questões atinentes ao orçamento público, não podendo o Direito Tributário se restringir aos atos de arrecadação de valores para os cofres públicos.

A tributação representava apenas um instrumento de receita do Estado. Apesar de esta missão, por si só, ser relevante, na medida em que garante os recursos financeiros para que o Poder Público bem exerça seus objetivos, a verdade é que, pouco a pouco, descobriu-se outro aspecto não menos importante na tributação. Atualmente, com a predominância do modelo do

⁸ DERZI, Misabel. Família e tributação. A vedação constitucional de se utilizar o tributo com efeito de confisco. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 32, p. 153, 1989.

Estado Social, a despeito dos fortes movimentos no sentido do ressurgimento do liberalismo, não se pode abrir mão do uso dos tributos como eficazes instrumentos de política e de atuação estatal, nas mais diversas áreas, sobretudo na social e na econômica⁹.

Somente com a socialização dos tributos, através da sua aplicação como instrumento social, é que será possível desenvolver uma política social justa e distributiva, nos anseios da população e como forma de se alcançar as finalidades que o Estado se prestou a desenvolver através de sua Carta Constitucional e que devem nortear todo o procedimento da administração pública.

Desse modo, para que o Estado alcance suas finalidades socioeconômicas e desenvolva uma política governamental em prol dessas finalidades, faz-se necessário o respeito ao princípio da justiça fiscal, o qual somente poderá ser alcançado mediante a conjugação dos princípios da igualdade, em conjunto com o princípio da função social do tributo, permitindo aos cidadãos viver com dignidade, possibilitando o desenvolvimento econômico adequado ao contexto social.

Tanto o Estado Liberal quanto o Social mostram modelos diferenciados na disciplina jurídica sobre a incidência dos tributos, arrecadação e sua destinação. Na atualidade, busca-se um terceiro modelo de Estado, mais eficiente que os outros dois. Faz-se necessário que este não perca o seu compromisso com a justiça social, mas que seja menos oneroso e mais eficiente, sem com isso deixar de garantir as liberdades individuais.

3 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: REPERCUSSÕES TRIBUTÁRIAS NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

O art. 170 da Constituição Federal trata da Ordem Econômica, reiterando a valorização do trabalho humano, da livre iniciativa e de seus princípios que definem parâmetros ao desenvolvimento, delineando o processo desenvolvimentista e apresentando objetivos a serem alcançados. Portanto, estes parâmetros e valores constitucionais dão o contorno e o conteúdo da extrafiscalidade no direito positivo brasileiro.

Com vistas ao desenvolvimento econômico, o legislador cria reduções de alíquotas, benefícios fiscais, incentivos à inovação tecnológica, entre outros.

Além dos valores econômicos, a referida Carta destaca, no artigo 6º, os direitos sociais referentes à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, entre outros. Tais valores devem integrar toda a ordem econômica e social.

⁹ LEONETTI, Carlos Araújo. **Humanismo e tributação**: um caso concreto. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/68.html>. Acesso em: 12 jul. 2009.

O Sistema Tributário brasileiro dispõe sobre tais valores via imunidades, benefícios fiscais, isenções entre outros subsídios previstos nas legislações infraconstitucionais.

Tais questões econômicas e sociais estão relacionadas em diversas passagens constitucionais. O artigo 1º da Constituição Federal, em seu inciso III, dispõe que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República, enquanto o artigo 170 a destaca como fundamento da ordem econômica brasileira.

Já o artigo 3º, por sua vez, ressalta que os objetivos fundamentais da República consistem na construção de 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.

Dessa forma, os tributos, que são a maior fonte de recursos financeiros do Estado, devem lhe proporcionar o alcance das metas previstas no preâmbulo da Constituição Federal, observando os fundamentos da República e seus objetivos, não se limitando à simples arrecadação de valores. Ou seja, os tributos devem cumprir com sua função arrecadatória e com sua função social simultaneamente.

O artigo 170 da Constituição Federal, principalmente no que se refere aos fundamentos, aos objetivos e aos princípios da ordem econômica e financeira, está diretamente relacionado à política ambiental prevista no art. 225. A ordem econômica não pode ficar desvinculada dos preceitos de proteção ao meio ambiente em razão do fator inerente a qualquer atividade produtiva: o fator natureza. Não há atividade econômica sem influência no meio ambiente, e a manutenção dos recursos naturais é essencial à continuidade da atividade econômica e à qualidade de vida da sociedade.

Rogério Martins ressalta que a aplicação do tributo tão somente na sua função arrecadatória, tem como consequências a inibição da produção de bens e serviços em razão da diminuição da capacidade econômica, advinda do aumento da tributação; a diminuição dos níveis de emprego; a redução do poder aquisitivo do cidadão-contribuinte; a redução do consumo e, também, a diminuição da competitividade do país em relação ao mercado externo. Ou seja, pode causar um prejuízo econômico e social para o país, do que decorre a necessidade de, novamente, se promover um aumento da carga tributária¹⁰.

O art. 170 ainda traz uma série de princípios referentes à Ordem Econômica, mas que, na verdade, são instrumentos de persecução dos objetivos e de cumprimento dos fundamentos do Estado brasileiro: “para que os fundamentos sejam concretizados e para que os fins sejam alcançados, necessário se faz adotar alguns princípios norteadores da atividade da ação do Estado”.¹¹ Desse modo, os princípios norteadores da Ordem Econômica determinam quais deverão ser

10 MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. A política tributária como instrumento de defesa do contribuinte. In: **A defesa do contribuinte no direito brasileiro**. São Paulo: IOB, 2002. p. 33.

11 FONSECA. João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

as condutas dos particulares em suas práticas comerciais, sempre no intuito de se preservar os valores inseridos no Texto Constitucional, que representam os anseios de toda a sociedade.

Dentre as modalidades de intervenção do Estado nas atividades econômicas, a constituição possibilita duas modalidades de intervenção, direta e indireta. A intervenção direta ocorre quando o Estado atua na atividade econômica como agente econômico, ou seja, passa a ser sujeito de direito, como se fosse um particular. Atua de forma direta quando “faz o papel de agente produtivo, criando empresas públicas ou actuando através dela, (...) de modo a não desequilibrar o mercado interno”¹². A segunda modalidade de interferência do Estado na ordem econômica é a intervenção indireta na economia. Diferentemente da modalidade direta, onde o Estado atua como agente econômico, na intervenção indireta, sua atuação ocorre por meios externos, através da fiscalização, regulação e planejamento das atividades das pessoas de direito privado. Para Moncada,

o Estado não se comporta como sujeito económico, não tomando parte activa e directa no processo económico. Trata-se de uma intervenção exterior, de enquadramento e de orientação que se manifesta em estímulos ou limitações, de várias ordens, à actividade das empresas¹³.

Essa integração entre a ordem econômica, social e ambiental é fundamental para se alcançar os ideais previstos no Texto Constitucional, na medida em que a economia impulsiona toda a sociedade e possibilita ao Estado a geração de recursos para pôr em prática suas políticas sociais, possibilitando ao cidadão uma vida digna, fundada no seu completo bem-estar social, pois

o próprio desenvolvimento social, cultural, educacional, todos eles dependem de um substrato econômico. Sem o desenvolvimento econômico dos meios e dos produtos postos à disposição do consumidor, aumentando destarte seu poder aquisitivo, não há forma para atingirem-se objetivos também nobres, mas que dependem dos recursos econômicos para a sua satisfação¹⁴.

Figueiredo ¹⁵ ressalta que o tema do desenvolvimento e da ecologia vem apresentando cada vez mais interesse em todo mundo, diferentemente do passado, em que se imaginava que os conceitos de meio ambiente e desenvolvimento eram antagônicos.

12 MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito econômico**. 2. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Ed. 1988. p. 36-37.

13 Ibidem, p. 285.

14 BASTOS, Celso. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

15 FIGUEIREDO, Marcelo. A Constituição e o meio ambiente: os princípios constitucionais aplicáveis à matéria e alguns temas correlatos. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 565.

Nesse mesmo sentido Derani¹⁶ afirma que a natureza é o primeiro valor da economia, e que as políticas ambiental e econômica fazem parte de uma política social única.

Convém ressaltar que

a proteção do meio ambiente é necessária do ponto de vista da própria eficiência dos comportamentos econômicos. É que se estes não respeitarem o meio ambiente, estarão causando danos ao próprio sistema econômico, porque serão necessários recursos para corrigir as distorções do ambiente, da estrutura natural. E isso é, na linguagem econômica, condenável. Eficiente deve ser o comportamento que, além de gerar desenvolvimento, aumentar riquezas e minimizar perdas, não crie novos custos para a economia que lhe serve de base, inclusive para o Estado¹⁷.

Assim, só existirá desenvolvimento econômico, com a busca do pleno emprego e, em especial, com a redução das desigualdades com a proteção do meio ambiente.

4 A TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL SOCIOAMBIENTAL: ASPECTOS RELEVANTES

A concessão de incentivos fiscais previstos no art. 151, I, da Constituição Federal, destinada a promover o equilíbrio socioeconômico entre as diferentes regiões do País, está em harmonia com a ordem econômica e financeira estatal, que dispõe entre seus fundamentos a redução das desigualdades regionais e sociais, utilizando-se de mecanismos que coíbem as distorções regionais e sociais entre os entes políticos da Federação.

Tais incentivos fiscais, destacando-se os de natureza ambiental, estão diretamente relacionados aos princípios constitucionais e ao modelo de Estado brasileiro, tanto no exercício da atividade fiscal quanto na função extrafiscal.

André Elali ressalta que

as normas tributárias indutoras, para o fim de regular a ordem econômica, a partir do modelo proposto na Constituição, podem instituir benefícios e/ou agravamentos, visando a realização de comportamentos mais desejáveis pelos agentes econômicos. Assim, os incentivos fiscais são os instrumentos hábeis para servir à indução econômica nas hipóteses de benefícios que passam a ser outorgados para incentivar comportamentos específicos¹⁸.

16 DERANI, Cristiane. Aplicação dos princípios do direito ambiental para o desenvolvimento sustentável. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.) **Direito tributário ambiental**, São Paulo: Malheiros, 2005. p. 642 e ss.

17 ELALI, André. **Tributação e regulação econômica**. São Paulo: MP editora, 2007. p. 88.

18 ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão da redução das desigualdades regionais e sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. (Coord.). **Incentivos Fiscais**. São Paulo: MP Editora, 2007. p. 48.

Assim, as referidas normas indutoras, são instrumentos hábeis para a concessão de incentivos fiscais, desde que sejam observadas as competências tributárias específicas de ente da Federação.

Ao dispor sobre a ordem econômica, o artigo 170 da Carta constitucional enumera entre outros princípios, no Inciso VII, a redução das desigualdades regionais e sociais.

Para alcançar os objetivos do desenvolvimento nacional é necessária a análise conjunta também do artigo 225, que dispõe sobre várias inovações para que se tenha uma efetiva proteção do meio ambiente, dando importância constitucional ao tema, fazendo com que haja uma maior possibilidade de implementação de medidas de proteção nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Mostra-se clara a necessidade de medidas de proteção nas três esferas de governo, vez que trata-se de um interesse coletivo. A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo dentro do processo de afirmação dos direitos humanos.

Assim, a competência para legislar sobre o meio ambiente é concorrente, devendo a União traçar normas de caráter nacional, podendo os demais entes federados tratar daquilo que for de seu interesse.

A Constituição brasileira prevê que a gestão ambiental é uma atribuição conjunta da União, dos Estados e dos Municípios (art. 225). Além das disposições do capítulo destinado ao meio ambiente (desenvolvimento sustentável – art. 225 da Constituição Federal), deve este ser interpretado em conjunto com o art. 170 do mesmo diploma legal, que trata da ordem econômica, ressaltando a intervenção do Estado nas atividades econômicas que podem gerar impactos ambientais. Tais princípios que informam a ordem econômica ambiental e o Direito Ambiental buscam compatibilizar o desenvolvimento econômico com a proteção ambiental e a adequação dos propósitos, meios e fins dos conteúdos jurídicos.

Destas considerações, pode-se verificar que continua sendo um grande desafio, na ordem econômica, a implementação do princípio do desenvolvimento sustentável, disposto no artigo 225 da Carta constitucional brasileira.

Por isso mesmo, é possível afirmar que as questões ambientais estão interligadas com as questões econômicas e sociais, e que a efetividade da proteção ambiental depende do tratamento globalizado e conjunto de todas elas, pelo Estado e pela sociedade.

Daf os dizeres de Cristiane Derani:

Qualidade de vida, proposta na finalidade do direito econômico, deve ser coincidente com a qualidade de vida almejada nas normas de direito ambiental. Tal implica que nem pode ser entendida como apenas o conjunto de bens e comodidades materiais,

nem como a tradução do ideal da volta à natureza, expressando uma reação e indiscriminado despreza a toda elaboração técnica e espiritual. Portanto, qualidade de vida no ordenamento jurídico brasileiro apresenta estes dois aspectos concomitantemente: o do nível de vida material e o do bem-estar físico e espiritual¹⁹.

Nesta linha de entendimento, deve-se ter em conta, que a Política Nacional de Educação Ambiental estabelece como um dos objetivos fundamentais da educação ambiental o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente, em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos²⁰.

Neste contexto, deve ser observada a obrigatoriedade do Poder Público, nos termos dos artigos 205 e 225 da Constituição Federal, de definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental. Verifica-se, neste contexto, a importância da educação ambiental no ensino em todos os níveis de formação educacional. É imprescindível que se desenvolva a consciência ambiental em todos os setores e seguimentos da sociedade. Essa dimensão ambiental deve ser incorporada não apenas nas políticas públicas de governo, mas também nas ações da iniciativa privada e de toda sociedade, com a preocupação de que o desenvolvimento sustentável seja implementado no sentido do desenvolvimento humano.

Qualquer tributação que envolva o meio ambiente bem como isenções ou outros benefícios fiscais devem adequar-se a Constituição Federal. Tal legislação instituidora deve se dar no âmbito das competências das entidades tributantes, estabelecidas na Constituição Federal. A Constituição Federal, no artigo 170, também prevê o desenvolvimento sustentável na medida em que consagra o princípio de defesa do meio ambiente como ponto de orientação da ordem econômica e financeira. Pode-se afirmar que, com esta previsão, o desenvolvimento econômico, fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, não é legítimo, caso ignore a proteção ambiental²¹.

O principal objetivo do desenvolvimento sustentável é superar a falácia de que o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental estão em polos diversos, de forma que um se torne empecilho para a realização do outro. A defesa do meio ambiente e a exploração dos recursos naturais podem e devem coexistir, porque, afinal, é justamente destes recursos que o homem retira toda a sua sobrevivência, conforme ensina Spagolla²².

19 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2007. p. 81.

20 Lei nº 9.795/99, art. 5º, I.

21 SPAGOLLA, Vânia Senegalia Morete. Tributação ambiental e sustentabilidade. In: FERREIRA, J.S.N.; RIBEIRO, M. F. **Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Arte & Ciência, 2008. p. 221.

22 Idem, ibidem.

Sobre a necessária coexistência harmônica entre a economia e o meio ambiente como objetivo precípuo do desenvolvimento sustentável, salienta Derani²³:

Quando se usa a expressão desenvolvimento sustentável, tem-se em mente a expansão da atividade econômica vinculada a uma sustentabilidade tanto econômica quanto ecológica (...) Desenvolvimento sustentável implica, então, no ideal de um desenvolvimento harmônico da economia e ecologia que devem ser ajustadas numa correlação de valores onde o máximo econômico reflita igualmente um máximo ecológico.

Pode-se, então, considerar que existe uma antinomia entre o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente? Ao contrário, eles são complementares, uma vez que não existe desenvolvimento se os recursos naturais não estiverem preservados, à disposição do ser humano como fator de produção de riquezas; e o meio ambiente equilibrado é um dos pressupostos para que a qualidade de vida seja alcançada, afirma Spagolla²⁴.

O princípio do desenvolvimento sustentável aponta, ainda, para outro aspecto importante: deve-se assegurar a satisfação das necessidades da presente geração sem que se comprometa a capacidade das gerações futuras de acesso aos recursos naturais. A presente geração tem o dever de deixar para as futuras gerações um meio ambiente de igual ou de melhor qualidade do que aquele que herdou da geração anterior²⁵.

O artigo 151 da Constituição Federal veda a instituição de tributo que não seja uniforme em todo território nacional, admitindo a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país.

De igual porte, tem-se que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos aos tributos somente poderá ser concedido por lei específica (art. 150 - § 6º da CF). O art. 175 do Código Tributário Nacional destaca que a isenção é uma forma de exclusão do crédito tributário, juntamente com a anistia entre outros institutos tributários.

Os incentivos estão no campo da extrafiscalidade. Através dos incentivos fiscais a pessoa política tributante estimula os contribuintes a fazer ou não fazer algo que a ordem jurídica considera conveniente, interessante ou oportuno. Algumas vezes os incentivos fiscais se manifestam através de imunidades ou sob a forma de isenções.

23 DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 132.

24 SPAGOLLA, Vânia Senegalia Morete. Tributação ambiental e sustentabilidade. In: FERREIRA, J.S.A.N.; RIBEIRO, M. F. **Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Arte & Ciência, 2008. p. 222.

25 AMARAL, Paulo Henrique do. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

Para Ataliba a extrafiscalidade consiste no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados²⁶.

É lícito recorrer aos tributos com o intuito de atuar diretamente sobre os comportamentos sociais e econômicos dos contribuintes, seja fomentando posicionamento ou inibindo certos procedimentos. Os tributos extrafiscais, que podem ser traduzidos em agravamentos ou benefícios fiscais, estão dirigidos ao implemento e estímulo de certas condutas.

Os incentivos fiscais manifestam-se, assim, sob várias formas jurídicas, desde a forma imunitória até a de investimentos privilegiados, passando pelas isenções, alíquotas reduzidas, suspensão de impostos, manutenção de créditos, bonificações, créditos especiais e outros tantos mecanismos, cujo fim último é, sempre, o de impulsionar, ou atrair, os particulares para a prática das atividades que o Estado elege como prioritárias, tornando, por assim dizer, os particulares em participantes e colaboradores da concretização das metas postas como desejáveis ao desenvolvimento econômico e social, por meio da adoção do comportamento ao qual são condicionados²⁷.

A extrafiscalidade, como forma de intervenção estatal na economia, apresenta uma dupla configuração: de um lado, a extrafiscalidade se deixa absorver pela fiscalidade, constituindo a dimensão finalista do tributo; de outro, permanece como categoria autônoma de ingressos públicos, a gerar prestações não tributárias²⁸.

A Constituição Federal de 1988 determina como uma das metas a serem atingidas pelo Estado brasileiro a promoção do desenvolvimento nacional e a justiça social. Assim, a tributação no Brasil configura-se um instrumento poderoso da ação estatal sobre a economia, o que dá grande importância às técnicas extrafiscais adotadas, tendo em vista a realização das metas de desenvolvimento e justiça social.

O Estado brasileiro, ao estabelecer como um dos seus princípios fundamentais fazer justiça social e diminuir as desigualdades econômicas, tornou necessária a sua intervenção nas relações sociais para atingir esses objetivos. Assim, a extrafiscalidade adquire singular importância.

O Poder Público tem na extrafiscalidade tributária uma maneira de conciliar desenvolvimento econômico e defesa do meio ambiente, vez que a Constituição Federal estabelece no art. 170, incisos III e VI combinados com o art. 225, a busca pelo desenvolvimento sustentável.

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

26 ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. **Revista de direito público**, v. 23, n. 93, p.233-238, jan./mar., 1990.

27 ATALIBA, Geraldo; GONÇALVES, José Arthur. Crédito-prêmio de IPI: direito adquirido; recebimento em dinheiro. **Revista de Direito Tributário**, v.15, n.55, p.162-179, jan./mar., 1991.

28 TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 167.

Aspecto relevante que deve ser considerado no tocante aos incentivos fiscais ambientais, principalmente, é a sua abrangência não só no âmbito territorial brasileiro. O processo de integração entre os blocos econômicos e os tratados internacionais, com vistas à quebra de barreiras, vêm favorecendo aos países aproximem as legislações e ampliam as discussões para melhorar cada vez mais a qualidade de vida dos habitantes. Para tanto, estão em discussão a própria questão da soberania dos Estados e as recomendações das organizações internacionais, destacando-se a OMC (Organização Mundial do Comércio).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não basta que a Constituição Federal disp sobre a proteção das pessoas. É necessário que o Estado garanta a elas uma existência digna (art. 1º, inciso III da Constituição Federal), porque o seu bem-estar (art. 3º, inciso IV) somente é possível com um meio ambiente saudável, direito reconhecido como fundamental.

Como incentivo à proteção ambiental, seria interessante e oportuno, por exemplo, que o governo desenvolvesse vantagens fiscais para aquelas empresas que protegem o meio ambiente em suas propriedades.

Esse posicionamento é visto, por muitos, com relutância, o argumento de que preservar o meio ambiente e a sadia qualidade de vida é uma obrigação, não podendo haver estímulo econômico.

Nesse caso, é preciso se atentar para a efetividade das medidas já existentes e desenvolver políticas de maior incentivo à preservação ambiental.

Além da fundamental importância dos ditames das políticas tributária e social, deve ser destacado que o sistema tributário justo é aquele que contempla a sua implementação com base nos princípios constitucionais tributários, norteadores da conduta pública.

É dever do Estado a promoção do desenvolvimento econômico nacional, principalmente com o objetivo de redução das desigualdades regionais. Para tanto, poderá utilizar normas indutoras através da implementação de políticas públicas de prevenção e de preservação do meio ambiente com a finalidade de atendimento dos ditames constitucionais.

A Constituição Federal alberga dois princípios aparentemente conflitantes. O inciso II do artigo 3º determina que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é garantir o desenvolvimento nacional. E o artigo 225 prevê a proteção ambiental, nos termos ali descritos.

Convém ressaltar que o Estado deve incentivar o desenvolvimento. Deve ser observado que o conceito de desenvolvimento adotado pela Constituição Federal é um conceito moderno (art. 225). Referido conceito apresenta o desenvolvimento como crescimento econômico, com

vistas à globalização, como desregulamentação e redução do papel do Estado, como direito humano inalienável e o meio ambiente equilibrado (art. 170).

O Brasil apresenta desequilíbrios regionais expressivos, sendo, portanto, necessários instrumentos que viabilizem a correção desse cenário, estabelecendo mecanismos que promovam um novo equacionamento das vantagens comparativas para a realização de investimentos produtivos.

A Constituição Federal abriu novos espaços para as ações de proteção ao meio ambiente e, no que se refere aos direitos e garantias individuais, à organização do Estado, à tributação, e, ainda à ordem econômica e social do País.

A referida Constituição não estabeleceu nenhum tributo ambiental específico, embora possibilite, no seu texto, condições nas espécies tributárias já existentes, para estabelecer mecanismos e instrumentos de tributação, enfocando o meio ambiente para efeito de preservação a ele dirigida.

Não há necessidade de criar novos tributos e, sim, de distribuir adequadamente os recursos arrecadados previstos no Sistema Tributário Nacional vigente para atender finalidades socioambientais. Desta forma, os recursos devem ser aplicados na implementação de políticas públicas em todos os níveis de governo, para oferecer melhores condições para compatibilizar o direito ao desenvolvimento com o direito à proteção do meio ambiente, garantidos constitucionalmente.

É preciso que o meio ambiente seja preservado, não através de uma tributação acentuada com estímulos ou benefícios, entre eles destacando-se aqueles projetos que contemplam planejamentos ambientais que preservem ou recuperem o meio ambiente degradado.

Seja qual for o objeto da aplicação da tributação ambiental, a sua regulamentação deverá ser discutida em profundidade, analisando-se detalhadamente todos os aspectos econômicos e ambientais pertinentes, de forma que a tributação ambiental seja realmente eficiente e gere os benefícios sociais esperados.

Os incentivos fiscais concedidos, nos termos da legislação aplicável, devem guardar estreita sintonia com os princípios da ordem econômica e social, especialmente a livre iniciativa e a livre concorrência. Tais incentivos não devem ser apenas instrumentos de intervenção na economia e, sim, medidas que possam caracterizar efetivamente a função social do tributo, com ações integradas para o desenvolvimento econômico sustentável.

Assim, só existirá desenvolvimento econômico com a busca do pleno emprego e, em especial, com a redução das desigualdades e com a proteção do meio ambiente.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira de. *A Tutela ambiental como instrumento da garantia do desenvolvimento na ordem constitucional*. **Revista da Faculdade de Direito da Fundação Armando Penteado**. Ano I, n. 1, 2002.
- AMARAL, Paulo Henrique do. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 93, p. 233-238, jan./mar., 1990.
- ATALIBA, Geraldo; GONÇALVES, José Arthur. Crédito-prêmio de IPI: direito adquirido; recebimento em dinheiro. **Revista de direito tributário**, v.15, n.55, p.162-179, jan.-mar., 1991.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- BASTOS, Celso. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.
- CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. 2008.
- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2007.
- DERANI, Cristiane. Aplicação dos princípios do direito ambiental para o desenvolvimento sustentável. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.) **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DERZI, Misabel. Família e tributação: a vedação constitucional de se utilizar o tributo com efeito de confisco. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 32, 1989.
- DOMINGUES, José Marcos (Coord.). **Direito tributário e políticas públicas**. São Paulo: MP Editora, 2008.
- ELALI, André. **Tributação e regulação econômica**. São Paulo: MP Editora, 2007.
- ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: A questão da redução das desigualdades regionais e sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. (Coords.) **Incentivos fiscais**. São Paulo: MP Editora, 2007.
- FIGUEIREDO, Marcelo. A Constituição e o meio ambiente: os princípios constitucionais aplicáveis à matéria e alguns temas correlatos. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LEONETTI, Carlos Araújo. Humanismo e tributação: um caso concreto. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/68.html>, 12 jul. 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. *A função do tributo nas ordens econômica, social e política*. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, n. 28, v. 2, jul-dez, 1987.

- MACHADO, Paulo Affonso. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito econômico e tributário: comentários e pareceres**. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1992.
- MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. A política tributária como instrumento de defesa do contribuinte. **A defesa do contribuinte no direito brasileiro**. São Paulo: IOB, 2002.
- MELLO, Gustavo Miguez de. Uma visão interdisciplinar dos problemas jurídicos, econômicos, sociais, políticos e administrativos relacionados com uma reforma tributária. In: **Temas para uma nova estrutura tributária no Brasil**. Mapa Fiscal Editora, Sup. Esp. I Congresso Bras. de Direito Financeiro, RJ, 1978.
- MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MINICHIELLO, André Luiz Ortiz; RIBEIRO, Maria de Fátima. **O município brasileiro e a proteção ao meio ambiente no desenvolvimento econômico sustentável à luz do estatuto da cidade**. In: PAULA, Alexandre Sturion de (Coord.). **Dimensões de direito público**. Campinas: Editora Russel, 2006.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito econômico**. 2. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes (Coord.). **Estudos de Direito Tributário**. Manaus: Caminha Consultoria, 2006.
- RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). **Direito tributário e segurança jurídica**. São Paulo: MP Editora, 2008.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, FERREIRA, Jussara S. Assis B. N. **Reflexões sobre a tributação ambiental como instrumento de políticas públicas para o desenvolvimento econômico sustentável**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SEBASTIÃO, Simone Martins. Tributo ambiental: extrafiscalidade e função Promocional do direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- SPAGOLLA, Vânia Senegalia Morete. Tributação ambiental e sustentabilidade. In: FERREIRA, J. S. A. B. N.; RIBEIRO, M. F. (Orgs.) **Empreendimentos Econômicos e Desenvolvimento Sustentável** São Paulo Arte & Ciência, 2008.
- TORRES, Heleno T. (Coord.) **Direito tributário ambiental**. Reflexões sobre a Tributação Ambiental como Instrumento de Políticas Públicas para o Desenvolvimento Econômico Sustentável. Maria de Fátima Ribeiro e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VINHA, Thiago Degelo; RIBEIRO, Maria de Fátima. Efeitos Socioeconômicos dos tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães e FERNANDES, Edison C. (Coords.). **Tributação, Justiça e Liberdade**. Juruá: Curitiba, 2005.
- ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na ordem econômica: rincipios e função social**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

PARADIGMAS ECONÔMICOS E EMPRESARIAIS DE EFICIÊNCIA PARA O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO DE 1988

Marlene Kempfer BASSOLI

1 O VALOR EFICIÊNCIA: PONTO DE INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO, ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS

A Ciência do Direito tem por objeto de estudo o Direito positivo, assim entendido como o conjunto das normas jurídicas válidas em determinado tempo e espaço. Ao promover investigações neste nível, o estudioso encontra textos jurídicos que se apresentam em linguagem prescritiva, reveladores de um universo de normas jurídicas cuja finalidade é disciplinar as relações interpessoais, no plano da vida, onde os valores se realizam. Esta dinâmica da incidência normativa revela que o Direito pode, por meio dos instrumentos do dever ser, estabilizar ou mudar a realidade social, pois possibilita concretizar valores. Neste sentido são muito importante para o Direito os estudos axiológicos.

Segundo afirma Hartmann (apud Adeodato, 1996, p. 149-157), o fenômeno da apreensão dos valores é perceptível na convivência humana. É neste domínio que se revelam as relações familiares, religiosas, econômicas e outras, expondo os interesses que se pretende preservar ou mudar. Estas são as fontes de produção das normas jurídicas, que indicam as condutas desejadas porque realizam valores desejados, bem como as condutas indesejadas porque realizam desvalores.

Para tornar tais condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas no sentido jurídico, é preciso percorrer o processo da positivação. O caminho para tanto se inicia com a seleção dos valores e dos desvalores a positivar. Ao integrarem um corpo constitucional, alcançam a condição de valores e desvalores jurídicos e estarão aptos a irradiar-se por todo o ordenamento e, assim, fundamentar a continuidade do processo de positivação.

Pode-se afirmar que os valores estão presentes em todas as relações humanas e, ao comporem o mundo do dever ser jurídico, têm a força do Estado para direcionar condutas mediante a sanção e a coerção. Esta interferência pressupõe que as convivências sejam analisadas, estudadas, compreendidas, ou seja, é necessário conhecer as diversas racionalidades que as regem, pois é deste diálogo que nasce a eficácia social do Direito.

Um dos aspectos da eficácia social pode ser traduzido como o eficiente resultado que, por meio do Direito, se alcança para estabilizar e mudar condutas no meio social. Buscar esta eficiência, considerando-se sempre as bases de um Estado Democrático de Direito, é o grande desafio para todos que lidam com o mundo do dever ser jurídico.

Promovendo um corte metodológico para a pesquisa proposta, tem-se que o Direito interfere nas complexas relações reunidas no domínio econômico. Tais normas jurídicas, denominadas de normas de intervenção do Estado, compõem o Direito Econômico. Conforme exposto, é importante considerar o conhecimento construído por cientistas que buscam com seus estudos apreender as racionalidades que regem tais relações. Assim, tanto a Ciência Econômica quanto a Ciência da Administração sistematizam as ações humanas no domínio econômico diante dos recursos produtivos escassos para promover o usufruto pelas pessoas. Para tanto, organizações (empresas) são criadas para por diferentes meios, racionalizar, organizar, direcionar, disciplinar, planejar, controlar, a fim de, com eficiência, alcançar objetivos.

Para os cientistas a Ciência Econômica:

(...) é a ciência social que estuda como o indivíduo e a sociedade decidem (escolhem) empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos, a fim de satisfazer as necessidades humanas. (Vasconcellos; Garcia, 2008, p.2).

Para os cientistas a Ciência da Administração:

(...) administrar é um processo de tomar decisões e realizar ações que compreende cinco processos principais: planejamento, organização, liderança (...), execução e controle (...) e a eficiência é usada para indicar que a organização utiliza produtivamente, ou de maneira econômica, seus recursos. (Maximiniano, 2008, p. 7-8).

Considerando-se o objeto do tema ora proposto, interessa analisar as relações humanas objeto de estudo da Ciência do Direito, da Ciência Econômica e da Ciência da Administração de Empresas, quando em um dos polos da relação jurídica está o Estado exercendo sua competência constitucional para instituir, fiscalizar e arrecadar tributos. Escolheu-se, conforme exposto, um dos pontos de intersecção entre as ciências acima referidas, no seu aspecto axiológico: o valor da eficiência. Este também deve ser perseguido quando se está diante das relações

econômico-tributárias ou empresarial-tributárias, face à importância da tributação para estes três sistemas.

Quer-se investigar se o valor eficiência no tocante à tributação, tem o mesmo conteúdo e, portanto, se é conciliável diante da aceção dada pela Economia, Ciência da Administração e Ciência do Direito. Por meio desta interdisciplinaridade talvez se encontrem, celeremente, caminhos hermenêuticos para alcançar a efetividade no sentido de eficácia social das normas jurídicas nestes domínios.

1.1 EFICIÊNCIA DE UM SISTEMA TRIBUTÁRIO CONFORME PARADIGMAS DA CIÊNCIA ECONÔMICA E CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS

O valor eficiência em um ambiente econômico e empresarial remete à aceção de maximizar resultados considerando-se a menor utilização de meios. A habilidade para lidar com as variáveis econômicas a fim de realizar tal valor, diante do desafio de praticar a atividade econômica na forma de uma unidade empresarial, é um dos objetos de estudo da Ciência da Administração. Neste sentido estas ciências estão muito próximas e se servem dos mesmos paradigmas para mensurar e avaliar um sistema tributário eficiente.

O conteúdo para o valor eficiência é decorrente do próprio objeto da Economia que, conforme Galves (2004, p. 3), já no século IV antes de Cristo, na Grécia, “estudava a gestão do patrimônio doméstico, ou particular, no caso a atividade agrária e a forma de obter os melhores resultados”.

Eficiência traz, portanto, a ideia de potencializar resultados, recorrendo aos caminhos da racionalização, da organização, do planejamento, da otimização. Diante desta racionalidade e a partir dos estudos sobre Tributação e Política Fiscal apresentados por Mosquera (2005, p.567-576), tem-se que o sistema tributário mundial será eficiente economicamente se for possível identificar, em sua estrutura normativa e operacional, os seguintes princípios:

- SIMPLICIDADE
- NEUTRALIDADE
- PROGRESSIVIDADE
- EQUIDADE

1.1.1 PRINCÍPIO DA SIMPLICIDADE

O sistema tributário é um sistema jurídico cujas unidades são normas tributárias que dispõem sobre a instituição, arrecadação e fiscalização de tributos. Neste sentido, explica o professor Mosquera (2005, p. 567-571), a simplicidade tributária se constrói de várias formas, destacando-se:

i) desde o momento da redação de textos jurídicos em linguagem clara permitindo-se interpretação, construção e aplicação das normas tributárias pelos contribuintes, mesmo que não sejam versados nas Ciências Jurídicas;

ii) passa pela redução do número de tributos;

iii) adoção de mecanismos de fiscalização e arrecadação que exijam menor número de obrigações acessórias, preferencialmente, servindo-se das tecnologias eletrônicas.

São caminhos a seguir para desonerar ao máximo os contribuintes, uma vez que um sistema tributário complexo, difícil de lidar, também representa custos que serão repassados ao consumidor, conforme autoriza a repercussão. Por meio deste fenômeno econômico repassa-se ao consumidor o custo da tributação, tornando-se este o contribuinte de fato, enquanto a empresa é o contribuinte de direito. Estes custos não são somente os tributos e sim os gastos na gestão tributária. Cite-se, como exemplo, a repercussão que ocorre com tributos importantes, denominados indiretos: ICMS, IPI, ISS, IRPJ, IOF, II, Contribuições e outros.

1.1.2 PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE

Para tratar da neutralidade é importante introduzir a explicação de Vasconcellos e Garcia (2008, p. 45-58) sobre demanda, oferta e equilíbrio de mercado, uma vez que é a partir deste equilíbrio que se pode melhor compreender o valor da neutralidade econômica. Registram que “quando há competição tanto de consumidores como de ofertantes, há uma tendência natural no mercado para se chegar a uma situação de equilíbrio estacionário – sem filas e sem estoques não desejados pelas empresas”. Neste contexto querem destacar que há um ponto de intersecção entre as curvas de oferta e demanda que levam a preço e quantidade de equilíbrio. O deslocamento destas curvas pode levar à escassez ou ao excesso e tem-se uma das formas importantes de desequilíbrio de mercado. Demonstra-se que as relações no domínio econômico são sensíveis às interferências, entre elas, as dos governos, que podem ocorrer por meio de políticas econômicas, inclusive as políticas tributárias.

O equilíbrio do mercado, típico em um mercado concorrencial, pode ser afetado pela tributação:

1) de caráter fiscal devido à alta carga tributária ou a concentração da carga tributária que, mesmo amparada em normas constitucionais e legais, aumentam o custo de produção para as empresas. Com esta interferência, diante de um mercado competitivo, nem sempre é possível a repercussão econômica em nível que possibilite a livre iniciativa e a permanência da empresa no mercado. Gera, portanto, efeitos econômicos indesejáveis;

2) de caráter extrafiscal por meio de normas indutoras de condutas desejáveis tais como os incentivos que, se não bem conduzidos, podem ser traduzidos em injustos privilégios para determinados setores econômicos e poderão ter como efeitos indesejados aqueles provocados pela concorrência desleal. Tem-se, nestes casos, mais uma possibilidade de distorções no domínio econômico por meio da tributação.

A intervenção do Estado por meio da tributação fiscal ou extrafiscal deve considerar as sensibilidades econômicas. Ao ocorrer esta interferência no domínio econômico, o valor da neutralidade deve ser o fio condutor no sentido de nortear os governos de modo a não interferirem, ou com menores efeitos possíveis, para não afetar o equilíbrio economicamente desejado.

Se for necessário interferir que se faça somente em setores ou momentos justificáveis à luz da própria racionalidade econômico-social. Neste sentido, pode-se exemplificar a tributação por meio de alíquotas seletivas, que podem representar desestímulo ao consumo, mas refletir apoio a importante política econômica de comércio externo; ainda mais, por meio de incentivos tributários para reduzir as desigualdades regionais que vão estimular o desenvolvimento econômico de regiões subdesenvolvidas, promovendo externalidades econômicas positivas, tais como novas atividades econômicas (livre iniciativa), estímulo à concorrência, geração de empregos, maior arrecadação de tributos, novas tecnologias.

1.1.3 PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE

Retomando a explicação de Vasconcellos e Garcia (2008, p. 45-58) sobre demanda, oferta e equilíbrio de mercado, destacando a questão da demanda ou procura por bens, ela depende de variáveis como preços, qualidade, preferências, também da renda do consumidor. A combinação destas variáveis é estudo concentrado na microeconomia, de onde se destaca o estudo da importância da renda do consumidor, para afirmar que, quanto maior a renda/riqueza, em regra, maior o poder de consumo, aumentando a demanda por produtos que fomenta todo o ciclo econômico.

Considerando a premissa acima citada, é importante que, a partir de mecanismos econômicos e de políticas governamentais, se promovam políticas de distribuição ou redistribuição da riqueza entre os grupos sociais. As possibilidades para este intento dependem de políticas fiscais, tais como a tributação progressiva por meio da qual aqueles que têm mais renda/riquezas disponíveis devem pagar valor maior do tributo devido. No entanto, sob aspecto da economia, não basta exigir mais de quem tem mais, é necessário que os governos, com tais receitas, promovam políticas públicas de alcance econômico, tais como, promover transferência destas receitas tributárias em forma de rendas aos cidadãos para aumentar o poder de consumo.

Os tributos progressivos são aqueles cujas normas têm em sua estrutura alíquotas que aumentam à medida que aumentam as bases de cálculos. Diferente são os tributos denominados proporcionais ou fixos, cujas alíquotas são as mesmas para quaisquer alterações de base de cálculo. Esta forma de tributação não leva em conta o caráter pessoal ou diferentes graus de capacidade econômica do contribuinte.

Conforme destaca Caliendo, o princípio da capacidade contributiva possibilita discutir o nível justo de carga fiscal e pode ser considerado em dois planos.

O princípio da capacidade contributiva em seu aspecto objetivo se direciona em um plano duplo: vertical e horizontal. No plano vertical o princípio deve aplicar-se de modo progressivo, ou seja, a carga tributária individual deve aumentar em uma proporção maior ao incremento de riqueza disponível. No plano horizontal se exige que contribuintes com a mesma capacidade econômica sejam tributados da mesma maneira (...).(2009, p. 291).

Este mecanismo de tributação progressiva, no plano vertical, portanto, atende à eficiência econômica no sentido de possibilitar por meio da arrecadação, a redistribuição das riquezas para aumentar a demanda, conforme acima exposto.

1.1.3 PRINCÍPIO DA EQUIDADE

Conforme ensinamentos de Mosquera “a equidade de um sistema é conceito que mensura a parcela que cada cidadão deve contribuir para os custos do governo. Esta parcela há de ser justa.” (2005, p. 575). Aponta dois princípios que devem reger o sistema tributário para realizar o valor da equidade e, conseqüentemente, o valor da eficiência econômica:

i) princípio do benefício, no sentido de que o cidadão deve contribuir de modo a custear os benefícios usufruíveis individualmente, gerados pelo governo;

ii) princípio da capacidade de pagamento, ou seja, todos com a mesma capacidade contributiva devem sofrer a mesma tributação. Esta é a aplicação do princípio da capacidade contributiva no plano horizontal à que se referiu Paulo Caliendo na citação acima registrada.

2. EFICIÊNCIA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO DE 1988 À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

É possível promover estudos que considerem a eficiência de um sistema tributário somente a partir das referências constitucionais, oportunidade em que se destacam os parâmetros jurídicos apontados pelos cientistas do Direito. Assim como é possível aliar aos paradigmas do

Direito aqueles da Econômica e Administração de Empresas, fugindo da concepção tradicional do Direito como uma realidade e um disciplinamento autônomos. É a possibilidade da análise econômica do Direito, corrente hermenêutica com esta denominação, que se desenvolve na norte-américa¹, a partir da década de 1960.

Conforme estudos de Caliendo, a análise econômica do Direito possui características:

- i) rejeição da autonomia do Direito perante a realidade social e econômica; ii) utilização de métodos de outras áreas do conhecimento, tais como economia e filosofia; iii) crítica à interpretação jurídica como interpretação conforme precedentes ou o direito, sem referência ao contexto econômico e social. (2009, p.13).

A partir desta enumeração pode-se afirmar que este movimento preocupa-se com o aspecto da efetividade do Direito também diante da racionalidade econômica e social. Esta análise reforça a afirmação de que o Direito é uma metalinguagem das relações humanas e que, para nelas interferir de modo eficiente, é necessário que sejam conhecidas. Este conhecimento está reunido nas diversas ciências que têm por objeto de estudo essas relações em seus múltiplos aspectos, tais como, filosofia, antropologia, sociologia, economia, psicologia.

Não se advoga desconsiderar o sistema jurídico. Este deverá ser sempre a fonte a partir de onde se constroem as normas jurídicas que regem as condutas disciplinadas pelo Direito. Defende-se que, a partir do conhecimento da racionalidade que rege determinada conduta, tal como a econômica, é que será possível interferir por meio do dever ser jurídico para concretizar, com maior eficiência, as finalidades da intervenção estatal.

Diante de estudos hermenêuticos que apresentam a análise econômica e considerando as normas tributárias dirigidas às relações do domínio econômico, defende-se que, ao interpretar e aplicar o princípio da capacidade contributiva e da proibição do confisco, deve-se considerar, também, as dimensões do fenômeno da repercussão econômica, da livre iniciativa e da livre concorrência. Neste contexto, um sistema tributário será eficiente se o princípio da capacidade econômica for concretizado por meio da tributação progressiva em seus planos tanto vertical quanto horizontal, tendo como limite a proibição do confisco e se for implementado sem prejuízo do exercício do direito à livre iniciativa e à livre concorrência. Se assim ocorrer, atender-se-á a eficiência em sentido sistêmico constitucional, ou seja, estar-se-á positivando: i) a tão desejada igualdade material republicana e a justiça fiscal, que são valores jurídico-tributários; e, ii) as regras que compõem o regime jurídico-econômico que realizam o valor da liberdade econômica nas suas manifestações da livre iniciativa e livre concorrência.

¹ Escola de Chicago (Chicago Law and Economics), Escola das Escolhas Públicas (Public Choice Theory), Escola da Nova Economia Institucionalista (Institutional Law and Economics).

A preocupação com a eficiência dos sistemas tributários à luz de uma análise econômica avança em todos os países conforme alerta Fonseca (2008)². Cada vez mais os governos estão pressionados por influências internacionais, que discutem este tema sob o título da necessidade de um crescimento competitivo fiscal para atrair investimentos. A tributação eficiente ou ineficiente passa a interferir em fatores macroeconômicos, pois afeta o alcance de objetivos de nível de emprego, estabilidade de preços, distribuição de renda e o crescimento econômico. Além destes efeitos, acrescenta-se maior possibilidade de sonegação fiscal, conflitos administrativos e judiciais entre o Estado e contribuinte, onerosidade tanto para o Estado quanto para as empresas.

Pode-se afirmar, portanto, que desconsiderar os mecanismos que promovem simplicidade, neutralidade, progressividade e equidade pode significar sérias dificuldades para gerir o sistema tributário, tanto para o credor quanto para o devedor tributário.

3 SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO DE 1988 E GESTÃO TRIBUTÁRIA EMPRESARIAL

Avaliando-se a estrutura tributária brasileira e os parâmetros econômicos apresentados, é possível concluir que há alguns descompassos entre a proposta econômico-empresarial e a realidade tributária, nos níveis da legalidade e infralegalidade. O sistema brasileiro terá que avançar para receber bons índices de qualidade nos sentidos de simplicidade, neutralidade, progressividade e equidade, conforme se analisará neste estudo.

Esta crise tem vários reflexos, tais como a necessidade das organizações empresariais investirem na gestão tributária. Contemporaneamente, é exigência que sejam estabelecidos mecanismos de qualidade para atuação dos gestores, incluindo os gestores tributários ou *controllers*. As questões tributárias empresariais devem constar na pauta de planejamento e investimentos estratégicos, para assegurar melhor desempenho. Neste sentido, faz-se proveitoso implementar um núcleo de gestão tributária para reunir uma equipe multidisciplinar que promova análises estratégicas diante da complexidade da tributação nacional. Esta política empresarial, além de atender interesse dos investidores e dos consumidores, é importante tendo em vista o crescente aparelhamento estatal para arrecadar e fiscalizar tributos.

A equipe multidisciplinar referida deve contar com assessor jurídico especialista em tributação, contabilista e responsável do setor financeiro, diretor de negócios e de administração estratégica. O engajamento desta equipe é importante para estabelecer políticas empresariais de natureza fiscal. Neste sentido Maximiliano, ao tratar de planejamento estratégico alerta que:

² Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/8558/1/tendencias-do-direito-tributario>>.

Qualquer estratégia deve sempre levar em conta a ação e o controle do governo. Por um lado, todas as organizações são obrigadas a seguir diversos tipos de legislações: trabalhista, tributária, de proteção do meio ambiente, de defesa do consumidor e de regulamentação de formato de embalagens, entre muitas outras. O descumprimento de qualquer desses códigos pode representar sérios riscos. (2008, p.102).

Portanto, a atuação eficiente deste núcleo de gestão tributária possibilitará, inclusive, orientar ações, tais como: investimentos da empresa aproveitando, por exemplo, os incentivos fiscais; melhorar a competitividade da empresa por meio do planejamento tributário; utilizar-se dos mecanismos do marketing social para enaltecer o comportamento ético fiscal da empresa, tão importante para a cidadania.

Exige-se, cada dia mais, que princípios sejam considerados para uma boa prática de governança corporativa, que inclui a gestão tributária: ética, transparência, consistência, respeito à lei. Estas diretrizes são fundamentais para que a empresa conviva em harmonia em uma sociedade pluralista, que está a exigir condutas, normas e valores mínimos, para vivenciar uma ética que Cortina (2008, p. 38) denomina de ética cívica, ou seja, normas e valores mínimos que a sociedade moderna compartilha independentemente das opções religiosas, filosóficas, políticas, culturais:

(...) o pluralismo é possível em uma sociedade quando seus membros, apesar de terem ideais morais distintos, têm também em comum uns mínimos morais que lhes parecem inegociáveis, e que não são compartilhados porque algum grupo os tenha imposto por força aos demais, senão porque os distintos setores tenham de modo próprio chegado à convicção de que são valores e normas os quais uma sociedade não pode renunciar sem renegar sua humanidade (...).³ (tradução livre).

A implementação de tais diretrizes mínimas promovem um bom ambiente com todos os envolvidos nas relações empresarias, uma vez que são fundamentos mínimos da sociedade brasileira. No plano interno, promove segurança para decisões, maior controle financeiro e, especialmente diminui o índice de vulnerabilidade fiscal. No plano externo, fortalece o vínculo de confiança entre a empresa e o Estado, consumidores, fornecedores, investidores, sociedade em geral.

Constata-se que as afirmações acima apresentadas, se cotejadas com a realidade econômico-empresarial no Brasil, ainda não foram completamente aceitas e praticadas pelas empresas. Há vários motivos, entre eles:

³ “(..) *el pluralismo es posible en una sociedad cuando sus miembros, a pesar de tener ideales morales distintos, tienen también en común unos mínimos morales que les parecen innegociables, y que no son compartidos porque algún grupo los haya impuesto por la fuerza a los restantes, sino porque los distintos sectores han ido llegando motu proprio a la convicción de que son los valores y normas a los que una sociedad no puede renunciar sin hacer dejación de su humanidad*”.

i) os que são de responsabilidade de empresários que não entenderam a importância da gestão da tributação para sua atividade e para a arrecadação de tributos;

ii) os que são de responsabilidade dos governos que pouco fizeram para uma tributação eficiente.

Estas conclusões são possíveis a partir da pesquisa realizada por Grzybovski e Hahn (2006, p. 858-860)⁴, que, ao escreverem sobre educação fiscal como premissa para enfrentar as questões tributárias, apontam os seguintes principais resultados, após entrevistas feitas com empresários:

i) falta de conhecimento dos empresários a respeito dos tipos de tributos incidentes sobre a sua atividade econômica;

ii) não sabem com exatidão o montante que pagam;

iii) desconhecem numericamente a carga fiscal do país, mas afirmam que é elevada;

iv) entre investir na empresa e pagar tributos, optam por pagar tributos porque têm receio de multas fiscais;

v) conhecem pouco ou não conhecem o mecanismo de construção e sustentação da coletividade, portanto, não visualizam os tributos como fonte importante para custear serviços essenciais à coletividade;

vi) não apoiam a sonegação, mas admitem terem praticado sonegação e aceitam quem já praticou sonegação, embora reconheçam que gera concorrência desleal;

vii) reclamam da intransparência por parte do Estado quanto à arrecadação e gasto do dinheiro dos tributos;

viii) defendem a simplificação das obrigações fiscais e a redução da carga fiscal como fatores que estimulariam o pagamento espontâneo de tributos.

É preciso que as empresas e o governo criem um espaço para fortalecer o diálogo e encontrar caminhos comuns. Talvez o primeiro passo deste caminho seja um pacto pela ética, onde a transparência seja compromisso tanto na gestão empresarial quanto na gestão pública.

4 ANÁLISE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL DE 1988 CONFORME PARÂMETROS ECONÔMICOS DE EFICIÊNCIA

Os parâmetros de eficiência apresentados podem servir para análise e fundamento de decisões em prol de mudanças diante de sistemas tributários ineficientes.

Conforme já se destacou, a eficiência como valor econômico e da administração de empresas não deve ser referência exclusiva para o Direito. É importante buscar o conceito de eficiência jurídico-tributário, construído a partir dos valores e normas constitucionais tributárias. Este conjunto normativo deve ser norteador necessário para interpretação e aplicação do sistema tributário, além

⁴ Disponível em: <<http://www.scielo.br//pdf/rap/v40n5/a05v40n5.pdf>>

dos conceitos econômico-empresariais. Possíveis confrontos e antinomias entre os sistemas poderão ser resolvidos por meio das regras da razoabilidade, proporcionalidade, ponderação.

4.1 EFICIÊNCIA PELA SIMPLICIDADE

No tocante à eficiência econômico-empresarial sugerida para o sistema tributário, dirigida à atualidade brasileira, no aspecto da simplicidade, pode-se constatar que há avanços, mais especificamente a partir da Emenda Constitucional nº 42, aprovada em 19 de dezembro de 2003, introduziu o inciso XXII ao Art. 37 da Constituição Federal. Possibilitou às administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios atuarem de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais. A implementação deste projeto de modernização foi deflagrada de modo mais acelerado a partir da vigência do Decreto n 6.022, de 22 de janeiro de 2007, e é denominado de Sistema Público de Escrituração Digital (Sped).

Este sistema tem, entre outros, os seguintes objetivos: racionalizar e uniformizar os deveres instrumentais; tornar mais célere a identificação de ilícitos tributários; reunir informações do contribuinte e suas atividades em Cadastro Fiscal centralizado. Ele é composto de três sub-projetos: Escrituração Contábil Digital (ECD), reunindo livros tais como o Diário, o Razão, o Balancetes Diários; Escrituração Fiscal Digital (EFD), para contribuintes do ICMS e o IPI, cujo arquivo digitalizado unificará informações fiscais e substituirá livros como o de Entrada e Saída, Apuração do ICMS e IPI, Livro de Registro de Inventário, Sintegra; e Nota Fiscal eletrônica, NF- e - Ambiente Nacional.

Por este caminho, o parâmetro da simplificação está presente em vários aspectos, por exemplo: deixa-se de usar o papel, trocando-o pelo meio *on-line* de repassar dados que traz, especialmente, agilidade ao sistema; evita o fornecimento de duplas informações; será possível simplificar as obrigações acessórias; melhora a qualidade das informações, o que é sinônimo de transparência; a centralização de dados possibilita o acesso às secretarias federal, estadual e municipal, contribuindo para a diminuição da evasão fiscal; enfim, contribui para minimizar os efeitos do custo Brasil.

Quanto à simplificação que tem por paradigma a redução do número de tributo, há dificuldade de se alterar o sistema brasileiro para alcançar esta qualidade. Para tanto, haveria a necessidade do processo legislativo de Emenda Constitucional, pois as competências tributárias estão constitucionalizadas. Mesmo por este caminho há argumentos contrários no sentido de que tal mudança afetaria o pacto federativo e esta é uma cláusula pétrea, nos termos do Art. 60, § 4º.

O caminho percorrido até o momento foi adotar o mecanismo de arrecadação centralizada (não unificação de tributos) de alguns tributos⁵ federais, estaduais e municipais, conforme

5 Dos impostos IPI, IRPJ, ISS, ICMS, CSLL, PIS/PASEP, CPP, COFINS.

a Lei Complementar nº123/2006 que dispõe sobre o Estatuto Nacional de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. As empresas neste estágio têm-se manifestado a favor desta forma de arrecadação.

Para o critério de simplificação por meio da linguagem que permita a interpretação dos textos jurídicos mesmo por pessoas não versadas em Direito Tributário, é importante analisar o aspecto da linguagem técnica que se encontra nos textos jurídicos introduzidos por Lei e aqueles por Ato Administrativo. Os textos produzidos no Legislativo, ao serem interpretados para percorrer o caminho da regulamentação, são vertidos em linguagem própria do campo de conhecimento da pessoa a quem se dirigem, ou seja, para especialistas da área jurídica e área contábil. As dificuldades para a interpretação desta linguagem tendem a aumentar à medida que novas tecnologias e novas linguagens vão se agregando ao sistema de fiscalização e arrecadação, em busca da eficiência que ora se avalia. Esta afirmação fica esclarecida com o ato COTEPE/ICMS nº 22, de 25 de junho de 2008, publicado no DOU de 27.06.08, no qual fica exposto o predomínio da linguagem eletrônica:

O Secretário-Executivo do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 12, XIII, do Regimento da Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE/ICMS, de 12 de dezembro de 1997, por este ato, torna público que a Comissão, na sua 133ª reunião ordinária da COTEPE/ICMS, realizada nos dias 17 e 18 de junho de 2008, em Brasília, DF, **decidiu:**

Art. 1º Fica aprovado o Manual de Integração da Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, Versão 2.0.2 a, que estabelece as especificações técnicas da Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, do Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE e dos Pedidos de Concessão de Uso, Cancelamento, Inutilização e Consulta WebServices a Cadastro, a que se refere o Ajuste SINIEF 07/05, de 5 de outubro de 2005.

Parágrafo único. O Manual de Integração referido no “caput” estará disponível no sítio do CONFAZ (www.fazenda.gov.br/confaz) identificado como “**Manual de Integração - Contribuinte versão 2.02a - 2008-06-16**” e terá como **chave de codificação digital a sequência**“0fe7541445db22c06443b8d4b8257cef”, obtida com a aplicação do **algoritmo MD5 - “Message Digest” 5**.

A análise deste parâmetro de simplificação da linguagem deve ser efetuada à luz das inovações tecnológicas, ou seja, a partir desta constatação contemporânea, exige-se conhecimento de uma nova linguagem: a comunicação eletrônica. Deve-se admitir que esta é a nova forma de comunicar e, então, sim, a partir desta linguagem o objetivo a buscar é a maior clareza, para permitir diálogo de resultados entre o Estado e os contribuintes.

As conquistas tecnológicas são desafios e tão logo conhecidas, dominadas, contribuem para tornar mais acessível a informação. Isto deverá ocorrer em breve tempo com o Sistema Público de Escrituração Digital. Basta lembrar as sucessivas inovações trazidas pelo imposto de renda (formulário, disquete, on-line) e o quão acessível hoje se tornaram aos contribuintes.

4.2 EFICIÊNCIA PELA NEUTRALIDADE E EQUIDADE

O tema da neutralidade fiscal à luz da racionalidade econômica, conforme já exposto, deve ser considerado a partir da premissa de que as normas econômicas que regem tais relações proporcionam o justo equilíbrio neste domínio. Sendo assim, a interferência tributária, quer seja pela tributação fiscal (carga tributária) ou por política extrafiscal (normas de incentivo), se não bem equacionada, poderá promover distorções que o próprio sistema econômico não consegue, por vezes, recompor diante de um ambiente concorrencial. Em mercado com esta característica nem sempre é possível a transferência integral dos custos tributários pela repercussão; portanto, tributação fiscal elevada poderá ser ineficiente, pois não possibilita a livre iniciativa, a permanência de organizações empresariais no mercado, além de estimular a economia subterrânea (informalidade). Tais constatações culminam com a diminuição da arrecadação fiscal e possibilitam a sonegação.

Considerando o parâmetro da neutralidade diante da tributação fiscal, conforme estudos do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT⁶, para o ano de 2008, a carga tributária brasileira apurada foi em torno de 36,56% do Produto Interno Bruto – PIB. Valor que se confirma pela pesquisa da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal)⁷, que analisou 19 países da América Latina, para o ano de 2007, sendo que para o Brasil registrou 36%, seguido pela Argentina com 29%, Uruguai com 24%, Chile com 21%, Peru com 17% e México com 12%, todos sempre em relação ao PIB. Estes dados expõem a situação do Brasil como titular da carga fiscal mais elevada da América Latina.

Debruçando-se sobre o tema da neutralidade e carga fiscal, defende-se que é imprescindível:

i) haver outras considerações além da econômica, como as da Filosofia Política que investigam modelos de Estado; e,

ii) considerar o outro parâmetro econômico de eficiência que é o da equidade que permite avaliar a carga fiscal em relação ao benefício (serviço) oferecido pelo Estado (público) e o seu usufruto por aqueles submetidos à determinada ordem jurídico-tributária.

Desta forma, o desafio está em equacionar:

i) o valor neutralidade que pede uma menor carga tributária para possibilitar a repercussão plena e garantir os lucros da atividade econômica;

ii) a equidade pedindo que a tributação deve custear os benefícios públicos oferecidos aos cidadãos; e,

iii) a carga fiscal justa deve ser analisada diante dos referenciais do Estado Social ou do Estado Liberal, uma vez que têm diferentes acepções econômicas e tributárias.

6 Disponível em: <http://www.ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_>

7 Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/bbc/2009/05/19/brasil>>

À luz de considerações da Filosofia Política e do Direito, quanto menor ou maior o número de atribuições transferidas ao Estado, por meio constitucional ou legal, menor ou maior a presença de Estado na sociedade. Esta é uma opção da nação, realizada em momento pré-jurídico e se consolida no momento jurídico da instituição do Estado. Ensina o Professor Vilanova que o “*quantum* de Estado na sociedade é uma variável histórica e pode ser utilizado como critério para conceituar modelos de Estado” (2000, p. 259). Sendo assim, o tamanho do Estado é possível de ser identificado a partir da Constituição.

O número de competências atribuídas ao Estado influencia na definição da carga fiscal menor ou maior. Nos moldes de um Estado Social que se caracteriza por inúmeras atribuições, especialmente no plano social onde é responsável por ações que promovam a universalização de acessos, legitima-se um sistema tributário de elevada carga fiscal, de modo que a arrecadação seja suficiente para custeá-lo. Isto não se aplica para a proposta de Estado Liberal, que advoga o Estado mínimo, defende carga fiscal menor, pois é um Estado atuante em poucos setores, tais como, na ordem pública, produção de normas, função jurisdicional, serviços que não sejam de interesse da iniciativa privada. Sob o aspecto da racionalidade econômica liberal, conforme expõe Baudin (1978, p. 44-45), para aumento da prosperidade, deve-se criar ambiente de mercado de baixa dos custos e isto se faz por meio da concorrência. Neste contexto, à medida que aumenta a carga tributária, que sempre influencia os custos, ter-se-á dificuldade para a repercussão e em consequência a impossibilidade de redução de preços afetando a livre iniciativa e a livre concorrência.

O dilema está posto: carga fiscal elevada justificável em um Estado Social, pois o cidadão deve custear os benefícios que usufrui ou carga fiscal menor imprescindível para um Estado Liberal, pois as atribuições estatais são em número menor, exigindo menor receita pública para custeá-las. Em cada uma das opções será possível realizar a equidade acima referida. Se for assim, então, os três aspectos citados como importantes devem ser avaliados em conjunto, conforme se fez, ainda que de modo superficial.

Ao Estado brasileiro foram transferidas inúmeras atribuições, permitindo afirmar que se identifica como um Estado de características sociais. A relação de legitimidade, de equidade, deveria verificar-se a partir do momento em que a carga tributária justificasse o custeio das atribuições estatais em relação aos cidadãos contribuintes de fato e de direito. Esta não é a constatação. Nem mesmo às competências prioritárias, saúde e educação (Art. 34, VII, “e”), há destinação adequada de receitas. Considerando dados já referidos de uma carga fiscal aproximada de 36,00%, tem-se, conforme dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA (2009, p. 7)⁸, que os gastos nestas áreas, pelas três esferas de governo, em 2006, foram de apenas de 4,3% para a educação e 3,6% para a saúde, em relação ao PIB.

8 Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_presidencia/09_06_30_ComunicaPresi_22_ReceitaPublica.pdf>

Embora se confirme que os sucessivos governos têm aumentado a destinação de receitas para investimentos sociais, melhorar a distribuição de renda e diminuir as desigualdades, conforme pesquisa do IPEA abaixo relatada, ainda há, de fato, um descompasso (ineficiência) entre os parâmetros de eficiência econômica (neutralidade e equidade) e o político (Estado Social), diante da atual estrutura tributária.

Ainda que a incidência de pobreza e indigência seja significativamente superior para as populações de pretos e pardos, é importante destacar que, se ao longo do período aqui analisado, há uma redução expressiva na proporção de pobres em todos os grupos populacionais, essa redução foi bastante mais significativa para negros do que para brancos. De fato, entre 1996 e 2007, a proporção de brancos pobres passou de 29,6% para 19,7%, ou seja, uma redução de quase 10 pontos percentuais. Já no caso da população negra, essa redução foi ainda mais intensa, alcançando 16 pontos. Ou seja, nos últimos 15 anos, as políticas desenvolvidas pelo governo federal, dentre as quais destacam-se os programas de transferência de renda e a valorização do salário mínimo, foram capazes de retirar da pobreza 6,5 milhões de brasileiros, majoritariamente negros. (Pinheiro et al., 2008, p. 33)⁹.

Se o desenvolvimento econômico, nos moldes de um Estado social, contribui para diminuir a pobreza, e a tributação é importante para este caminho, é necessário buscar o compasso que acelere tal processo.

4.3 EFICIÊNCIA PELA PROGRESSIVIDADE

A capacidade contributiva em seu plano vertical é do que se trata neste tópico, lembrando que é a tributação de modo progressivo, a exemplo do que se faz no Brasil por meio do Imposto de Renda cujas alíquotas variam entre 7,5% a 27,5%, conforme aumenta o valor da base de cálculo. Esta progressividade está presente, também, no Imposto Territorial Rural (ITR) e em alguns Municípios por meio do IPTU. Sob o aspecto econômico vai-se mais além, ou seja, entende-se legítima tal tributação, se acompanhada de políticas públicas de distribuição de rendas.

Hoffmann ao tratar da distribuição de renda e do crescimento econômico, demonstra a íntima relação entre estes dois temas e aponta que “praticamente toda política econômica tem um impacto maior ou menor, sobre a distribuição de rendas” (2001, p.73)¹⁰. Indica algumas que contribuem para estes objetivos, tais como a política fiscal, de previdência, de crédito, educacional, reforma agrária. Outras, ainda,

⁹ Dados colhidos a partir do trabalho do IPEA sobre o Retrato das Desigualdades de Gênero e Raças de 1993 a 2007. Embora a pesquisa não seja específica do tema em debate, é uma amostragem científica da lenta recuperação da distribuição de renda no Brasil. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/005/00502001.jsp?ttCD_CHAVE=563>

¹⁰ Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v15n41/v15n41a07.pdf>>

podem ser enumeradas como o controle da inflação, de redução das desigualdades regionais, de promoção do emprego, garantia de salários mínimos e programas sociais para garantir o mínimo existencial.

Sem o intuito de tratar de políticas econômicas e sim apontar alguns caminhos que a Economia traça para promover distribuição de rendas, podem-se indicar algumas daquelas políticas elencadas na Constituição Federal de 1988. Ao serem elevadas ao nível máximo do ordenamento jurídico, devem ser consideradas políticas do Estado brasileiro, e por esta posição hierárquica, vinculam todos os governos ao elaborarem suas políticas. Para conferir tais afirmações, tem-se no texto da Constituição de 1988: Art. 170, VII (redução das desigualdades regionais), VIII (busca do pleno emprego); Art. 3º, II (garantir o desenvolvimento nacional), III (erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais); Art.184 (desapropriar para a reforma agrária); Art.187 (promover políticas agrícolas); Art. 203,V (garantia de salário mínimo para deficientes e idosos, como política de assistência social); Art. 6º IV (garantia de salário mínimo), II (seguro desemprego).

Os governos brasileiros devem empenhar-se para implementar tais políticas. Para exemplificar, com algumas delas que possibilitam a distribuição de rendas. São políticas de governo: política de reforma agrária disciplinada pela Lei 8629/93, inclusive com criação do Banco da Terra por meio da Lei Complementar nº 93/98; a garantia de salário mínimo, que se faz a cada ano, conforme Lei 11.944/09; política de seguro desemprego, garantida por meio da Lei 7.998/90; diretrizes para as políticas agrícolas e definição das atribuições do Conselho Nacional de Política Agrícola, por meio da Lei 8.174/91.

A avaliação a eficiência pela progressividade econômica, que associa este parâmetro à distribuição de rendas, permite afirmar que o sistema tributário ainda deixa a desejar, embora governos já tenham abertos caminhos neste sentido. É preciso considerar as políticas de Estado enumeradas com caráter vinculante aos governos, de modo que possam ser colocadas como políticas estratégicas para o desenvolvimento nacional.

4.4 EFICIÊNCIA PELA EQUIDADE

A equidade considerada a partir do benefício foi analisada juntamente com o parâmetro da neutralidade acima. É preciso tecer considerações sobre a equidade a partir da capacidade contributiva e da igualdade material, ou seja, a capacidade contributiva no plano horizontal para avaliar o sistema tributário brasileiro.

Este parâmetro permite afirmar que a carga tributária deve ser distribuída de modo que todos os que estiverem em igualdade de condições devam pagar igualmente tributos. Para esta

análise, diante da realidade brasileira, é importante recorrer, novamente, às conclusões do IPEA (2009, p. 3)¹¹:

(...) sabe-se que a carga tributária não onera equanimente o conjunto dos brasileiros, não implicando, portanto, mesmo esforço na contribuição de financiar o funcionamento do Estado e das políticas públicas. No Brasil, a distribuição de ônus tributário se dá de modo heterogêneo, com alguns setores da população sendo mais afetados que outros.

Para esta afirmação ser conferida, os seguintes dados apresentados pelo IPEA¹² falam sobre a tributação dos mais pobres, considerando a distribuição da carga tributária bruta conforme as faixas de salário:

Tabela 01: Brasil - Distribuição da Carga Tributária Bruta segundo faixa de salário mínimo

Renda Mensal Familiar	Carga Tributária Bruta – 2004	Carga Tributária Bruta - 2008	Dias Destinados ao Pagamento de Tributos
até 2 SM	48,8	53,9	197
2 a 3	38,0	41,9	153
3 a 5	33,9	37,4	137
5 a 6	32,0	35,3	129
6 a 8	31,7	35,0	128
8 a 10	31,7	35,0	128
10 a 15	30,5	33,7	123
15 a 20	28,4	31,3	115
20 a 30	28,7	31,7	116
mais de 30 SM	26,3	29,0	106
CTB, segundo CFP/DIMAC	32,8	36,2	132

Fontes: Carga Tributária por faixas de renda, 2004: Zockun et alii (2007); Carga Tributária Bruta 2004 e 2008: CFP/DIMAC/IPEA; Carga Tributária por faixas de renda, 2008 e Dias Destinados ao Pagamento de Tributos, elaboração própria.

Portanto, também, à luz deste parâmetro econômico conclui-se que a tributação brasileira é ineficiente.

5. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA A EFICIENTE FISCALIZAÇÃO E ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS

A Ciência Econômica e a Ciência da Administração de Empresas reconhecem a importância da tributação para as relações econômicas e, por meio dos seus estudiosos, ofereceram parâmetros que indicam como deveria ser o sistema tributário de modo que atendesse ao valor econômico da eficiência, conforme se analisou. Ao testar os argumentos de eficiência apresentados diante do sistema tributário brasileiro de 1988, pode-se concluir que, em todos os parâmetros, há reprova em maior ou menor grau. É, portanto, legítimo que os governos implementem modificações considerando paradigmas de eficiência de simplicidade, progressividade, neutralidade e equidade, uma vez que por serem dois sistemas (econômico e o tributário) ex-

11 Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_presidencia/09_06_30_ComunicaPresi_22_ReceitaPublica.pdf>

12 Idem.

tremamente complexos e sensíveis quanto à interferências internas e externas, não conviverão com um mínimo de harmonia se houver descon siderações recíprocas.

Para os governos, no Brasil, o caminho é investir no gerenciamento da tributação considerando os parâmetros referidos, desde que compatíveis com o regime jurídico tributário. Neste sentido, há estudos que estão direcionados à modernização da gestão pública, que inclui a gestão tributária, fundamentados em parâmetros da Economia e Administração de Empresas, tal como ocorreu com as ações de governo na implementação da reforma do Estado (década 1980/90) necessária para enfrentar a então crise econômica decorrente do agigantamento do Estado. Assim, nestes debates foram incluídos temas como: planejamento, gestão estratégica, qualidade de atuação, mensuração de desempenho, capacidade de liderança, autonomia de gestão, inovações tecnológicas. É a administração pública gerencial para enfrentar a administração pública burocrática: “nesta visão, os gestores se tornam estrategistas, mais do que técnicos. Preocupam-se, para fora, com o valor do que estão produzindo, como também para baixo, com a eficácia e adequação dos instrumentos”. (Moore, 2002, p.45).

A tendência na administração gerencial tributária é considerar outro aspecto relevante como é o contexto do fenômeno da globalização econômica. Esta é uma realidade irreversível a partir da qual será preciso lidar diante das múltiplas formas de atuação empresarial, comércio transnacional, planejamento tributário internacional e outros temas. Para tanto, é preciso buscar harmonizações com os inúmeros sistemas tributários envolvidos, abrangendo aspectos de legislações, padronizações, troca de experiências e de informações fiscais.

Todas estas diretrizes, ao serem dirigidas à tributação, devem considerar, conforme já enfatizado, o regime jurídico tributário onde estão reunidas as normas de competência tributária dirigidas à instituição, fiscalização e arrecadação. Tal conjunto normativo deve proporcionar segurança jurídica, certeza do direito e justiça em todos aqueles momentos. Estes são os princípios que devem orientar e sustentar toda a atuação dos governos no exercício da competência tributária, pois representam estabilidade jurídica diante das relações tributárias.

Se os agentes econômicos buscam, por meio da gestão tributária, administrar de modo mais eficiente a tributação à qual estão submetidos, o Estado por meio dos governos deve aparelhar-se de modo a reunir eficiência e justiça fiscal em sua atuação. Assim, deve-se primar por meios que tornem a fiscalização eficiente para alcançar uma eficiente arrecadação. A justificativa para tal atuação é a importância das receitas tributárias para o orçamento público.

5.1 O DIREITO E O DEVER CONSTITUCIONAL DE FISCALIZAR

A fiscalização é fundamental em vários aspectos, pois é por meio dela que haverá o patroleamento estatal para verificar o cumprimento dos deveres jurídico-tributários para a realização da igualdade formal e material. A concretização deste valor também é importante para as relações econômicas, uma vez que, se alcança a eficiência, por meio da equidade, realizando-se o princípio da capacidade contributiva no plano horizontal. Desta forma, ter-se-á ambiente para vivenciar a livre concorrência, uma vez que os agentes econômicos concorrentes estarão sob a mesma condição tributária de carga fiscal e a igualdade de competição saudável se instala.

Outro aspecto relevante da fiscalização é evitar a sonegação fiscal que conduz ao sentimento da injustiça tributária, ao desequilíbrio do orçamento público e, em consequência, ao descumprimento das políticas de Estado e de governo, além de interferir na política tributária de aumento da carga tributária, conforme apontam Gallo, Pereira e Lima (2006, p. 7):

A sonegação, sem dúvida nenhuma, constitui o maior inimigo da justiça fiscal, pois sua existência faz com que sejam utilizadas alíquotas nominais excessivamente altas nos tributos para compensar as perdas e garantir determinado nível de arrecadação. Contudo, essas mesmas alíquotas elevadas, em vez de compensarem a perda de arrecadação, podem estar incentivando ainda mais a prática da sonegação, dando origem ao círculo vicioso da injustiça fiscal.

À luz do texto constitucional a fiscalização está respaldada nos seguintes termos:
Art. 145...

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, *facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.* (grifo nosso).

É por meio da fiscalização tributária que será possível identificar a real capacidade contributiva do sujeito passivo, manifestada por meio do patrimônio, renda e outros sinais econômico-financeiros. A partir deste texto constitucional se extrai que, para o exercício deste direito subjetivo, há o correlato dever jurídico de respeitar os direitos individuais e demais limitações enumeradas em lei. Neste caso, as normas de fiscalização estão concentradas na Lei 5.712/66 (Código Tributário Nacional), que contém normas nacionais (gerais) dirigidas a todos os membros da federação, sem prejuízo de normas que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão estabelecer para atuação de seus agentes fiscais.

Desta forma, é possível enumerar alguns dos direitos do Estado diante da função administrativa de fiscalizar, nos termos da Lei 5.172/66 (CTN) e alterações que ocorreram, especialmente, por meio das Leis Complementares 104/2001 e 105/2001, para possibilitar a eficiência na fiscalização:

i) pedir informações de natureza tributária para contribuintes ou não contribuintes, mesmo isentos ou imunes, conforme enumeração no parágrafo único do Art. 194 e Art. 197. Para dar maior efetividade a este direito o CTN autoriza: fiscalizar todos os documentos que possam conter relatos sobre os eventos tributários, conforme Art. 195; por meio de alterações trazidas pela LC 105/01 pedir informações, em processos administrativos e não somente via judicial, às instituições financeiras (quebra do sigilo bancário); pedir auxílio de força pública federal, estadual ou municipal diante de embarço ilegítimo, condutas de resistência à fiscalização, das pessoas que têm o dever de prestar informações, conforme Art. 200.

ii) trocar informações fiscais no plano interno entre membros federados e órgãos da administração pública em processos administrativos, conforme *caput* do Art. 199, atuando de forma integrada e compartilhada para fins de cadastro e informações fiscais (EC nº 42/03, Art. 37, XXII CF), por meio do sistema Público de Escrituração Digital. Esta permuta, por força da LC 104/01 que acrescentou parágrafo único ao artigo citado, esta autorizada também com Estados estrangeiros nos termos de tratados, acordos ou convênios. Reconhece-se, por meio deste acréscimo, a internacionalização das questões tributárias e assim o poder de enfrentar desafios tais como os privilégios de paraísos fiscais.

5.2 O DIREITO E DEVER CONSTITUCIONALIZAR DE ARRECADAR

A arrecadação tributária é fundamental para viabilizar o Estado. Sem o dinheiro dos tributos não será possível aos governos cumprirem com as atribuições/competências que a nação transferiu ao atual Estado brasileiro. Há o direito subjetivo de arrecadar (credor tributário) e o dever jurídico de cumprir com a obrigação tributária (devedor tributário), esta é a ética cívica tributária. O dever jurídico correlato ao direito referido do Estado é o de empregar todos os meios que o ordenamento jurídico abriga para que a arrecadação ocorra de modo eficiente. Esta eficiência deve ser perseguida, pois em um Estado como o brasileiro, que pretende proporcionar a vivência, ainda que tardiamente, das conquistas de um Estado social, o caminho para financiar as políticas públicas por meio de recursos internos é o da arrecadação tributária.

Buscando no ordenamento jurídico, tem-se que esta eficiência poderá se realizar por meio de ações do credor em dois níveis:

i) processual administrativo – podem-se destacar alguns importantes instrumentos: implementar o mecanismo da substituição tributária, especialmente da modalidade progressiva, reconhecida pela Constituição em seu Art. 150, § 7º; exigência de Certidões Negativas de Débito - CNDs, conforme Art. 193 e Art. 205 do CTN, para participar de licitações, negócios públicos, créditos com instituições oficiais; Inscrição no Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal - CADIN (Lei 10.522/2002); arrolamento administrativo de

bens em processo administrativo (Lei 9.532/97); restrições legais para a compensação de créditos tributários (Lei 9430/96); confissão irretratável para deferir parcelamentos (Lei 10.522/02); fixar prazo de 05 anos para pedido de restituição (LC118/05 e Art. 168 CTN) diante de lançamento por homologação.

ii) processual judicial – podem-se destacar alguns importantes instrumentos: produzir título executivo extrajudicial pelo não pagamento de tributo inscrito em dívida ativa, conforme artigos 201 e 204 do CTN e Art. 585, VI do CPC, para promover a Execução Fiscal (Lei 6.830/80); garantia de que a totalidade do patrimônio do devedor responde pelo crédito tributário, incluindo-se os gravados por ônus real ou cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, independentemente da data da constituição, conforme Art. 184 do CTN; qualquer forma de fraude contra credores (Arts. 158 a 165 do CC) ou fraude à execução (Art. 593 do CPC) verificada até a data da inscrição em dívida ativa tem presunção relativa de fraude nos termos do Art.185 do CTN; autorização para penhora eletrônica, conforme Art. 185-A do CTN, trazido pela LC 118/2005; Medida Cautelar Fiscal (Lei 8.397/92) que leva à indisponibilidade de bens; ao concorrer com créditos de outra natureza, o crédito tributário terá preferência nos termos dos Arts. 186 e 190 do CTN; adjudicações, partilhas, obrigações do falido serão extintas mediante a comprovação de pagamento dos tributos, conforme prescrevem as normas dos Arts. 191 e 192 do CTN.

Diante do exposto, mesmo que sem a pretensão de enumerações exaustivas, conclui-se que os governos não podem eximir-se de buscar, de modo eficiente, a arrecadação. Há no ordenamento jurídico normas que possibilitam alcançar tal meta. Evidentemente, o contribuinte também está cercado de proteções jurídicas para controlar as ações administrativas arrecadatórias, realizadas sem amparo constitucional ou legal. Face ao corte desta pesquisa, não serão abordadas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema tributário brasileiro pode buscar na Ciência Econômica e na Ciência da Administração parâmetros para alcançar mais eficiência na instituição, arrecadação e fiscalização de tributos. Entre eles, indicou-se a simplicidade, neutralidade, progressividade e equidade. São importantes referências, mas devem ser considerados a partir do Regime Jurídico Tributário Constitucional, uma vez que, neste nível normativo, estão as normas e valores dirigidos ao exercício da competência tributária e aos contribuintes, positivados a partir de um processo legislativo democrático e de direito.

Diante do sistema jurídico brasileiro e dos parâmetros referidos, pode-se concluir que nenhum deles está presente em nível que permita afirmar que a tributação seja eficiente. Esta constatação tem reflexos no âmbito empresarial, fazendo com que seja necessário incluir na

pauta de estratégias empresarias investimentos na gestão tributária com intenção de diminuir a vulnerabilidade fiscal. Este índice é importante, especialmente, para a gestão de qualidade das empresas diante de seus acionistas, fornecedores, consumidores, colaboradores e do Estado.

Diante dos inúmeros instrumentos de fiscalização e garantias fiscais disponíveis para controle da arrecadação, pode-se afirmar que os governos estão cada vez mais presentes no domínio econômico-tributário. Tal decisão decorre de um dever constitucional de compor as receitas públicas, pois é por meio delas que será possível promover despesas que viabilizem as conquistas de um Estado social.

Para melhorar a relação fiscal é necessário que o valor ético da transparência seja compromisso entre os governos e os contribuintes. Este é um passo importante, além de considerar os parâmetros econômicos referidos, para vivenciar a eficiência na acepção jurídica, política, econômica e empresarial, analisadas nesta pesquisa.

Quanto ao aspecto de transparência na atuação estatal, a tributação deve respeitar o regime tributário constitucional para que as receitas sejam legítimas. Este valor deve permear não só a arrecadação, mas, também, os gastos públicos para qualificá-los como investimentos. Assim, os governos devem nortear suas políticas públicas conforme políticas do Estado, já priorizadas no texto constitucional de 1988, e que podem ser indicadas como realizadoras dos valores mínimos e comuns de uma sociedade plural como é a brasileira.

A presente pesquisa indica vários caminhos a serem ainda investigados a partir de relações interdisciplinares. Na atualidade, ainda são tímidos os estudos neste sentido. Para avançar, será preciso enaltecer estudos sobre a busca pela efetividade do Direito diante das relações humanas e, especialmente, diante da tributação, deve-se levar em consideração a complexidade da racionalidade econômica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAUDIN, Louis. **Estatização ou economia livre?**: a aurora de um novo liberalismo. Tradução Maria Elizabeth de Carvalho. São Paulo: Tangará, 1978.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CORTINA, Adela. **Ética de la empresa**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

FONSECA, Nayá. **Reforma tributária**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articulos/8558/1/tendencias-do-direito-tributario>>. Acesso em: 13 out. 2009.

GALLO, M.F.; PEREIRA, C.A.; LIMA, E.M. **Mensuração da carga tributária efetiva: existem divergências entre os enfoques econômico e contábeis?** In: 30º Encontro da ANPAD, 2006, Salvador/BA, 2006. CD-ROM.

GALVES, Carlos. **Manual de economia política atual**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GRZYBOVSKI, Denise; HAHN, Tatiana Gaertner. **Educação fiscal**: premissa para melhor percepção da questão tributária. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n5/a05v40n5.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2009.

HOFFMANN, Rodolfo. Distribuição de renda e crescimento econômico. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v15n41/v15n41a07.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Receita pública**: quem paga e como se gasta no Brasil. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_presidencia/09_06_30_ComunicaPresi_22_ReceitaPublica.pdf>. Acesso em: 19 nov.2009.

MAXIMILIANO, Antonio Cesar Amaru. **Introdução à administração**. São Paulo: Atlas, 2008.

MOORE, M.H. **Criando valor público**: gestão estratégica no governo. Tradução P.G.Vilas-Boas Castro e Paula Vilas-Boas Castro. Rio de Janeiro: Uniletras, 2002. Brasília, DF: ENAP, 2002.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação e política fiscal. In: BARRETO, Aires Fernandino et al. **Segurança jurídica na tributação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 557-579.

PINHEIRO, Luana et al. **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/005/00502001.jsp?ttCD_CHAVE=563>. Acesso em: 18 nov. 2009.

VASCONCELOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

A CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E IDEOLÓGICA DO TRIBUTO: DO PENSAMENTO LIBERAL E SOCIALDEMOCRATA À PÓS-MODERNIDADE

Maurin Almeida FALCÃO

1 INTRODUÇÃO

O tributo na sua fase contemporânea, inaugurada com o advento do princípio do consentimento inerente ao Estado moderno, demonstrou a sua permeabilidade aos fatos políticos, econômicos e sociais que marcaram a evolução da sociedade do Século XIX. Desde cedo, foi atrelado ao vigoroso debate sobre a dimensão do sacrifício fiscal, formando uma união indissociável com o pensamento político predominante, chegando até mesmo a exercer um fascínio sobre aqueles que se debruçaram sobre a matéria.

No mesmo compasso, a ruptura do modelo liberal do Estado mínimo para o modelo do Estado social ocorrida no século XIX, na fase seguinte à Revolução Industrial, inaugurou um novo período no perfil do Estado, o do intervencionismo fiscal, cujos desdobramentos trariam em seu bojo o embate entre diferentes percepções do tributo. Esse contexto colocou em campos opostos o pensamento liberal e a social

democracia e sinalizou um novo e promissor marco teórico da tributação, que seria aquele destinado a sustentar a construção do Estado social. No tempo da primazia do liberalismo clássico, a eclosão da Revolução Industrial revelou a incapacidade do mercado em promover o bem-estar dos indivíduos, expondo, dessa forma, as mazelas provenientes da relação desequilibrada entre o capital e o trabalho. Esse desequilíbrio exigiu a presença do Estado como forma de suprir as lacunas do mercado liberal. Daí porque o advento do Estado intervencionista, por meio das funções de alocação, distribuição e estabilização, seria responsável pela gênese de uma rica produção jurídica voltada para a questão social, que conheceria seu apogeu na Alemanha de Bismarck. A burocracia social alemã abriria uma nova era para os Estados intervencionistas

e demonstraria que somente o Estado seria o grande provedor natural das necessidades dos indivíduos.

Com efeito, as clivagens entre o liberalismo clássico e o Estado intervencionista deram origem a diferentes visões dos tributos como mecanismos da atuação estatal. Para os liberais, o sacrifício fiscal decorria do preço pago pelo cidadão para a sua segurança e pelos serviços prestados pelo Estado. Estaríamos, assim, diante de um pacto tácito estabelecido entre o contribuinte e o Estado cuja relação decorreria do contrato social. Nesse caso, os indivíduos alienariam uma parte de sua liberdade e de seus bens em proveito do Estado. Essa abordagem daria lugar, nos dias atuais, ao princípio da equivalência, segundo o qual a repartição da carga tributária se faria em função da utilidade que cada indivíduo obtivesse dos bens públicos consumidos.

Por sua vez, os socialistas estabeleciam o tributo como um mecanismo de solidariedade social, favorecendo, dessa forma, o aperfeiçoamento do princípio da capacidade contributiva dos indivíduos e a instituição da progressividade do imposto. Estavam, assim, lançadas as bases doutrinárias da tributação, que, sem dúvida alguma, delimitaram um notável campo de estudo da ciência fiscal.

Tendo em vista, portanto, a dinâmica dos mecanismos de tributação, este trabalho demonstrará, em um primeiro momento, a formação do pensamento tributário liberal à luz dos pressupostos do Estado mínimo. Em um segundo momento, se ocupará dos fundamentos basilares da tributação no Estado moderno, traduzidos no princípio do consentimento, o que legalizaria o poder tributante estatal. Em seguida, com o objetivo de encontrar as respostas para as indagações a respeito das diversas tendências verificadas no seio da escola liberal, será importante prosseguir na presente análise por intermédio da descrição do pensamento fisiocrata e de Henry George, responsáveis pelo surgimento da utopia fiscal do imposto único sobre a terra. Uma vez revisto o liberalismo agrário dos fisiocratas, o trabalho apresentará a consolidação do tributo liberal na fase marcada pelos novos modos de produção trazidos pela Revolução Industrial e que foram determinantes para a evolução das estruturas tributárias. É importante notar que essa fase foi marcada pelo dilema entre imposto sobre a renda e livre-comércio, o que viria a criar uma divisão na unidade liberal. Essas clivagens serão objetos de descrição em um tópico específico. Finalmente, a passagem do Estado mínimo para o Estado intervencionista, a qual seria responsável pela sustentação da sociedade solidária, cujo princípio basilar seria o da capacidade contributiva, dando início, assim, à fase socialdemocrata da tributação. Nesse aspecto, serão apresentadas as variáveis que deram origem ao Estado intervencionista, o que culminou em um período fértil marcado pelos debates contraditórios entre a abordagem liberal e socialdemocrata do tributo.

2 A FORMAÇÃO DO PENSAMENTO TRIBUTÁRIO LIBERAL

O debate acerca da dimensão do tributo na sociedade no fim do século XIX ocorreu sob a influência de doutrinas provenientes de diversos horizontes. A partir de uma visão construída em período de vasta contribuição do pensamento dominante, seu conteúdo econômico, político e social foi consolidado de tal forma que são inequívocos os seus efeitos sobre as gerações que dominaram a retomada do pensamento liberal até mesmo nos estertores do século XX. Enquanto produto da vida em sociedade, o tributo foi modelado, em sua fase moderna, nas lições do contratualismo, tendo a partir daí sofrido a influência das correntes políticas que, a sua maneira, demonstraram percepções diferentes sobre o financiamento do Estado. Em seu notável trabalho acerca das doutrinas e ideologias do tributo, Bouvier evidenciou que este seria um fato de sociedade, um fenômeno social e que estaria no centro dos aspectos fundamentais que compõem a essência das sociedades¹. Dessa lição provêm as justificativas para as influências que a tributação sofreu em todas as etapas da evolução da vida social. Nenhuma corrente ideológica ou doutrinária ficou alheia ao pujante processo de edificação teórica do tributo e, a partir dali, procurou moldar a estrutura do sistema impositivo, segundo as suas convicções. Em sua antológica obra sobre a história do imposto, Ardant escreve sobre o espírito da tributação no século XIX, afirmando que “*L’infrastructure économique du système fiscal européen du XIX siècle ne doit pas faire méconnaître sa signification politique*”. Nesse entendimento, o autor enfatiza, ainda, a significação social e econômica do imposto naquele século, demonstrando a submissão do mesmo um jogo de interesses².

Talvez o abandono das valiosas lições daquele fértil período, em determinado momento, tenha sido a causa de diversos problemas que afligem os atuais sistemas tributários. Sem dúvida, as bases teóricas da tributação foram lançadas sob a influência de uma plêiade de liberais que já vislumbravam a necessidade de adoção de tributos justos e exigidos segundo a faculdade contributiva do cidadão, com uma interferência na vida econômica.

Não obstante a preciosa contribuição dos liberais à formação do debate, não são poucas as críticas açodadas e desprovidas de conhecimento relativo à essência da doutrina. O comodismo da adesão às promessas de liberdade do Estado intervencionista, por aqueles que desconheciam até mesmo os fundamentos desta doutrina, levou um sem número de indivíduos a hostilizarem os adeptos do liberalismo e, por meio de um processo de manipulação do processo democrático, obtiveram o suporte político, mediante o voto, e assim usurparam o Estado social como forma de manutenção do poder. Sem dúvidas, o expressivo financiamento dos gastos sociais, bancado por toda a sociedade, passou a servir a um grupo de dominação que, mesmo abominando o assistencialismo, dele se vale para a manutenção do poder político; esse aspecto tem

1 BOUVIER, Michel. **Introduction au droit fiscal et à la théorie de l’impôt**, p. 113.

2 ARDANT, Gabriel. **Histoire de l’impôt**, p. 350.

determinado o perfil do sacrifício fiscal nos atuais sistemas tributários. Essa investida sobre o contribuinte-cidadão, além de degradar as bases econômicas e inibir a livre iniciativa, despertou a atenção dos liberais, que passaram a pregar a necessidade de volta ao Estado mínimo. Foram esses os embates que permearam a sociedade no século XX, cujas bases doutrinárias remontam ao tempo das luzes.

3 OS FUNDAMENTOS BASILARES DA TRIBUTAÇÃO NO ESTADO MODERNO: O ADVENTO DO PRINCÍPIO DO CONSENTIMENTO

O ocaso do absolutismo monárquico representou a cisão entre a noção de fazenda pública e a fazenda do soberano, culminando, como ressaltou Palmeira, na transformação do regime tributário no Estado moderno.³ A partir daí ficou entendido que qualquer exigência de tributos não poderia ocorrer sem o consentimento do povo, mas por meio do parlamento enquanto representante do cidadão-contribuinte. Assim, surge o princípio do consentimento, que legitima, a partir de então, o poder tributante do Estado. É preciso notar que, embora este princípio tenha-se firmado a partir dos Estados gerais na França e no Parlamento da Inglaterra, o princípio do “*No taxation without representation*” teve suas origens nos direitos tradicionais dos ingleses e cujas origens estavam na Magna Carta do Rei João Sem-Terra, no Século XIII. Por isso, os habitantes das treze colônias americanas, ao se queixarem das taxas impostas pelo Parlamento, sem o seu consentimento, recorreram àqueles direitos já incorporados no espírito saxônico.

Locke asseverou que o “pretense exercício do poder de lançar impostos sobre o povo, sem por ele estar autorizado, invade a lei fundamental da propriedade e subverterá o objetivo do governo”.⁴ Todavia, o discurso predominante não visava ao aniquilamento do poder tributante, mas à sua reafirmação como instrumento decorrente do poder de coação do Estado, porém, estabelecido pela via legal. Não havia mais lugar para uma sociedade sem imposto. Embora fosse atentatório à liberdade individual, o dever cívico de pagar imposto tinha o papel fundamental de evitar a anarquia e o totalitarismo por contribuir ao fortalecimento da vida social. Nesse diapasão, o princípio da legalidade decorrente do consentimento expresso do cidadão foi, de uma vez por todas, consolidado dentro do Estado moderno, passando a ser indissociável da noção de sacrifício fiscal, ratificando, dessa forma, as bases do contratualismo.

Com efeito, a passagem do Estado de natureza para o do contrato tácito estabelecido entre os indivíduos nos leva à gênese da teoria positiva do Estado, que supõe a renúncia da liberdade individual em proveito da coletividade. Detentora do poder de coerção legítima por dispor, em

3 PALMEIRA, Marcos Rogério. **Direito tributário versus mercado:** o liberalismo na reforma do Estado brasileiro nos anos 90, p. 73.

4 Apud PALMEIRA, Marcos Rogério. Op. cit., p. 79.

um determinado território, do monopólio da coação legal, essa incipiente organização social teria como função essencial assegurar a ordem e equilibrar conflitos de interesse⁵.

A teoria do Contrato Social, pacto sobre o qual repousa a sociedade, ao impor um sacrifício aos indivíduos, assegurava, em contrapartida, os direitos inerentes à liberdade e à eficiência coletiva, que somente uma vida em sociedade poderia proporcionar. Todavia, o conjunto das relações decorrentes desse contrato tácito, que deu origem ao princípio do consentimento e se situa na base da democracia dos Estados modernos, nos remete à afirmação inexorável de Salin, segundo a qual “a soberania da maioria é uma versão civilizada da lei do mais forte”.⁶ Com efeito, as distorções do processo eleitoral levariam a uma modelagem do sistema tributário que poderia não traduzir em realidade o interesse de determinados segmentos da sociedade, como se verifica hodiernamente. A despeito dessas contradições, naquele momento, a formalização do poder tributante do Estado ocorreu sob a vigilância estrita dos liberais.

4 O TRIBUTO A PARTIR DA PERCEPÇÃO DOS FISIOCRATAS E DE HENRY GEORGE: A EMERGÊNCIA DE UMA UTOPIA

De forma incontestável, o debate liberal acerca da função do imposto na sociedade contratualista teve forte influência da fisiocracia. Contudo, esta influência decorreu mais da ruptura entre um discurso e outro, uma vez que os horizontes da corrente fisiocrata eram considerados excessivamente conservadores e limitados na visão dos liberais. A doutrina fisiocrata surgiu das lições de François Quesnay (1694-1774), médico e economista francês, que no seu *Tableau économique* buscou demonstrar que a terra seria a única fonte de toda a riqueza, que a economia estava submetida à ordem natural das coisas e que essa harmonia não poderia ser rompida.

Para os adeptos desta escola, toda riqueza provinha da terra, a indústria apenas diversificaria o produto e o comércio o distribuiria⁷. Essas lições deram origem ao liberalismo agrário e influenciariam, indiretamente, o debate liberal-tributário que marcaria o início do século XIX. Com efeito, a agricultura deveria ser sistematicamente incentivada e desenvolvida, pois seria a única capaz de fornecer uma receita líquida, segundo a concepção fisiocrata, que estaria na base do conceito moderno de renda nacional⁸. A teoria da receita líquida fisiocrata decorria da diferença entre a riqueza obtida pelos atos de produção e a riqueza despendida na produção, gerando, dessa forma, um produto líquido. Assim, a riqueza criada seria superior à riqueza destruída e, por sua vez, seria distribuída no circuito econômico. A noção de renda líquida foi

5 WOLFELSPERGER, Alain. **Economie Publique**, p. 17.

6 SALIN, Pascal. **L'arbitraire fiscal**, p. 34.

7 COTRIM, Gilberto. **História global: Brasil e Geral**, p. 270.

8 LAJUGIE, Joseph. **Les doctrines économiques**, p. 15.

aperfeiçoada na medida em que os fisiocratas pregavam que a venda de produtos agrícolas, a um bom preço, aumentaria a margem de lucro dos agricultores, sendo obtida graças ao jogo da livre concorrência tanto no plano interno quanto externo. Cabe ressaltar que esta visão fisiocrata do livre-cambismo influenciaria o perfil dos sistemas tributários ainda no século XIX, em função da necessidade de redução de tarifas aduaneiras, como se verá mais adiante.

A partir desse pressuposto, são identificadas, sem dificuldades, as razões da proposta fisiocrata para a criação do imposto único incidente sobre a terra, esta como a única fonte geradora de riquezas. A base deste imposto único seria, portanto, a renda líquida dos agricultores. Os demais integrantes do circuito econômico se beneficiariam deste movimento circulatório que se encarregaria de distribuir a riqueza gerada na sociedade.

A utopia do imposto único sobre a terra não seria uma exclusividade dos fisiocratas. O *Single Tax on Land* faria parte também da pregação do socialista americano Henry George (1839-1897), cujas bases teóricas foram registradas em sua notável obra *Progress and Poverty*, publicada em 1879⁹. Em suas lições, Henry George asseverava que os impostos tendem a sufocar o crescimento e a prejudicar os interesses dos pobres, como é o exemplo do imposto sobre os rendimentos, responsável pela produção do desemprego¹⁰. Por isso, apenas um imposto único sobre a terra deveria ser exigido, uma vez que esta “existia em quantidades limitadas, criava uma renda imerecida, fazia com que os proprietários de terra explorassem os demais e conduzindo ao monopólio”, sendo responsável, portanto, por toda a pobreza existente, devendo, por isso, ser taxada de forma vigorosa.

Embora todo o seu discurso tenha sido pontilhado pela pregação social, Henry George tecia loas às virtudes do livre-comércio, o que lhe emprestava uma conotação liberal, conforme verificado em uma outra importante obra de sua lavra, *Protection or Free-trade*, publicada em 1886. Vislumbra-se, nesse caso, o estabelecimento de uma conexão entre o seu pensamento e aquele expandido pelos fisiocratas. Esse entendimento é ainda mais reforçado quando se depara com a sua busca pela conciliação entre “os imperativos do *laissez-faire* e do liberalismo”, com o intuito de se buscar uma reforma social sincera. Nesse aspecto é possível estabelecer uma certa relação com a pregação de Friedrich von Hayek, que, no primeiro quarto do século XX, ressaltava que a liberdade individual não seria contida pelas falsas promessas de liberdade do Estado-providência.

A análise do discurso e da obra de Henry George revela uma preocupação permanente com a repartição das riquezas e notadamente na correlação que há entre a renda proveniente da terra, o capital e o trabalho. Por acreditar que a riqueza se encontrava na terra em função direta do crescimento contínuo do seu valor, Henry George entendia que a única forma de romper o

9 Disponível em: <<http://www.liberal-social.org/henry-george>>. Acesso em: 23 abr. 2007.

10 Ibidem.

binômio progresso/pobreza seria tornar comum a propriedade da terra¹¹. Por isso, pedia a abolição de todos os impostos, salvo aquele incidente sobre a renda proveniente da terra. A dimensão do discurso social de Henry George é verificada, sobretudo, na sua obra quando evidencia seu intuito de estabelecer uma enquête sobre a causa das crises industriais e o crescimento da miséria no meio do crescimento da riqueza, propondo, em consequência, um paliativo para o quadro de injustiça social verificado à época.

5 O TRIBUTO NA IDEOLOGIA LIBERAL DO SÉCULO XIX E O DISCURSO DO ESTADO-MÍNIMO

Os princípios basilares do liberalismo nos remetem à defesa dos valores incontestáveis do mercado, do direito à propriedade e da livre iniciativa; foram esses os pressupostos transportados para o universo da tributação. Nesse diapasão, o tributo surge como forma de intervenção estatal, produzindo desequilíbrios e desencadeando efeitos nefastos sobre o bem-estar dos indivíduos em razão direta do sacrifício fiscal de cada um. Na visão liberal, inexistiria o sacrifício decorrente da relação Estado-contribuinte, uma vez que esta estaria sob a égide da teoria do benefício ou princípio da equivalência, segundo a qual o ônus tributário decorreria, justamente, da contrapartida direta oferecida pelo Estado. Proudhon ensinou em sua obra clássica, *Théorie de l'impôt*, publicada em 1868, que o imposto não seria nada mais do que uma troca:

*L'impôt, ou par mieux dire le système des dépenses et des recettes du gouvernement, n'est au fond qu'un échange. Ce que le pouvoir donne aux citoyens en service de toutes sortes doit être l'équivalent exact de ce qu'il leur demandait soit en argent, soit en travail ou en produits*¹².

Assim, o tributo seria somente um preço pago pelo contribuinte por esta contrapartida. De compreensão complexa no atual sistema de sociedade solidária, cujo marco seria o princípio da capacidade contributiva, a utilidade retirada pelo indivíduo da contrapartida que o Estado lhe oferecia seria o parâmetro do sacrifício fiscal. Esta era a base do Estado mínimo, que deveria assegurar a proteção aos indivíduos e o direito à propriedade.

É importante observar que esta percepção conduz à origem do que seria a pregação do Estado mínimo verificada à medida que o debate sobre a missão do tributo na sociedade ganhava envergadura. O contrato tácito firmado entre os indivíduos com vistas, justamente, ao financiamento daquela incipiente organização social, culminaria no surgimento da Teoria do Imposto-preço. Nesse sentido, o tributo seria o preço suportado pelos indivíduos em decorrência da contrapartida oferecida pelo Estado. Portanto, a teoria também denominada de “im-

11 BOUVIER, Michel. Op. cit., p. 166.

12 Ibidem, p. 192.

postó-troca” firmou a noção do *État Gendarme*, voltado exclusivamente para as suas funções clássicas. Verifica-se que, de forma gradual, a abordagem preconizada pelos liberais se revestia de contornos próprios, o que lhe emprestava a coerência e a perenidade que marcariam as clivagens entre liberalismo e intervencionismo por todo o século XX. Não obstante a diversidade de ideias, que foram evoluindo de acordo com a própria sociedade, o liberalismo mantinha o seu núcleo duro ao defender, conforme Locke, o conjunto de direitos inalienáveis do indivíduo, a liberdade, a propriedade e a vida¹³.

Foi, por meio desta via, que foram sedimentados os princípios que nortearam a construção do pensamento liberal-tributário. É relevante verificar que a conciliação desses direitos inalienáveis exigiu da intelligentsia liberal um árduo exercício de economia política e à medida que se avança nessa direção, uma importante cisão foi verificada nas hostes liberais. A busca por um modelo de sistema tributário capaz de favorecer essa conciliação não encontrou a unanimidade necessária em face da riqueza da doutrina. Porém, um esforço de síntese não deve ser abandonado. Analisando a questão a partir da distância de mais de um século, Sterdyniak definiu os limites entre o modelo liberal e socialdemocrata dos sistemas tributários, ao afirmar que a configuração desejável do sistema tributário depende da opinião que se tem sobre a otimização do funcionamento espontâneo de uma economia de mercado¹⁴.

O desenvolvimento lógico desta assertiva nos levaria a outras situações, nas quais estariam presentes variáveis tais como a eficiência econômica, a distribuição da renda e das riquezas e o crescimento com vistas ao pleno emprego.

Os pilares da doutrina do liberalismo nos remetem aos aspectos relativos à vida em sociedade, que, a partir da doutrina do *laissez-faire*, tem seus fundamentos assentados na liberdade que os indivíduos têm para buscar no mercado o seu bem-estar e auferir as vantagens que consideram como resultantes de suas competências. É a própria essência da definição do homem econômico, porque para Paulani, “existe uma natureza humana escapável que condena o homem desde sempre a buscar riqueza e a agir movido por tal interesse”¹⁵. Ao Estado, caberia apenas garantir o direito à propriedade e à liberdade e a proteção àqueles que, tendo renunciado à sua liberdade individual em prol de uma vida coletiva, aderiram ao contrato social.

O surgimento do *Etat Gendarme* passou a exigir, em decorrência exatamente da evolução da vida social, os meios necessários à sua manutenção. Naquele modelo rudimentar de vida coletiva os indivíduos buscariam suas realizações e vantagens e encontrariam no mercado os mecanismos necessários ao equilíbrio da produção e da distribuição da renda por meio da mão invisível reguladora dessas forças¹⁶.

13 Disponível em: <<http://afilosofia.no.sapo.pt/11Liberalismo.htm>>. Acesso em: 03 ago. 2007.

14 STERDYNIAK, Henry et al. *Vers une fiscalité européenne*, p. 35.

15 PAULANI, Leda. **Modernidade e discurso econômico**, p. 62.

16 PEREIRA, José Matias. **Finanças públicas**, p. 80.

O mercado seria, então, o único meio para os indivíduos alcançarem o seu bem-estar econômico. A partir dessa ótica, o sistema de direito teria a missão de tornar possível o funcionamento de uma economia de mercado por meio da elaboração de um sistema legal voltado para a preservação desses valores.

6 O TRIBUTO NOS PARÂMETROS LIBERAIS

O fato de o tributo ter acompanhado todo o processo de evolução das sociedades fez com que sua influência permeasse o debate de expressivos pensadores do liberalismo clássico. A contribuição é ainda mais significativa quando se depara com a diversidade dos horizontes propostos por notáveis personagens do universo liberal, tais como Smith, Say, Bastiat, Proudhon e Leroy-Beaulieu. As lições emanadas desses liberais definiram os limites do sacrifício fiscal ao permitir uma melhor compreensão do fenômeno tributário e de seus efeitos sobre a liberdade e a propriedade privada. Entretanto, a convicção liberal demonstrava, talvez, uma contradição acerca da necessidade do tributo. Se, por um lado, a prestação pecuniária exigida do cidadão-contribuinte atentava contra essas liberdades, por outro, seria o sistema impositivo o único meio de assegurá-las por permitir o fortalecimento do Estado. Por isso, não havia, nos perímetros da doutrina liberal, unanimidade acerca da existência de sociedade sem imposto. Não era esse, aliás, o objetivo do contrato social. A construção liberal procurou, então, definir os contornos do sistema tributário a partir do fascínio que o paradoxo entre o dilema ordem e liberdade, aceitação ou rejeição ao tributo, tinha sobre os pensadores liberais.¹⁷

A configuração do sistema tributário na ideologia liberal foi delineada a partir da necessidade de adaptação aos novos modos de produção e de comercialização introduzidos pela Revolução Industrial, o que importou em uma rejeição ao modelo fisiocrata. Lajugie, por exemplo, colocou em campos distintos as correntes liberais, após três séculos de domínio dos princípios mercantilistas, tendo sido aquela responsável por uma reação ideológica importante. Nesse aspecto, sua análise é iniciada pelo liberalismo agrário do século XVIII, cujas bases estavam assentadas na doutrina fisiocrata. Todavia, a partir dessas mesmas bases, uma “teoria econômica completa e coerente seria elaborada por autores ingleses e franceses do século XVIII”, inaugurando a Escola clássica.¹⁸ A partir de duas revoluções, a Industrial e a Francesa, as quais Lajugie considerou uma técnica e a outra jurídica, respectivamente, vê-se que foram lançadas as bases do liberalismo industrial, tornando-se um campo fértil para o florescimento da cultura liberal. Sem dúvida, essa nova perspectiva iria enriquecer o debate sobre o papel do imposto nas novas estruturas econômicas e sociais em mutação.

17 BELTRAME, Pierre. *La pensée libérale et l'impôt au XIXe. siècle en France*, p. 24.

18 LAJUGIE, Joseph. Op. cit., p. 15

A transição do pensamento liberal repercutiu de forma significativa na relação Estado-contribuinte, a exemplo do que viria a ocorrer ainda naquele século, por ocasião do advento do intervencionismo, como será demonstrado em tempo oportuno. Inaugurada a era industrial, as preocupações estavam dirigidas às necessidades de preservação das leis do mercado e às perspectivas oferecidas pelo livre comércio. O surgimento desta corrente “industrial” significou a ruptura parcial com o pensamento fisiocrata porquanto este defendia igualmente os valores do livre mercado e do livre-cambismo. Nesse aspecto, há uma convergência com o discurso de Adam Smith (1723-1790), no qual os efeitos da mão invisível não se produziriam sem a reunião dos princípios do livre comércio aplicados tanto no plano nacional quanto internacional. No período de adaptação aos novos modos de produção e de comercialização, os consumidores passaram a ter um papel essencial na dinâmica liberal e, ainda, conforme ressalta Beltrame, ao exprimir as suas preferências sobre o mercado, orientariam a produção. Ora, esse encadeamento econômico e político levaria Smith a formular as quatro regras consideradas imprescindíveis para o que seria uma tributação ótima¹⁹. Acerca dessas regras, consideradas como qualidades indispensáveis ao tributo, *equality, certainty, convenience and economy*, Bastable²⁰ se manifestou no sentido de defini-las como sendo as quatro máximas de Smith, *the canons of taxation*, e assim se referiu: *Though fully in harmony with the spirit of the 18th century, they have not been found inapplicable to modern conditions, and in spite of much hostile criticism bid fair to hold their ground in the future.*

Outra contribuição importante dos liberais se deu por meio de Jean-Baptiste Say (1767-1832), que em seu **Tratado de Economia Política** esboçou os parâmetros da tributação liberal ao criar cinco regras a partir das quais deveriam ser assentados os sistemas tributários²¹. Segundo o autor, os melhores impostos, ou os menos ruins, deveriam ser moderados quanto a sua carga, aqueles que significassem o menor possível da carga que pesa sobre o contribuinte sem trazer benefícios ao tesouro público. Enumerou, ainda, aqueles cujo fardo é repartido de forma equânime para que prejudique o mínimo possível a reprodução e que possam ser, de preferência, favoráveis do que contrários à moral e aos hábitos úteis da sociedade.

Por meio de suas regras, Say expôs os princípios que se revelaram, mais tarde, como sendo inerentes à noção de justiça fiscal; dentre eles, a progressividade e a limitação da tributação indireta sobre os produtos considerados de luxo ou considerados danosos para a saúde física e moral do povo, como o álcool e o tabaco. Ao notar que determinados tributos poderiam ser utilizados como meio de repressão, de forma independente dos recursos proporcionados ao Estado, Say vislumbrou o caráter extrafiscal do tributo, o que viria a dar origem, na tributação

19 BELTRAME, Pierre. Op. cit., p. 28.

20 BASTABLE, Charles. **Public Finance**, 1917.

21 SAY, Jean-Baptiste. **Tratado de Economia Política**, p. 417.

moderna do século XX, ao *Excise Tax*, recepcionada em diversos sistemas tributários com denominações diferentes tais como tributação analítica, seletiva ou de consumo especial.

Apesar de sua pregação por um imposto declarativo e progressivo sobre a renda, o mais equânime possível, Say não era partidário do imposto único. Na sua irreprochável lição, os impostos indiretos teriam um papel limitado ao universo da extrafiscalidade. Por isso, pregava a supressão ou a redução dos impostos incidentes sobre os produtos considerados de primeira necessidade e sobre os produtos importados, com o intuito de não desencorajar o consumo ou privar a economia nacional do benefício do livre-comércio²². Convém observar que essa abordagem de Say se distancia da pregação fisiocrata, guardando, contudo, as mesmas preocupações com a manutenção do livre-comércio. Em realidade, ao propor a supressão dos direitos aduaneiros e do modelo de tributação sobre a terra de origem fisiocrata, por meio da aplicação de impostos moderados sobre o consumo interno e um imposto sobre a renda, Say consolidava o projeto tributário liberal.

No impulso do profundo debate liberal, Frédéric Bastiat (1801-1850), a partir da leitura do **Tratado de Economia Política** de Say, contestou, até mesmo, o papel do Estado, que ele considerou como “grande ficção através da qual todo mundo se esforça para viver às custas de todo mundo”. Ao se situar nas fileiras daqueles que defendiam o livre-comércio, Bastiat apontava os perigos do protecionismo uma vez que esse é justificado pela preocupação em defender a atividade econômica nacional e proporcionar, ao mesmo tempo, as receitas públicas indispensáveis. Contudo, essa prática não chegaria a qualquer resultado uma vez que os consumidores pagariam mais por produtos que poderiam ser adquiridos em outros países a preços menores. Para ele, a única forma de conciliar o desenvolvimento da atividade econômica e o rendimento do imposto, seria a supressão dos direitos aduaneiros e a adoção de impostos sobre o consumo, com alíquotas *ad valorem*. No seu discurso, Bastiat remeteu a questão ao ideal de neutralidade econômica, juntando-se, assim, a Say e aos liberais ingleses. Sem dúvida, ao sustentar a supressão de todos os obstáculos que poderiam limitar o jogo da livre concorrência, somente a mão invisível poderia revelar as harmonias econômicas do mercado²³.

Outro liberal de têmpera que se juntou ao pensamento dominante foi Leroy-Beaulieu (1843-1916) que, em plena atividade acadêmica no final do século XIX, período dominado pelas ideias intervencionistas de cunho econômico e social, se mostrava preocupado com esse novo campo de atuação do Estado. Ao defender o direito à propriedade, Leroy-Beaulieu estabeleceu uma concepção de imposto segundo a qual seria necessário conciliar as posições liberais e conservadoras, com vistas a atenuar as “audácias fiscais do pensamento liberal”, conforme observa Beltrame. Ao demonstrar que “o imposto progressivo é arbitrário no sentido de que

22 BELTRAME, Pierre. Op. cit., p. 31.

23 Ibid., p. 33.

não se saberia como fixar a progressão ou aonde interrompê-la. Se ela não é interrompida, acabará por absorver a totalidade da renda”, Leroy-Beaulieu expõe suas desconfianças acerca da tributação sobre a renda, o que o remete às lições fisiocratas quando insiste na instituição de um imposto sobre a renda líquida das terras e à limitação dos direitos aduaneiros.

A reação de Leroy-Beaulieu à progressividade anteviu um problema que afeta os atuais sistemas tributários. Quais seriam os limites dessa progressividade e qual seria a fronteira entre a capacidade contributiva e o confisco? O dilema é ainda mais perverso quando se verifica a inexistência dessa definição em um sem número de sistemas legais, trazendo insegurança jurídica à relação deteriorada entre Estado-contribuinte. Além disso, um debate a respeito dos efeitos nocivos da progressividade vem ganhando corpo desde a segunda metade do século XX, em função da necessidade de inserção internacional dos sistemas tributários diante do processo globalizante, do novo modelo de financiamento do Estado e das injunções dos organismos multilaterais.

A adoção de conceitos já pacificados é um risco para a análise científica da evolução do tributo na sociedade, como é o caso de debate unânime em torno da progressividade. Os efeitos ambíguos dos tributos nos meios econômicos e sociais são vastos, e a teoria macroeconômica tem procurado demonstrá-los sob diversos ângulos. Assim, conceitos considerados consolidados na análise jurídica do tributo revelam serem possuidores de faces múltiplas na abordagem econômica. É o exemplo do princípio da progressividade que, por um lado, assegura a noção de justiça fiscal, mas, por outro, atenta contra princípios decorrentes da lógica do mercado, dentre eles, a necessidade de utilização do tributo com o objetivo de corrigir as imperfeições desse mesmo mercado. Os efeitos decorrentes da progressividade, aliados às consequências, por exemplo, de uma alíquota marginal, reduziram a capacidade econômica dos indivíduos, inibindo o consumo de produtos de um determinado segmento econômico, gerando, em consequência, uma desaceleração do consumo, a queda da arrecadação dos tributos e o desemprego. Além disso, incentivaria a ociosidade, uma vez que determinados contribuintes seriam induzidos a reduzir suas atividades em razão da incidência tributária. Ao modificar as opções de consumo, de produção, de trabalho e de investimento, os tributos demonstram o lado perverso do intervencionismo estatal.

É importante verificar que toda a discussão relativa às modalidades tributárias que se apresentavam diante dos liberais, como se verificou acima, são ainda temas correntes nos dias de hoje. O dilema entre tributação direta e indireta, com diferentes percepções da noção de justiça fiscal, tem desafiado os responsáveis pela implementação de reformas tributárias em diversas economias. Contudo, forças provenientes da ordem internacional do pós-guerra, dentre as quais a globalização e o livre-comércio, têm definido o perfil dos sistemas tributários.

Retornando ao século XIX, verifica-se, com perceptível surpresa, no exemplo inglês, que o período de recrudescimento dos tributos indiretos foi acompanhado, posteriormente, por

uma diminuição importante dos direitos aduaneiros, o que reduziu, de forma substancial, a receita tributária. Nesse caso, conforme evidencia Salanié, o Primeiro-ministro inglês Robert Peel decide restabelecer, em 1842, o imposto sobre a renda. Entretanto, as razões deste contexto decorrem da influência crescente das ideias liberais sobre as virtudes do livre-comércio²⁴. Essa perspectiva significaria a cisão no pensamento liberal acerca do tributo. Em realidade, a instauração de um imposto de renda em bases modernas para financiar as guerras napoleônicas decorreu da condição de que fosse suprimido imediatamente após o restabelecimento da paz. É importante observar que esse contexto foi o que levou Peel a propor o retorno, em estilo, do imposto de renda. Com efeito, era preciso compensar as perdas de receitas tributárias decorrentes da redução dos impostos aduaneiros com o escopo de permitir o incremento do livre-comércio. Aliás, era a unanimidade marcante em todos os liberais. No total, as divergências identificadas no reduto liberal não impediram a coexistência de diferentes percepções na tributação sobre a renda.

Em consequência da empedernida tradição liberal, somente no limiar do século XX os súditos da Coroa conheceriam mecanismos voltados para a progressividade do imposto sobre a renda. Após uma “batalha homérica contra a Câmara dos Lordes, é que Lloyd George pode instaurar uma sobretaxa sobre as rendas mais elevadas”²⁵. Entretanto, os Estados Unidos e a França, por exemplo, expuseram, desde o início, as suas preocupações com a progressividade do imposto, tendo antecipado o debate sobre tema tão controverso.

A inauguração desse precedente traria uma nova orientação para os objetivos de equidade do sacrifício fiscal e, dessa forma, estaria pavimentada a via que levaria todos ao intervencionismo. A partir daquele momento, o Estado já disporia dos utensílios indispensáveis à consolidação do Estado-providência. As bases da sociedade solidária foram lançadas com a introdução da progressividade na tributação da renda. Deve-se observar que, do dilema entre o livre-comércio e a estabilidade das receitas tributárias das economias do século XIX, nasceu o que seria objeto de contestação dos liberais por todo o século seguinte: os excessos do Estado intervencionista e a consolidação dos fundamentos da teoria normativa. Com efeito, a tributação sobre a renda, acompanhada do debate sobre a capacidade contributiva e a progressividade, surgia como a única forma de garantir as receitas indispensáveis ao financiamento do Estado-providência. Não se deve esquecer, contudo, a premente necessidade de eliminação dos tributos aduaneiros, incompatíveis com o livre curso do comércio almejado tanto pelos fisiocratas quanto pelos liberais de vanguarda.

24 SALANIÉ, Bernard. *Théorie économique de la fiscalité*, p. 5.

25 *Ibidem*, p. 6.

7 AS CLIVAGENS NO SEIO DA ESCOLA LIBERAL-TRIBUTÁRIA: AS DIFERENTES PERCEPÇÕES DE EQUIDADE, DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DE PROGRESSIVIDADE

Como ressaltado, a passagem do absolutismo monárquico para o Estado moderno, acompanhado do princípio do consentimento, originou um debate controverso nas fileiras liberais. Foi também evidenciado anteriormente que a primazia das virtudes do livre-comércio impôs, de forma inexorável, a busca por outras fontes de receita tributária, o que contribuiu para o fortalecimento da tributação sobre a renda. À aparente cisão do pensamento tributário liberal foi incorporado o importante debate acerca dos mecanismos inerentes à tributação sobre a renda. A dificuldade de se associar a equidade com os princípios dirigentes do mercado, como definiu Palmeira, não veio desacompanhada da necessidade de se instaurar uma forma de progressividade com o intuito de se buscar a maior eficiência do tributo²⁶. É importante ressaltar que a busca pelo equilíbrio do binômio equidade-eficiência talvez tenha descartado não só a construção liberal do tributo, mas também a sua noção social-democrata. Não obstante a contribuição dessas duas doutrinas, a análise contemporânea do tributo tem demonstrado que esse equilíbrio seria obtido pela abordagem pragmática na condução dos sistemas tributários.

A desconstrução das diferentes visões que permearam o debate em torno do financiamento do Estado, por meio do tributo, e que foram consolidadas em mais de um século, deram lugar, no final do século XX, a uma busca de resultados sobre quais as formas de se exigir o sacrifício fiscal. Diante da impossibilidade de conciliar o binômio equidade-eficiência, pois a adoção de um levaria à exclusão do outro, restou apenas a gestão pragmática. Não há mais lugar para leituras dos sistemas tributários a partir de ideologias. A dura lição imposta às economias se deu em função dos excessos intervencionistas registrados por quase um século. Toda a confusão que se instalou, então, decretou o fim das ideologias construídas no século XIX e que decorreram da própria evolução do Estado. Por isso, a marcha em direção a novos parâmetros seria uma consequência natural do processo evolutivo das formas de intervenção estatal. A resposta não é simples e comporta variáveis tão diversas quanto a contestação do próprio Estado durante a última metade do século passado, em consequência da retomada dos valores liberais vigentes até a Revolução Industrial.

8 A PASSAGEM DO ESTADO MÍNIMO PARA O ESTADO INTERVENCIONISTA: O INÍCIO DE UMA ILUSÃO?

De forma incontestável, os desequilíbrios nas relações entre capital e trabalho, nos albos da fase industrial do século XIX, exigiram a intermediação do Estado.

²⁶ PALMEIRA, Marcos Rogério. Op. cit., p. 75.

Segundo Lajugie, “(...) deu-se o nome de intervencionista à corrente de pensamento desencadeada pelas misérias da Revolução Industrial e que estaria na origem da legislação moderna de proteção dos trabalhadores”²⁷.

Deste modo, o desequilíbrio entre o capital e o trabalho deu início a um processo que marcaria toda a relação social dali em diante. Sem dúvida, esse quadro econômico, político e social do século XIX favoreceu o surgimento dos movimentos sindicais e a elaboração de um sistema legal voltado para a proteção do indivíduo, variáveis estas que seriam objeto de contestação dos ardentes defensores dos princípios do livre-mercado. Sem receios, pode-se afirmar que esses dois pressupostos permitiram aos adeptos da Sociedade do Mont Pélerin desfraldar as bandeiras do neoliberalismo a partir da segunda metade do século XX. Abstraindo-se de qualquer juízo de valor acerca desse fenômeno, pode-se afirmar, contudo, que o ele emprestou significativa contribuição ao debate e alargou os horizontes da tributação, a exemplo do que havia ocorrido no momento da passagem do Estado de natureza para o *État Gendarme*.

Foi demonstrado que as forças do mercado se revelaram incapazes de promover a justa distribuição da renda e o devido equilíbrio da produção, afetando, dessa forma, o bem-estar dos indivíduos e contrariando, talvez, o contrato social que sucedeu ao Estado natureza. Aliás, em toda a sua dimensão, o processo que acompanharia a passagem de um modelo para outro visava, em sua essência, criar uma situação pós-contratual mais vantajosa para o indivíduo em relação ao Estado natureza. O modelo que se seguiu à Revolução Industrial exporia mais claramente esta situação. Posteriormente, uma outra renovação do contratualismo ocorreria também no momento de consolidação do Estado-providência por ocasião do fim do segundo grande conflito mundial, sendo esta considerada a mais significativa.

Na sociedade da pós-Revolução Industrial, o Estado foi chamando a preencher as lacunas deixadas por um mercado em permanente desequilíbrio. Esse contexto determinou a passagem do *État Gendarme* para o Estado intervencionista e lançaria as bases da Teoria Normativa do Estado, voltada para a economia do bem-estar individual. Conforme Wolfelsperger, esta teoria econômica tem por objeto definir ao papel ideal do Estado na sociedade, mais exatamente na economia²⁸.

A Teoria Normativa do Estado estava assentada, justamente, na intervenção estatal por meio das funções alocativa, redistributiva e estabilizadora, divisor de águas no estudo das finanças públicas modernas. Foram essas as lacunas preenchidas pelo Estado com o intuito de permitir o incremento do bem-estar econômico dos indivíduos, o que deveria ser ofertado pelo mercado.

O avanço verificado nas conquistas do proletariado nascente representaria um abandono do ideário liberal em proveito da expansão do Estado. Essa transição seria responsável pelas

27 LAJUGIE, Joseph. Op. cit., p. 29.

28 WOLFELSPERGER, Alain. Op. cit., p. 105.

bases do Estado-providência. Com efeito, a elaboração de uma legislação social voltada para a eliminação dos desequilíbrios entre as forças do capital e do trabalho exigia, por outro lado, os recursos econômicos necessários à manutenção daquele novo modelo de burocracia social. Como figura de proa, a Alemanha de Bismarck e o *Verein für Sozialpolitik* não via outra forma de desenvolvimento econômico e social sem o equilíbrio harmônico dos diversos segmentos que compunham a sociedade alemã. Sem dificuldades, poderíamos estabelecer um elo entre o *Sozialpolitik* desenvolvido na Alemanha e a teoria elaborada por Keynes na primeira metade do século XX, que demonstravam a necessidade da ação estatal com o intuito de aportar um paliativo às mazelas dos desequilíbrios macroeconômicos.

O Estado era considerado por Adolph Wagner (1835-1917) o segurador natural dentro da burocracia social alemã e preconizava, ainda, que “o sistema fiscal deveria corrigir as injustiças distributivas do mercado com o imposto de renda progressivo e a taxação dos enriquecimentos sem causa (a mais-valia)”²⁹. Wagner considerava a história alemã no século XIX como sendo a da construção de um Estado em torno do qual a ação econômica deveria estar centrada e destacava o seu papel de proteção e de coesão social.³⁰ Os novos arquétipos de bem-estar foram reafirmados pelas funções incorporadas pelo Estado intervencionista com o intuito de sustentar as novas relações entre capital e trabalho. Conforme Rosanvallon, o Estado-providência seria o único suporte do progresso social e o único agente da solidariedade social³¹. Por oportuno, é importante verificar que a teoria das finanças públicas consagrou o princípio do *displacement effect* com o intuito de justificar o crescimento dos gastos públicos em momento de grandes comoções sociais. A partir desse pressuposto, fica mais cômodo interpretar, justamente, o pensamento de Rosanvallon quando o mesmo expõe que as crises sociais e econômicas ou internacionais ocorridas nos séculos XIX e XX levariam à progressão do Estado-providência³². Aliás, foi o que se verificou após a eclosão da Revolução Industrial, da crise dos anos trinta, o New Deal americano e a consolidação da proteção social introduzida por Lorde Beveridge na Inglaterra, ao final da Segunda Guerra Mundial.

O início da expansão dos gastos públicos em bases modernas seria responsável pelas transformações ideológicas que alcançariam a segunda metade do século XX e que foram antevistas nas obras pioneiras de Mises e Hayek. Elaboradas segundo as influências da escola austríaca, tornaram-se referências no estudo do neoliberalismo. Hayek escreveu **O caminho da servidão**, e Mises, **Uma crítica ao intervencionismo**. Portanto, os ingredientes para o embate entre as escolas liberal e socialdemocrata estavam reunidos. A passagem do Estado mínimo para o intervencionismo evidenciou a rejeição pela teoria da equivalência, consagrando o princípio da

29 ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**, p. 130.

30 DANIEL, Jean-Marc. **Pensée économique: Wagner et la croissance de l'État**, p. 22.

31 ROSANVALLON, Pierre. *Op.cit.*, p. 8.

32 *Ibidem*, p. 24.

capacidade contributiva e lançou as bases da grande sociedade solidária. Seria o início de uma grande ilusão, a sensação de liberdade propiciada pelo Estado do bem-estar social?

9 O TRIBUTO NA PÓS-MODERNIDADE: UM CONCEITO AINDA EM CONSTRUÇÃO

O embate das forças ideológicas que marcaram a construção do perfil dos sistemas tributários deu lugar a uma nova abordagem do papel do Estado. A construção da ordem internacional do pós-guerra definiu, de forma inexorável, uma nova relação entre a força emergente da nova economia e as arcaicas estruturas do Estado-nação. Se, por um lado, a ordem nascida ao final do grande conflito mundial impôs uma nova arquitetura na geopolítica mundial, por outro, os Estados passaram a conviver com a necessidade de inserção internacional, o que significou a mitigação das soberanias clássicas e a formatação de uma nova estética do capitalismo. Faria observou que a redefinição da soberania do Estado-nação é “a fragilização de sua autoridade, o exaurimento do equilíbrio dos poderes e a perda de autonomia de seu aparato burocrático”³³.

De forma categórica pode-se afirmar que, a partir do cenário delineado pela nova ordem internacional, novos horizontes se descortinariam nas relações econômicas e políticas internacionais. A premente necessidade de inserção internacional das economias nacionais, aliada à mobilidade das bases tributáveis – a riqueza e o patrimônio – colocaria de vez a formulação do sistema legal nas mãos de grupos de dominação que, a partir daquele momento, passariam a ditar as tendências desses sistemas. Dessa forma, a convergência dos sistemas nacionais de direito se viram confrontados pela emergência dos organismos internacionais reguladores da ação estatal. Em outra direção, houve o surgimento de uma força virtual que, sem se revestir do caráter institucional indispensável à formulação do processo legislativo, incidia sobre o sistema jurídico de forma vigorosa. Ora, como ressaltado acima, a dinâmica das bases tributáveis impôs, inicialmente, novos parâmetros para a ordem tributária internacional, o que daria início a um rico processo de uniformização jurídica tendente a favorecer a convergência de distintos sistemas jurídicos. Assim, a permeabilidade das vetustas fronteiras nacionais passa a ser um fato, o que mitigaria, de uma vez por todas, o conceito clássico de soberania.

A construção da sociedade internacional do pós-guerra, liderada pelos Estados Unidos, enquanto potência determinante para o êxito dos aliados, culminou na criação do tripé do desenvolvimento global que mudaria o panorama econômico e político internacional. Com efeito, a proposta norte-americana de se assegurar um desenvolvimento econômico harmônico, a manutenção de uma paz duradoura que poderia ser obtida somente por meio de organismos internacionais e, ainda, a expansão do comércio internacional levaria os países centrais a viver

33 FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**, p.25.

um período de notável crescimento econômico, denominado de “Trinta Gloriosos”. Em realidade, as três décadas de prosperidade, iniciadas em 1975, viriam a conhecer o seu ocaso por ocasião da crise internacional dos anos setenta. Com isso, foi dado início ao período de contestação dos excessos intervencionistas do Estado, o que levou à retomada, com força, dos ideais do livre-mercado e da livre-iniciativa. Assim, foram consolidadas as bases do neoliberalismo e o início de uma nova discussão que, embora remontasse a outras épocas, viria à tona em função do esgotamento do debate acerca do Estado dirigista. Esse movimento seria, portanto, a pós-modernidade. Quanto ao primeiro, o neoliberalismo, teve a sua pedra fundamental lançada a partir das lições visionárias de Friedrich von Hayek, conforme ressaltado anteriormente. Com a publicação em 1944, de sua notável obra citada, **O caminho da servidão**, deu início a *Société du Mont Pélerin*, que influenciaria toda uma geração de economistas e intelectuais, formuladores de um novo modelo de Estado. Nesse aspecto, cabe destacar a incidência dessas lições sobre toda uma geração de economistas norte-americanos, dentre eles James Buchanan e Milton Friedman, que fundaram, respectivamente, a Escola do *Public Choice* e a Escola da Virgínia, com nítidas influências sobre a reestruturação do Estado na América Latina.

Por sua vez, a pós-modernidade tem sido tratada hodiernamente como um termo recente, porém estava presente nas agendas de debates ocorridos ainda na primeira metade do século passado. Todavia, foi a partir dos anos oitenta que o aperfeiçoamento da sociedade global de consumo e o ápice da reestruturação do sistema econômico e político internacional dariam um novo rumo ao papel do Estado e das instituições. No campo das novas relações surgidas com a crise dos anos setenta, a sociedade pós-industrial, juntamente com o novo perfil do Estado, estaria na origem desse debate.

Que influências teria a pós-modernidade na construção do pensamento tributário contemporâneo?

Se o advento do proletariado na fase pós-Revolução Industrial representou um divisor de águas na tributação moderna, em razão do advento do Estado intervencionista, cuja expansão se daria de forma mais robusta a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, a crise internacional dos anos setenta redefiniu os modos de financiamento do Estado. Em um primeiro momento, o quadro globalizador infligiu grandes transformações nos sistemas tributários em decorrência da necessidade de inserção internacional, havendo, nesse caso, um deslocamento do eixo clássico da tributação que, antes, repousava sobre o patrimônio e a renda, e passou a dirigir seu foco para a tributação indireta, considerada injusta e regressiva. A atenuação da carga tributária sobre a riqueza respondia à necessidade de inserção internacional dos sistemas tributários, num mundo marcado pela competição entre estes.

A contestação dos excessos intervencionistas do Estado emergiu da crise dos anos setenta. A redefinição do papel intervencionista do Estado e dos seus modos de financiamento completaria a abordagem pós-modernista dos sistemas tributários. O rico debate ideológico e

doutrinário acerca do tributo foi abandonado em proveito de uma abordagem pragmática e condizente com o Estado do século XXI. A apropriação do Estado social pelas classes dominantes e as necessidades de inserção internacional dos sistemas tributários resultaram em uma nova visão do binômio equidade-eficiência. Com isso, passou-se a discutir, a partir do final dos anos noventa do século passado, a criação de uma terceira via destinada a aglutinar os esforços do Estado e da sociedade civil tendente à busca de uma política de consenso acerca do financiamento estatal. Entretanto, não seria possível definir ainda um modelo tributário resultante da pós-modernidade. A contribuição desse movimento não é ainda nítida como ocorreu no caso da tributação liberal e social-democrata que marcou o século XIX. O conjunto de valores que forma o universo da pós-modernidade não gerou os elementos necessários a uma maior compreensão do fenômeno, sendo ainda difícil de mensurar a sua repercussão sobre o sistema tributário. Todavia, não cabe mais falar em abordagem doutrinária e ideológica do tributo. Trata-se, em último, de debate ultrapassado, que não encontra ressonância na economia e política pós-moderna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a contribuição liberal lançou os alicerces da tributação, os socialdemocratas aperfeiçoaram os seus fundamentos com vistas a uma sociedade justa e solidária. Entretanto, os liberais produziram esses alicerces e criaram, justamente, em decorrência da sociedade solidária, o antídoto para combater os que consideravam os males do intervencionismo, iniciando uma polêmica que mereceu a atenção por todo o transcorrer do século XX. Os mecanismos da progressividade e da capacidade contributiva, propostos pelos próprios liberais para permitir a tributação da renda como forma de favorecer o livre-comércio, seriam contestados mesmo no âmbito da doutrina. A configuração do tributo socialdemocrata ampliou a extensão desses mecanismos e deu origem à insatisfação liberal em razão dos excessos intervencionistas que, segundo seus ensinamentos, decretariam o fim da livre iniciativa e da neutralidade. Foi nessa arena que se desenvolveu o confronto liberal e socialdemocrata até os anos setenta do século passado. A partir daí, iniciou-se a busca de novos horizontes e passou-se a desprezar a visão doutrinária dualista predominante até então. É esse o dilema para o qual talvez não tenham encontrado ainda uma resposta, nesse início de século XXI, as formas de se organizar a transição entre neoliberalismo e pós-modernidade.

Em última análise, foi demonstrada a relação estreita entre o tributo e a evolução da sociedade, presente no processo de metamorfose conhecido pelo Estado moderno, o que ressalta o seu alcance econômico, político e social. Por isso, a sua permeabilidade às influências ideológicas e doutrinárias de todos os matizes.

REFERÊNCIAS

- ARDANT, Gabriel. **Histoire de l'impôt**. Paris: Fayard, 1972.
- BASTABLE, Charles. **Public Finance**. 3. ed. London: Macmillan and Co, 1917.
- BELTRAME, Pierre. La pensée libérale et l'impôt au XIXe. siècle en France. **Revue Française de Finances Publiques**, Paris, n. 84, p. 23-41, 2003.
- BOUVIER, Michel. **Introduction au droit fiscal et à la théorie de l'impôt**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996.
- COTRIM, Gilberto. **História Global : Brasil e Geral**. 7. ed., 3. impressão. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DANIEL, Jean-Marc. **Pensée économique: Wagner et la croissance de l'État**. Paris: Le Monde Économie, 2002.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- LAJUGIE, Joseph. **Les doctrines économiques**. 15. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.
- PALMEIRA, Marcos Rogério. **Direito tributário versus mercado: o liberalismo na reforma do Estado brasileiro nos anos 90**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PAULANI, Leda. **Modernidade e discurso econômico**. São Paulo: Boitempo, 2005.
- PIRIOU, Jean-Paul. **Lexique de sciences économiques et sociales**. 4. ed. Paris: Éditions La Découverte, 2001.
- ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Brasília: Editora UnB/ Goiânia: Editora UFG, 1997.
- SALANIÉ, Bernard. **Théorie économique de la fiscalité**. Paris: Economica, 2002.
- SALIN, Pascal. **L'arbitraire fiscal**. Paris: Laffont, 1985.
- SAY, Jean-Baptiste. **Tratado de economia política**. São Paulo: Nova Cultural, 1986.
- STERDYNIAK, Henry et al. **Vers une fiscalité européenne**. Paris: Economica, 1991.
- WOLFELSPERGER, Alain. **Economie publique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.
- <<http://www.liberal-social.org/henry-george>>. Acesso em: 23 abr. 2007.
- <<http://afilosofia.no.sapo.pt/11Liberalismo.htm>>. Acesso em: 3 ago. 2007.

TUTELA JURISDICIONAL DO MEIO AMBIENTE E SEUS REFLEXOS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Paulo Roberto Pereira de SOUZA

1 A EVOLUÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Um novo mundo ou não teremos mundo.

Essas palavras mostram o tamanho do desafio na construção de uma nova ordem social, política, econômica e jurídica capaz de proporcionar um convívio harmônico entre o homem e a natureza.

Vivemos dias de grandes desafios e angústia em razão de profundas mudanças no modo de vida das pessoas que as levou a se concentrar em cidades, consumir muito mais e ter hábitos de vida que podem ameaçar sua própria sobrevivência.

A relação homem-natureza não tem sido muito adequada.

O modelo econômico no qual a sociedade ocidental baseou seu desenvolvimento, fortemente baseado no uso de recursos naturais, tem dado sinais de exaustão. Há grande riscos de problemas ambientais em decorrência da disposição inadequada de resíduos da atividade industrial que gera poluição, que contamina e compromete importantes recursos naturais. Por outro lado a geração de gases do efeito estufa vem provocando mudanças climáticas que podem comprometer a própria vida humana.

A ONU criou o IPCC *Intergovernmental Panel on Climate Change* (Painel Intergovernamental Sobre Mudanças Climáticas)¹, integrado por mais de mil cientistas representando o

1 O Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, na sigla em inglês) é um órgão composto por delegações de 130 governos para prover avaliações regulares sobre a mudança climática. Nasceu em 1988, da percepção de que a ação humana poderia estar exercendo uma forte influência sobre o clima do planeta e que é necessário acompanhar esse processo. Entenda O IPCC e Suas Conclusões – Disponível em: < <http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI2072927-EI8278,00.html>>. Acesso em: 19 set. 2009.

mundo todo, o qual vem mostrando os grandes riscos do aquecimento global do planeta para a vida de maneira geral^{2 e 3}.

O aquecimento global, nos indica a questão em nível macro, no qual podemos constatar a existência de um problema global, interfronteiriço que vai exigir uma solução conjunta da comunidade planetária.

Além do problema global podemos identificar o problema em nível de países, onde chegaremos a regiões, a cidades, a bairros, a ruas, a quadras e habitações individuais.

Resultado: o problema ambiental é um problema de toda a humanidade e exigirá a adoção de uma postura conjunta para a solução do problema.

Essa postura conjunta vai exigir, como mencionamos retro, a formulação de uma nova ordem social, econômica, política e jurídica.

Os conceitos formulados pelas ciências naturais, como indicadores de sustentabilidade, vão ter de ser adotados por todos os setores da vida humana, começando pela adoção de novos hábitos e práticas domésticas e passando por uma reformulação do modo de produzir até a criação de novos deveres jurídicos.

O Jurista vai ter que se aliar ao economista e ao cientista para criar a sociedade sustentável.

Na economia, um novo modo de produção vai incorporar os custos decorrentes do chamado *capital da natureza*, consistente nos bens e serviços ambientais que, até aqui, não integram os fatores de produção. Igualmente vai ter de promover a internalização das externalidades ambientais.

Todo o uso dos recursos naturais em um processo de produção e os impactos provocados por tal atividades não são computados como custos, mas considerados como externalidades do mesmo processo.

2 “O aquecimento do sistema climático não é um equívoco, sendo agora evidente de acordo com as observações de aumento global do ar e das temperaturas dos oceanos, derretimento de gelo e neve em larga escala, e aumento global do nível dos oceanos. (veja figura SPM-3). {3.2,4.2,5.5}. Varias mudanças climáticas no longo prazo têm sido observadas em continentes, regiões e oceanos. Isto inclui mudanças na temperatura e no gelo do Ártico, mudanças na quantidade de precipitação em todo lugar, mudança na salinidade dos oceanos, mudança dos padrões de vento e aspectos de clima extremo como as secas, a precipitação forte, as ondas de calor e a intensidade de ciclones tropicais. A continuidade na emissão do gás estufa na taxa atual ou maior causaria um aquecimento extra e induziria muitas mudanças no sistema climático global durante o século 21, e muito provavelmente estas mudanças seriam muito mais impactantes do que aquelas observadas no século 20. {10.3}”. Em Relatório do IPCC/ONU – **Novos Cenários Climáticos** – Versão em português. Disponível em: <http://www.ecolatina.com.br/pdf/IPCC-COMPLETO.pdf>, acesso em: 20 jul.2009.

3 Há partes sobre o Brasil nos relatórios do IPCC? “Em seu segundo relatório, o IPCC alerta que partes da Amazônia podem virar savana. Em entrevistas com jornalistas, cientistas disseram que entre 10% e 25% da floresta poderia desaparecer até 2080. O órgão concluiu que existe uma possibilidade de 50% de que a maior floresta tropical do mundo se transforme parcialmente em cerrado. Há riscos também para o Nordeste brasileiro, que poderia ver, no pior cenário, até 75% de suas fontes de água desaparecerem até 2050. Os manguezais também seriam afetados pela elevação do nível da água. Entretanto, o IPCC tem sublinhado a falta de dados patente em países emergentes e menos desenvolvidos. Como resultado, as conclusões do grupo são menos incisivas nas chamadas “questões regionais”. Disponível em: < <http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI2072927-EI8278,00.html>>. Acesso em: 19 set. 2009.

O conceito de externalidades, formulado por Pigou, em 1920, só recentemente foi associado à questão ambiental, interferindo, por exemplo, na análise e na previsão dos custos e benefícios. Acentuou-se a queda da qualidade ambiental, quando os custos de despoluição começaram a ter valores expressivos.

Segundo Dalia Maimon:

as externalidades manifestam-se quando os preços de mercado não incorporam completamente os custos e benefícios dos agentes econômicos, sendo, portanto, manifestação da falha do mercado, uma vez que o sistema de preços deixa de organizar a economia de uma forma socialmente ótima, ou seja, os custos privados são distintos dos custos sociais⁴.

A maximização do bem-estar no regime de mercado competitivo não incorpora a deterioração ambiental e o esgotamento dos recursos pois estes são de propriedade coletiva. Assim, a otimização econômica convencional implica na maximização dos lucros privados e na socialização dos problemas ecológicos e sociais.

A economia ambiental deu sua resposta propondo a incorporação das externalidades negativas, o que permitira a obtenção do custo real do produto. Isto porque, além dos fatores de produção, passará a incorporar o capital da natureza e os custos ambientais.

Os novos interesses gerados a partir de uma sociedade de massa exigiram do jurista a construção de um *direito de massa*, que foi obtido com o isolamento da categoria direitos difusos assegurados por meio de uma tutela coletiva.

O sistema jurídico clássico foi todo baseado na tutela do direito individual. Partido de uma divisão entre direito público e privado, o sistema tutelava direitos individuais buscando a solução de conflitos de interesses e lides em geral, decorrentes de fatos pretéritos que não conseguem dar respostas às complexas relações sociais surgidas da sociedade de massa.

Essa universalização dos direitos exigiu a construção de microsistemas jurídicos, determinados com base nas exigências do próprio objeto da tutela ambiental.

A crise ambiental não deixou opção ao homem diante do dilema: proteger os recursos naturais ou comprometer sua qualidade de vida. “O microsistema dos direitos difusos vai regulamentar de forma diferenciada o acesso à Justiça”⁵.

A proteção do meio ambiente e de outros direitos difusos vai exigir a adoção de uma técnica processual no qual se garanta o acesso. Dentro desse contexto, pondera o Professor Nelson Nery Júnior:

4 **Ensaio sobre Economia do meio ambiente**. Rio de Janeiro: APED, p. 26-27.

5 **Acesso à justiça**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 9.

O direito do consumidor, do meio ambiente e a tutela dos direitos difusos e coletivos constituem uma tendência de hoje, diferente da ocorrida no século passado, pois se tem propendido para a adoção de microsistemas que atendam determinada situação jurídica, com visão de conjunto de todo o fenômeno e imunes à contaminação de regras de outros ramos do direito, estranhas àquelas relações objeto de regramento pelo microsistema.

A criação do microsistema, embasado em princípios e regras próprias que o diferenciam do direito tradicional, foi a forma encontrada pelo jurista para dar respostas à Constituição Federal que, em seu artigo 225, criou a figura do macrobem ambiental.

Esse microsistema embasa-se em princípios próprios e regras que o diferenciam do direito tradicional, bem como da maneira tradicional de tratar de certos direitos. É que – vale repetir – a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, exigiu do jurista uma atitude criativa, que encontrou na elaboração de um microsistema uma resposta adequada para a especificidade e peculiaridade da tutela objetivada por tais direitos.

A clássica divisão do Direito entre público e privado não mais oferece respostas para a tutela dos direitos difusos. Com efeito, há direitos privados cumprindo uma função pública relevante. Há direitos privados com uma alma pública. Podemos falar apenas no conteúdo de interesse público ou privado sobre um determinado bem.

Quando o Direito vai proteger recursos naturais tem necessariamente de respeitar as leis da natureza que não podem ser alteradas por normas jurídicas. A relação homem-natureza regulada por uma norma deve partir de premissas de respeito ao sistema natural que predomina sobre o humano. É por esta razão que bens, direitos adquiridos, conquistas e, até mesmo, alguns direitos fundamentais poderão ser sacrificados num conflito entre os mesmos e o sistema natural. É a consagração do princípio do direito público moderno do predomínio do interesse coletivo sobre o individual.

O consagrado professor espanhol José Luis Serrano Moreno observa⁶:

o sistema jurídico ambiental é, por sua vez, um subsistema diferenciado no interior do sistema jurídico assim descrito. Com relação ao conjunto seria o subsistema que cumpre a função de tutelar ecossistemas. Neste sentido o Direito Ambiental é um subsistema do sistema jurídico e em nenhum caso um subsistema da natureza.

A construção do microsistema do Direito Ambiental vai exigir uma revisão no plano do direito material e do direito processual.

O caminho encontrado foi o acesso à Justiça de forma coletiva, que entre nós se dá por meio da ação civil pública.

⁶ SERRANO MORENO, José Luis, **Ecología y derecho**: principios de derecho ambiental y ecología jurídica, 2. ed. Granada: Comares, 1992. p. 36-37.

2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

A ação civil pública brasileira foi fortemente inspirada na *classe action* do direito norte-americano com algumas características da Lei *Royer* francesa.

Trata-se de ação onde há um interesse que une um grupo de pessoas ligadas entre si por uma circunstância de fato.

Houve uma intenção clara do legislador em facilitar o acesso à Justiça na defesa de direitos que interessam a um grupo indeterminado e indeterminável de pessoas.

Por meio da ação civil pública é possível obter uma resposta rápida e eficiente para pretensões que ultrapassam o interesse individual.

A tutela do meio ambiente assume importância significativa pois seu grande alvo é a proteção da vida humana.

De forma magistral o professor José Afonso da Silva sintetiza esse pensamento quando ensina que:

O que o Direito visa a proteger é a *qualidade do meio ambiente* em função da *qualidade de vida*. Pode-se dizer que há dois objetos de tutela, no caso: um imediato, que é a qualidade do meio ambiente; e outro *mediato*, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que vem sintetizando na expressão “qualidade de vida”⁷.

A tutela jurisdicional deverá oferecer uma resposta rápida e eficiente para uma pretensão que ultrapassa o interesse individual, pois é consequência de um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. Esta nova visão, que passa pela incorporação à Constituição do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, proporciona a efetividade da justiça, com a garantia do acesso à ordem jurídica justa. Como chegar a essa efetividade tem sido o grande desafio. Uma das soluções encontradas foi assegurar-se uma tutela diferenciada, revendo-se, inclusive, as condições da ação; pois, na ação civil pública, altera-se o conceito tradicional de legitimidade para a causa e, igualmente, os pressupostos processuais e os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada.

Mauro Cappelletti lembra, ainda:

a expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos⁸.

⁷ **Direito Ambiental Constitucional**, 7. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 81.

⁸ CAPELLETTI, Mauro; HART, Bryan, Op.cit. p. 8.

Este novo enfoque de direito de ação, apresenta a ação não apenas como um capítulo de direito material, não apenas considerando a pretensão material; mas, acima de tudo, como um direito político decorrente da Constituição. Diante dessa visão publicista o juiz deixa de ser um mero espectador na relação processual, ligando-se à problemática social e política do país. Envolve-se na avaliação da preservação e na efetividade dos direitos fundamentais do cidadão. O conceito de acesso à Justiça, pois, deverá necessariamente considerar a garantia de preservação dos valores fundamentais da sociedade.

Como lembra Liebman⁹, a ação é um direito subjetivo abstrato instrumentalmente conexo a uma pretensão material.

Busca-se através da tutela processual dos direitos difusos, entre nós por meio da ação civil pública, uma maior vinculação com o direito material, no sentido de dar efetividade aos direitos por elas tutelados. Tanto é verdade que o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, textualmente, estabelece: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

A Constituição de 1988 traz entre os direitos fundamentais a garantia de *acesso* à justiça.

O primeiro tratamento do direito de ação dentro da visão de garantia de acesso à ordem jurídica justa, a primeira legislação processual aprovada após a Constituição de 1988, foi o Código de Defesa do Consumidor. O CDC atendeu à determinação constitucional de estruturar um microsistema de defesa do consumidor e suas normas processuais, por força do seu artigo 117, aplicam-se à ação civil pública¹⁰.

O artigo 83 representa a formulação do enunciado da garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa e contém um comando claro que institui a fungibilidade procedimental, consagrando, assim, a instrumentalidade do processo e determinando a superação do procedimento.

A visão moderna do processo resgata a noção de acesso à justiça, fazendo com que o processo cumpra a finalidade, preconizada por Chiovenda, de assegurar a aplicação de uma vontade concreta da lei. Não pode o processo ser uma camisa de força, a impedir pelo culto à forma o exercício de um direito legítimo. A respeito da matéria é lapidar a lição do professor Cândido Rangel Dinamarco quando ensina:

A liberdade das formas, deixada ao juiz entre parâmetros razoavelmente definidos e mediante certas garantias fundamentais ao litigantes é que, hoje, caracteriza os procedimentos mais adiantados. Não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo

9 **Manual de direito processual civil**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 162.

10 Art. 117 – Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: Art. 21 – Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins¹¹.

O juiz passa a ter um papel central neste novo processo civil, devendo, inclusive, zelar para que haja equilíbrio entre os litigantes, eliminando diferenças, especialmente entre os litigantes habituais e os eventuais. No confronto eventual entre um forte grupo econômico e uma frágil organização da sociedade civil. Deverá o juiz, como destaca Tarzia,¹² zelar para que haja um contraditório equilibrado e seja assegurado aos litigantes a paridade de armas.

Através da reformulação das bases do processo civil contemporâneo, chegamos à ideia de uma justiça social. A propósito, Luiz Guilherme Marinoni destaca: “A temática do acesso à justiça, sem dúvida está intimamente ligada à noção de justiça social. Poderíamos até dizer que o acesso à justiça é o tema-ponte a interligar o processo civil com a justiça social”¹³.

O exercício pleno da cidadania e a clara consciência dos direitos, por parte dos cidadãos, é decorrência do fenômeno da democratização da informação, por sua vez consequente da verdadeira revolução que se praticou nos meios de comunicação. O cidadão hoje tem consciência plena de seus direitos e busca novas e sofisticadas formas de exercício de seu exercício. E partir da perspectiva do exercício pleno da cidadania, uma nova forma de exercício de direito começa a tomar conta da sociedade civil, que se faz representar por meio das organizações não governamentais (ONGs), ensejando que o jurista viesse a construir um novo tipo de exercício de direitos.

Da mesma forma, os novos direitos exigiram uma revisão nos limites subjetivos da coisa julgada, elevando-se a coisa julgada *erga omnes e ultra partes*, na tutela coletiva de direitos.

As novas formas de tutela, instituídas em face da necessidade de adequação do processo à nova realidade, mostraram a importância do papel do juiz, e patentearam as razões políticas do processo em contribuir para a construção de uma sociedade justa, correspondente à realidade social de nosso tempo.

3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública surge, necessariamente, como resposta do sistema às novas demandas da sociedade, objetivando a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Trata-se de um direito subjetivo público, voltado contra o Estado, que deve sujeição ao titular do direito subjetivo ofendido.

11 **A instrumentalidade do processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p.180.

12 Parità delle armi tra Le parti e poteri del giudice nel processo civile. Apud DINAMARCO, Cândido Rangel, Op.cit., p. 182-191.

13 **Novas linhas do processo civil**: o acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 22.

Constitui-se num extraordinário instrumento de exercício da cidadania, que propicia a participação do cidadão no questionamento de temas, ligados ao meio ambiente e ao consumidor, à proteção do patrimônio histórico, artístico, paisagístico, bem como da ordem econômica, como um todo.

A partir do isolamento da categoria dos direitos difusos, torna-se imperativo rever o conceito clássico de legitimidade. Com efeito, a noção tradicional de legitimidade direta ou de substituição processual, utilizada pelo Direito Processual clássico, não é mais suficiente para justificar o exercício de um direito que pertence a todos e que incumbe a todos defender.

Esta noção da parte, em sentido processual, analisada a partir da perspectiva do sujeito, levaria a uma conclusão de que a legitimidade seria extraordinária. Todavia, quando falamos a respeito de meio ambiente estamos nos referindo a um bem de uso comum do povo, pertencente a todos indistintamente, inclusive às gerações futuras; esta evidência permitirá concluir que estamos diante de uma hipótese de legitimação ordinária. A partir dessa moderna perspectiva nasce uma nova forma de legitimidade processual; ao invés da classificação legitimidade ordinária e extraordinária, surge, agora, a legitimação disjuntiva concorrente¹⁴. Em decorrência da construção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, não é mais possível conceber o acesso à justiça, dos portadores de pretensões difusas ou coletivas, como legitimação extraordinária de substitutos processuais. O portador da pretensão é um legitimado ordinário, uma vez que a legitimidade vem da lei e se disjunge entre os colegitimados ativos. Assim, garante-se, simultaneamente, o acesso à justiça a vários colegitimados que, simultaneamente, têm legitimidade ordinária. A propósito Fiorillo ensina:

Criada para solucionar lides de natureza individual, a legitimidade para a causa como condição da ação está a merecer outra construção dogmática, que deverá levar em consideração o fim a que se destina essa legitimação: a defesa em juízo, de direitos meta ou supra-individuais.

De consequência, não cabe nesta sede falar-se na dicotomia clássica da legitimação em ordinária e extraordinária, mas sim da superação dessa divisão, como já esta ocorrendo na Alemanha, onde a doutrina mais moderna fala em legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständig Prozeßführungsbefugnis*) e não mais em substituição processual para qualificar essa legitimação do Ministério Público e associações para virem a juízo na defesa dos direitos difusos e coletivos^{15, 16}.

14 Tal qual os disjuntores de energia que recebem a energia da rede central e espalha para os diversos setores. Segundo Dicionário AURÉLIO: 1. *Soltar do jugo; desprender*. 2. *Separar, desunir, desajuntar*. Neste sentido entendem MOREIRA, José Carlos Barbosa, A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.), **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 100; MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos interesses difusos em juízo**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 229.

15 **Direito processual ambiental brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 119.

16 No mesmo sentido, Rodolfo Camargo Mancuso conclui que: “Presentemente, os interesses difusos já passaram a ser acionáveis, visto que o legislador reconheceu sua existência e a possibilidade de se os fazer valer em juízo. Com isso, cremos que não mais padece dúvida quanto à sua legitimidade nem há porque considerar o tema sob a rubrica de legitimação extraordinária”. **Ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 25.

Em posição arrojada e inovadora para o momento (1989) o mestre paulista sustenta a legitimação das associações civis como legitimação ordinária e não extraordinária¹⁷.

Esta situação poderá mudar conforme seja o interesse tutelado, conforme seja o tipo de pretensão deduzidos em juízo. Não é possível determinar a classificação do interesse em difuso, coletivo ou individual homogêneo, pelo seu objeto, uma vez que um mesmo interesse poderá ter diferentes classificações dependendo do tipo de pretensão que é deduzida em juízo. Um mesmo interesse poderá ser público, privado, difuso, coletivo, individual homogêneo ou individual, dependendo da maneira ou do enfoque que lhe é dado.

Um dano ambiental será uma ofensa a um interesse público, caracterizado pela reação de um determinado órgão ambiental; ou privado, se provoca dano na esfera de patrimônio privado, ou difuso, se se refere ao interesse geral, como de uma ONG que representa os anseios de moradores de uma determinada região atingida pelo dano ambiental, ou coletivo, quando atinge a esfera de interesse de um determinado segmento econômico ligado por uma relação jurídica de base; ou, ainda, individual homogêneo, quando, representadas por uma associação de classe, as vítimas do acidente ecológico pedem a reparação do dano individualmente sofrido; e, finalmente, individual, quando o titular de um direito subjetivo ofendido pelo dano ambiental pede a reparação de tal dano.

Como ensina o Prof. Nelson Nery Júnior¹⁸, “o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual. Dessa forma, é necessário proceder-se a uma análise objetiva da legitimidade, sempre levando em conta que estamos tratando da tutela de um interesse suprasubjetivo e metaindividual, razão pela qual não se pode determinar a legitimidade a partir de uma análise subjetiva do direito material. Foi o que fez o Código de Defesa do Consumidor, aplicável à Lei da Ação Civil Pública, quando determinou, em seu artigo 82, a legitimação disjuntiva concorrente, conferindo simultaneamente a legitimidade ao Ministério Público, à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, às entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa do meio ambiente, às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses difusos.

3.1 O OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

A ação civil pública terá por objeto a prevenção e a reparação de danos ao meio ambiente para tutelar direitos difusos, coletivos e individual homogêneo. Como o objeto deste trabalho é a tutela do meio ambiente, vamos nos limitar à análise do que chamaremos de ação civil pú-

17 **Associação civil e interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito), PUC/SP, 1989. p. 88.

18 Op. cit., p. 630.

blica ambiental para a tutela do direito difuso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

O fundamento material da tutela jurisdicional do meio ambiente é encontrado no artigo 225 da Constituição Federal, bem como na Lei 6.938/81, que nos fornece os conceitos de meio ambiente, de degradação da qualidade ambiental, de poluidor e de recursos ambientais.

Como lembra Fiorillo¹⁹, a vida é o bem jurídico tutelado pelo artigo 225 da Constituição Federal e objeto do Direito Ambiental, e “não se restringe pura e simplesmente no direito à vida humana e sim à sadia qualidade de vida em todas as suas formas”.

O texto constitucional garante a todos os habitantes deste país, às gerações atuais e às futuras, o direito à vida com qualidade. Frisa-se: o bem jurídico tutelado é mais que simplesmente o direito à vida, mas sim a sadia qualidade de vida, ou seja, o bem-estar.

Desta forma, todas as vezes que ocorrer a degradação da qualidade ambiental, nos termos do artigo 3º, ensejar-se-á, a qualquer dos titulares desse direito difuso, a possibilidade de promover a ação civil pública para a pronta reparação dos danos provocados, ou para a cessação das atividades degradadoras da qualidade ambiental.

No capítulo anterior, fez-se clara a finalidade da ação civil pública: uma resposta do microsistema do Direito Ambiental para tutelar o direito difuso ao meio ambiente, bem de uso comum de todos.

Trata-se de ação de conhecimento, de procedimento especial de jurisdição contenciosa, que terá por objeto a condenação do réu a reparar um dano efetivo a tutela específica de uma obrigação de fazer ou não fazer, bem como, em caráter preventivo, determinar o fim de determinada prática capaz de provocar dano ambiental.

Sendo o objeto da tutela da ação civil pública um direito difuso, este direito poderá ser pleiteado por qualquer um dos legitimados previstos no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor. As ações deverão ser propostas no foro do local onde ocorrer o dano, observando-se as regras gerais de competência. Por outro lado, como se trata de tutela coletiva de direitos, nada impede a busca, por seu titular, de uma tutela individual, a qual, inclusive, não induzirá litispendência em relação à ação coletiva, ou vice-versa. Como efeito, Nelson Nery Júnior conclui: “a pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial... Em suma, o tipo de tutela jurisdicional pleiteada que determina se um direito é difuso, coletivo ou individual”²⁰.

O artigo 104 do CDC deixa claro que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais; todavia, os autores destas somente se beneficiarão dos efeitos da coisa jul-

19 Cf. A Ação Civil Pública e a Defesa dos Direitos Constitucionais Difusos. In: MILARÉ, Édis. **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.176.

20 Op.cit., p. 630, grifos do autor.

gada *erga omnes*, quando requererem a suspensão das mesmas, no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos da ação coletiva.

3.2 RESPONSABILIDADE POR DANOS

A responsabilidade do causador do dano ambiental, por sua reparação, é determinada no artigo 225, § 3º da Constituição Federal, e também no artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81. Esta é a teoria do risco proveito, por meio da qual o poluidor será obrigado a reparar o dano efetivamente provocado, bem como poderá ser acionado em razão do dano provável, não se exigindo, como na responsabilidade civil tradicional, a existência efetiva de um dano. Basta que haja tal possibilidade, para autorizar a propositura de uma ação civil pública.

Também em matéria de responsabilidade civil há uma construção de direito ambiental, dentro do microsistema, com a perspectiva de indenização, não apenas do dano *post factum*, como ocorre na teoria tradicional, mas também do chamado dano provável. Significa isto que o causador deverá responder por todos os impactos negativos constatados, assim como pelos possíveis efeitos futuros do dano ambiental.

Antonio Herman Benjamin ressalta o caráter inovador da norma brasileira (especificamente da Lei nº 6.938/81), que avançou mais que outros países, como Portugal, ao admitir a responsabilidade objetiva, independentemente da dimensão do dano²¹. Com efeito, Portugal admite a responsabilidade objetiva somente quando haja “danos significativos ao ambiente em virtude de uma ação especialmente perigosa”, e deixa uma grande margem à subjetividade, ao exigir a prova da natureza perigosa da ação do causador do dano.

Por ser importante, destaque-se, novamente, que, diante da natureza do bem jurídico tutelado, não se pode encarar a tutela do meio ambiente com base nos padrões tradicionais, uma vez que não se está discutindo apenas o patrimônio de pessoas, mas a tutela da vida destas e das futuras gerações.

3.3 DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS

A reparação do dano deverá ser total, incumbindo ao causador repor a parte lesada ao *statu quo ante*, reparando integralmente o dano causado. Dessa forma, um novo conceito exige-se em matéria de classificação de certos bens. Desde o Direito Romano, classificavam-se os

21 Invocando o direito Português, o autor nos mostra que, nessa linha, a Lei de Bases do Ambiente de Portugal (Lei n. 11/87, de 7 de abril) dispõe que “existe obrigação de indenizar, independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos no ambiente em virtude de uma ação especialmente perigosa, muito embora com respeito do normativo aplicável” (art. 41, n. l). Trata-se de regulação “não isenta de dificuldades, a começar pela definição dos conceitos legais de danos significativos no ambiente e de ação especialmente perigosa” (TORRES, Mário José de Araújo, **A protecção do ambiente no ordenamento jurídico português**, In: **Textos: ambiente e consumo**, v. II, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa 1996. p. 26, grifos no original).

bens da natureza como *res nullius* coisa de ninguém, e não eram considerados como custos pela economia convencional. A partir de uma visão holística do meio ambiente, surge a consciência da necessidade da incorporação das externalidades da produção nos custos, quando uma determinada conduta atentar contra a economia ambiental.

Para garantir a sustentabilidade, todo projeto deveria observar os seguintes critérios:

a) para *recursos renováveis*, a taxa de uso não deve exceder à taxa de regeneração de rendimento sustentável e as taxas de geração de resíduos, nos projetos, não devem exceder à capacidade assimilativa do ambiente (*disposição sustentável de resíduos*).

b) para os *recursos não renováveis*, as taxas de geração de resíduos, por projeto, não devem exceder a capacidade assimilativa do ambiente e o esgotamento dos recursos não renováveis deve requerer taxas comparáveis às de substitutos renováveis para esses recursos.

Este caminho começa a ser considerado pela economia ambiental e precisa do respaldo do Direito para efetivar os conceitos das ciências naturais, e agora da economia. Assim sendo, a ação civil pública fornecerá um meio processual ágil, efetivo e adequado para viabilizar a proposta do desenvolvimento sustentado, ao exigir a indenização por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente.

O princípio do poluidor-pagador traz o enunciado, hoje aceito pela moderna economia e gestão, de que aquele que se utilizar dos recursos naturais deverá pagar integralmente pelos impactos que provocar. Igualmente, tal princípio exprime a obrigação da reparação de todos os danos causados ao meio ambiente.

De igual forma, a ação civil pública visa proteger os direitos do consumidor, dando efetividade a um comando estabelecido na Constituição Federal que, expressamente, determina a organização de um sistema de proteção ao consumidor. O fornecedor de produtos ou serviços responderá, independentemente de culpa, por danos causados ao consumidor e a terceiros, vítimas de acidente de consumo.

Para a caracterização da responsabilidade do causador do dano, basta a demonstração da ocorrência do dano e a prova do nexo de causalidade entre a ação do agente e o resultado, dispensando-se a avaliação do elemento moral, ou seja, da culpa^{22, 23, 24}.

Estabelece o artigo 3º da lei 7.347/85 que a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Nos termos do artigo mencionado, a tutela do meio ambiente ou dos direitos do consumidor resultará de uma ação de conhecimento, do tipo condenatória. Este objeto será exteriorizado através do pedido, que poderá ser simples, cumulado, alternativo, eventual, imediato e mediato. O pedido imediato consiste na providência jurisdicional solicitada, o tipo de tutela pretendido: sentença condenatória, declaratória, constitutiva ou mesmo providência executiva, cautelar ou preventiva. O pedido mediato é a utilidade que se quer alcançar pela sentença ou providência jurisdicional, isto é, o bem material ou imaterial pretendido pelo autor.

O pedido imediato terá, em geral, a natureza condenatória.

Neste sentido é oportuno lembrar José Frederico Marques quando ensina que o “objeto do pedido é a tutela jurisdicional. Todavia, esse é o objeto imediato, pois que o objeto mediato será aquele a ser atingido com a prestação, a declaração, ou com a formação de nova situação jurídica”²⁵.

Já Arruda Alvim²⁶ afirma que o pedido representa o tipo de bem jurídico desejado pelo autor, dividindo-se em pedido imediato, ou seja, o tipo de provimento jurisdicional pleiteado e pedido mediato, que representa o bem jurídico material (bem da vida) subjacente ao pedido imediato. O pedido mediato evidenciará o objeto litigioso, ou a lide (na terminologia do Código), ou o mérito. A lide é a base da teoria Carnelutiana e é definida pelo mestre italiano

22 Art. 14, § 1º da Lei n. 6.938, de 31.8.81, que estatui Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

23 Artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor estatui que: O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

24 Hugo Nigro Mazzilli, ensina que: “Para haver responsabilidade, objetiva ou não, é preciso haja relação de causalidade: a ação ou omissão devem, de forma direta ou indireta, ser causal e materialmente atribuídas a quem se pretende responsabilizar; dispensável, sim, é o exame do elemento subjetivo que informou a ação ou a omissão (irrelevante, pois, a discussão da culpa). Dentro dessa concepção, o Código do Consumidor expressamente proclamou a exclusão da responsabilidade por falta de nexo causal”. (Op. cit., p. 504-505).

25 **Manual de direito processual civil**, v. II, São Paulo: Saraiva: 1974. p. 47.

26 **Idem**, p. 139.

como²⁷ o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um interessado e pela resistência do outro.

O artigo 11, da citada Lei 7.347/85, estabelece as consequências da sentença, bem como cominação de multa diária para o caso de não cumprimento, como forma de agilizar a efetivação da tutela, evitando a demora do réu.²⁸ O artigo 11 deixa claro que a intenção do legislador é a de conseguir, na medida do possível, que o poluidor, o fraudador, o vândalo, reparem o mal feito; o ideal seria a execução em espécie, de maneira que se repusesse o bem ou interesse lesado no seu *status quo ante*. Infelizmente, nesta classe de bens nem sempre isto é possível: o consumidor já terá utilizado o bem adquirido; a erosão já terá deteriorado a paisagem; o manancial já terá secado porque foram cortadas as matas ciliares etc. O artigo em estudo, mostrando o caráter público da ação civil, permite ao juiz a alternativa de fixação de multa pecuniária diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor. Esta multa será revertida a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, e seus recursos serão exclusivamente utilizados para reconstituição de bens lesados. Neste caso a ação terá natureza predominante cominatória, com a feição do art. 287 do CPC: “se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação de pena pecuniária, para o caso de descumprimento da sentença”.

Tal multa reverterá para o fundo. Uma vez que tais bens e interesses sendo difusos, o produto da condenação não poderá ser subjetivado.

É necessário, também, atentar para a causa de pedir, consistente nos fatos e fundamentos jurídicos.

Ainda é oportuno lembrar que, por força do disposto no artigo 117 do CDC, foi incorporado um novo dispositivo à Lei 7.347/85, como art. 21, com o seguinte teor: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

No referido Título III, entre outras determinações de ordem processual, encontra-se a regra do artigo 83, que admite, para a defesa dos direitos difusos e coletivos, todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Dessa forma, a pretensão que visa proteger um dos interesses difusos referidos, na lei da ação civil pública, poderá ser tutelada por qualquer tipo de ação. Há, também, regras processuais que ampliam, significativamente, o campo de ação e possibilidades de pretensões dedutíveis, via ação civil pública.

27 CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**, v. I, Padova: Cedam, 1936. p. 40.

28 Estatui o artigo 11 que: Art. 11 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor

3.4 A TUTELA ASSECURATÓRIA E INIBITÓRIA

Um dos princípios basilares do Direito Ambiental é o princípio da prevenção: visa à ordenação do sistema produtivo, de molde a propiciar um desenvolvimento capaz de atender às necessidades das gerações atuais, sem comprometer a vida das gerações futuras. Para tanto, todo um microsistema jurídico foi edificado, objetivando, especialmente, prevenir danos de reparação difícil ou impossível.

O Direito brasileiro, tradicionalmente, apresentou duas modalidades de tutela inibitória: o mandado de segurança e o interdito proibitório²⁹.

Com o advento do Código do Consumidor e, mais recentemente, com a reforma do Código de Processo Civil e a introdução do artigo 461, estabeleceu-se, entre nós, uma tutela inibitória como tutela preventiva, com a finalidade de prevenir o ilícito.

A tutela inibitória tem grande aplicação no Direito Ambiental, em razão de que intenciona não ressarcir um dano, mas evitar a sua produção. Como a questão do dano provável é comum em matéria de proteção ambiental, a tutela inibitória surge como importante ferramenta para evitar a produção de um dano ao meio ambiente.

A tutela inibitória é um meio eficiente de tornar realidade a letra do artigo 225 da Constituição Federal, quando garante o direito a um “meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida”, impedindo a prática, a repetição ou a cessão do dano ambiental. Com efeito, ao vislumbrar o futuro, impedindo o dano provável e não apenas o ressarcimento do ocorrido, a tutela inibitória apresenta uma correlação entre processo e direito material, assegurando a sua efetividade.

A Constituição Federal, também, assegura a tutela inibitória, ao determinar em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* de direito” (grifo nosso). Dessa forma, havendo o risco de um dano provável, qualquer um dos colegitimados ativos estará legitimado a pleitear a tutela inibitória, por meio da ação civil pública.

A tutela inibitória não exige a demonstração da culpa ou a ilicitude de uma conduta. Dessa forma, se alguém está na iminência de provocar um dano, ainda que agindo lícitamente, como no caso de uma atividade licenciada, mas possivelmente provocadora de dano, admite-se a tutela inibitória para impedir que o dano venha a ocorrer, ainda que se trate de dano provável. A propósito, Lodovico Barassi destaca: “a demonstração da culpa é imposta para o ressarcimento de um dano atual, porém não para a sua prevenção”³⁰.

29 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 55.

30 **La teoria generale delle obbligazioni**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 431.

No mesmo sentido, Marinoni comenta: “Não é possível confundir tutela inibitória com tutela ressarcitória porque não é uma tutela contra o dano, não exigindo, portanto, os mesmos pressupostos da tutela ressarcitória”³¹.

Como já se pode perceber, a configuração de uma tutela genuinamente preventiva implica na quebra do dogma – de origem romana – de que a única e verdadeira tutela contra o ilícito é a reparação do dano, ou a tutela ressarcitória, ainda que na forma específica.

O artigo 3º da Lei nº 7.347/85, admite a propositura da ação civil pública nas ações que tenham por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Já o artigo 84³² do CDC disciplina a concessão da tutela inibitória por meio da qual o juiz, em caráter preventivo ou diante de um dano efetivamente causado, determinará que o réu cesse a atividade, tome alguma providência ou deixe de praticar determinados atos nocivos ao consumidor ou ao meio ambiente. No caso da tutela inibitória não será necessário fazer a prévia prova da culpa, mas apenas a existência da possibilidade de um dano em potencial. Para tanto, deverá o autor demonstrar a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final.

O Código de Processo Civil, por força de recente alteração introduzida pela Lei nº 8.952, de 13.02.94, transplantou o artigo referido, inserindo seu conteúdo no artigo 461, que, através da tutela específica, viabiliza a garantia da satisfação in natura e a chamada tutela assecuratória, por meio das quais o juiz determinará o cumprimento da obrigação tal qual foi pactuada, ou assegurará o resultado prático equivalente ao do adimplemento,³³ ou da tutela inibitória, objetivando evitar dano real ou provável. A respeito da matéria é oportuna a lição de Kazuo Watanabe, quando conclui:

O legislador deixa claro que, na obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer, o que importa, mais do que a conduta do devedor, é o resultado prático assegurado pelo direito. E para obtenção dele o juiz deverá determinar todas as providências e medidas legais e adequadas ao seu alcance, inclusive, se necessário, a modificação do mundo fático, por ato próprio de seus auxiliares, para conformá-lo ao comando emergente da sentença. Impedimento da publicidade enganosa, inclusive com uso da força policial, se necessário, retirada do mercado de produtos e serviços danosos à vida, saúde e segurança dos consumidores, e outros atos mais que conduzam à tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer³⁴.

31 Idem, p. 26-27.

32 Art. 84 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

33 Cf. ALVIM, J. E. Carreira. **Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual**, Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 210-211.

34 **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 524.

O atual CPC e o CDC estabelecem que a conversão em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se for impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. A obtenção do resultado prático correspondente será analisada pelo juiz, diante do caso concreto, e a possibilidade técnica de efetivá-la deverá ser determinada no caso concreto. Não pode o réu alegar que a opção do resultado prático equivalente seria a mais onerosa e que, portanto, prefere indenizar por perdas e danos. A opção por perdas e danos é do autor da ação. Igualmente tem que ser avaliada a disponibilidade ou indisponibilidade do direito em litígio; tratando-se de direitos difusos, o autor sofre limitações, pois não é titular absoluto do direito, para poder dele renunciar. Ocorrendo, por exemplo, um dano ao meio ambiente, como a contaminação de um manancial por força de um acidente ecológico, o juiz poderá determinar que o responsável pela indenização proceda à recuperação da qualidade da água, ao repovoamento da população de peixes e à indenização dos prejuízos sofridos pela companhia de distribuição de água, além de eventuais danos morais sofridos pela população. Não pode o causador do dano, simplesmente, optar pela indenização em dinheiro; se o resultado prático puder ser obtido, ele estará obrigado a arcar com a prestação específica, do que foi determinado pelo juiz.

No que se refere às perdas e danos, estes ocorrerão independentemente da obrigação do pagamento da multa prevista no artigo 287 do CPC, que estabelece que, caso o autor postule que o réu seja condenado a abster-se da prática de um ato, a tolerar alguma atividade ou a executar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação de pena pecuniária, para o caso de descumprimento da sentença. A multa é aplicada para garantir a execução específica, buscando influenciar a vontade do obrigado, para forçá-lo a cumprir a obrigação que Calmon de Passos denomina de meios de coação³⁵.

Estes são, largamente, utilizados no direito inglês e norte-americano, que preveem sanções severas para o contempt of court, ou seja, o desrespeito à autoridade do juiz ou do tribunal que proferiu a decisão. A propósito do direito norte-americano, o cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer é resultado de uma *injunction*, no qual o juiz poderá determinar a pena de multa ou prisão do réu que não acatar o julgamento.

Analisando os resultados de um processo de *injunction*, Mary Kay Kane nos ensina:

Nos casos em que a sentença resulta na determinação de cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, o vencedor poderá, caso o vencido não cumpra a determinação judicial, caracterizá-lo em *contempt of court*, para obrigá-lo a submeter-se ao julgado. O não cumprimento da decisão resultará na imposição de uma multa, prisão do devedor ou ambas³⁶.

35 **Comentários ao código de processo civil**, n. 97, São Paulo: Forense, 1994. p. 163.

36 **Civil procedure**, 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1995. p. 207.

Este meio coercitivo na verdade representa uma tentativa de tornar efetiva a decisão do juiz. Tratando da matéria, Liebman nos ensina que:

As obrigações de fazer ou não fazer são, pois, em maior ou menor extensão, inexequíveis. Daí o esforço de encontrar meios para induzir o devedor a cumprilas voluntariamente, sob a ameaça de pesadas sanções. É o que fez a jurisprudência francesa com o sistema das *astreintes*. Chama-se *astreinte* a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou por qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de desfazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente. Caracteriza-se a *astreinte* pelo exagero da quantia em que se faz a condenação, que não corresponde ao prejuízo real causado ao credor pelo inadimplemento, nem depende da existência de tal prejuízo. É antes uma pena imposta com caráter cominatório para o caso em que o obrigado não cumprir a obrigação no prazo fixado pelo juiz³⁷.

Também o direito alemão prevê, no § 888 da ZPO, a possibilidade da aplicação de multa pecuniária ou prisão³⁸. A este respeito, Leon Resenberg esclarece:

tal pena tem certamente caráter compulsivo ou coativo, e para tanto deve atemorizar o réu diante do não cumprimento do julgado; porém, a causa da contravenção já ocorrida, principalmente, tem o caráter de uma pena verdadeira de índole administrativa, e ela será fixada de acordo com os princípios do direito penal³⁹.

Os bens e direitos tutelados pela ação civil pública exigem um tratamento diferenciado, posto à disposição pelo microsistema do direito ambiental, eo juiz, de maneira enérgica e pronta, determinará a correção do dano causado ou a cessação da atividade nociva.

Igualmente, no sistema jurídico brasileiro, a decisão tomada pelo juiz não necessita ser objeto de um processo de execução, pois é satisfativa por si só, sendo que a desobediência da ordem judicial poderá resultar na exigibilidade da pena pecuniária imposta, ou até mesmo levar o réu à prisão.

Tratando-se de *astreinte*, que é o caso dos artigos 11 da Lei da Ação Civil Pública e 84 § 4º do CDC, tais valores reverterão ao fundo para reconstituição de bens lesados.

A doutrina distingue as multas fixadas na sentença (*astreintes*) das multas liminares. A multa liminar é fixada no despacho inicial, como uma medida antecipatória em juízo de cognição parcial, objetivando prevenir danos que poderiam ser causados pelo réu, e somente será

37 **Processo de Execução**, São Paulo: Saraiva, 1963. p. 159.

38 § 888 - Se o ato não puder ser executado por um terceiro e depender exclusivamente da vontade do devedor, o Tribunal de primeira instância ordenará, a pedido do credor, que se obrigue aquele a cumprir o ato sob pena pecuniária ou prisão. Na imposição da primeira o Tribunal não estará sujeito a limitações. Esta disposição não será aplicável em caso de condenação a contrair matrimônio, ao restabelecimento da vida conjugal ou à realização de serviços derivados de um contrato desta classe.

39 **Derecho procesal civil**, T. III, Buenos Aires: E.J.E.A., 1955. p. 253.

devida se for descumprida a liminar. Já a multa imposta na sentença é uma cominação diária para forçar o cumprimento do preceito contido na prestação jurisdicional. A primeira ocorre diante do descumprimento e do trânsito em julgado da sentença. A segunda poderá ser exigida tão logo ocorra o descumprimento, pois é resultado não de uma antecipação dos efeitos da tutela, mas da tutela efetivamente prestada.

3.5 O OBJETO ESPECÍFICO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O objeto mediato de uma ação civil pública para a proteção do meio ambiente vem a ser, em última análise, a defesa do direito à vida com qualidade.

Esta nova modalidade de acesso à justiça propicia a reparação integral de um dano provocado, a cessação de qualquer atividade nociva ou que, de qualquer modo, possa provocar dano ambiental.

A Lei nº 7.347/85, como é sabido, oferece sua tutela para proteção de direitos difusos, coletivo e individuais homogêneos. O tema deste trabalho limita-se à análise do uso da ação civil pública para a tutela do meio ambiente.

É importante lembrar quando se busca a tutela jurisdicional para a proteção do meio ambiente, o que se faz, em última instância, é regular condutas humanas nas suas relações com um sistema da natureza. As leis naturais – forçoso é repetir – não podem ser mudadas por leis socioeconômicas ou jurídicas. O que o Direito Ambiental vai regular é uma conduta humana, para que esta não atente contra a vida. Destarte, deixam de ser importantes os interesses subjetivos, razão pela qual os conceitos tradicionais de direito civil, de direito administrativo e de direito processual devem ceder lugar às concepções construídas pelo microsistema do Direito Ambiental⁴⁰. É a aplicação do princípio da supremacia do interesse coletivo na defesa do meio ambiente sobre os interesses individuais, princípio tantas vezes lembrado ao longo deste trabalho.

É com esta visão, multidisciplinar, holística e sistêmica, que o juiz deve avaliar a tutela do meio ambiente.

3.5.1 A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

O objeto da tutela é o meio ambiente natural, artificial, cultural ou de trabalho, sendo que, em qualquer uma destas hipóteses, será admissível o acesso à ação civil pública.

40 José Luis Serrano Moreno, conceitua ecossistema como: um conjunto de funções e estruturas de funções que contém elemento autoreguladores implícitos, que dão lugar ao equilíbrio da natureza por meio da oposição apropriada entre processos que se protegem mutuamente frente a eventuais transtornos. Ecossistema é, pois, um processo biológico espaço-temporalmente diferenciado de seu entorno, que em sua interação com ele, e mais ou menos automaticamente, faz possível a implementação de seus próprios objetivos sistêmicos básicos. (**Ecología y derecho: principios de derecho ambiental y ecología jurídica**. 2. ed. Granada: Comares, 1992. p. 32-33)

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado gera para todos os habitantes deste País o poder jurídico de impedir a prática de atividades capazes de comprometer a qualidade de vida.

Admite-se, assim, a reparação integral do dano causado, bem como do dano provável, em razão das peculiaridades do bem jurídico tutelado.

A Lei nº 6.938/81 definiu meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

O legislador conceituou também degradação ambiental, por meio do mesmo Diploma Legal, como a alteração adversa das características do meio ambiente.

Uma discussão, ainda latente, diz respeito à extensão e à profundidade da expressão meio ambiente: o sistema jurídico protegeria apenas o ambiente natural ou também estaria compreendido todo o entorno humano, tanto natural quanto artificial? Silvia Jaquenod de Zsögön, registra que a Diretiva da Comunidade Europeia 85/337-CEE, analisando a amplitude da avaliação de impacto ambiental, entende por ambiente “o sistema constituído por diferentes variáveis de estado e fluxo, como a fauna, a flora, o clima, o ar, o solo, a água e a paisagem, a interação entre os elementos anteriores, os bens materiais e o patrimônio cultural”⁴¹.

Ramón Martín Mateo entende:

o conceito de ambiente deve estar limitado enquanto entorno natural do homem, ou seja: o conjunto da biosfera, entendida esta em sentido estrito. A especificidade do direito ambiental seria dada pela resposta que se pode oferecer frente a condutas negativamente perturbadoras do equilíbrio ecológico. Mais concretamente temos entendido que os bens tutelados são os recursos naturais comuns: a água, o ar, que por sua vez, se forem inadequadamente utilizados, geram toda uma série de transtornos dos sistemas naturais. Desde um enfoque puramente metodológico, não dogmático, se justifica que o ambiente se reconduza basicamente à água, ao ar enquanto fatores básicos da existência no microcosmos terráqueo⁴².

Permitimo-nos discordar do mestre e precursor do Direito Ambiental supracitado, entendendo que, além dos elementos tradicionalmente, conhecidos como *res nullius*, não se pode esquecer que o conceito jurídico de tutela ambiental transcende a uma visão antropocêntrica e integra aos elementos naturais, indispensáveis à vida, também os valores culturais, estéticos, turísticos e paisagísticos que são componentes do entorno natural e, também, são indispensáveis à vida com qualidade.

Nossa Lei Ambiental, nº 6.938/81 deixa clara tal opção quando, conceituando poluição, considera como tal a degradação da qualidade ambiental que prejudique a saúde, a segurança e

41 **El derecho ambiental y sus principios rectores**, Madrid: Diykinson, 1991. p. 39.

42 **Tratado de derecho ambiental**. Madrid: Trivium, 1991. p. 88. v.1.

o bem-estar da população, bem como crie condições adversas às atividades sociais e econômicas, ou ainda, quando afete as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente.

É válido concluir, portanto, que integram o conceito de meio ambiente tutelado pelo Direito Ambiental, além dos recursos naturais, outros elementos, físicos e biológicos, monumentos históricos, o solo, a fauna, o ordenamento urbano, o ordenamento sanitário e outros fatores culturais, capazes de assegurar o bem-estar, ou seja, a vida com qualidade.

O Direito Ambiental assegura a reparação de qualquer tipo de dano, ocorrido ou provável, que tenha comprometido, ameaçado ou, de qualquer modo, diminuído a qualidade de vida de um cidadão ou conjunto de pessoas.

4 REPERCUSSÕES DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A Constituição Federal, no artigo 225, criou a figura do macrobem ambiental. Uma nova categoria de bens que, ao lado dos bens públicos e privados, integra o grupo dos bens difusos. Com efeito, tais bens pertencem a um número indeterminado e indeterminável de pessoas ligadas entre si por uma circunstância de fato.

Além de criar o macrobem ambiental, a Constituição determina ser dever de todos, poder público e coletividade, defender e preservar os bens ambientais para as gerações presentes e futuras.

Esse dever coletivo resulta do princípio da ubiquidade em matéria de gestão ambiental. Este princípio significa que a variável ambiental deve ser considerada em todas as atividades humanas.

Durante muito tempo se atribuiu a responsabilidade pela proteção do meio ambiente ao poder público e a segmentos organizados da sociedade civil. E, mesmo assim, a responsabilidade era claramente compartimentada. Sempre que era feita pergunta: quem cuida de meio ambiente no Governo? A resposta em geral recaía sobre o Ministério do Meio Ambiente ou a correspondente secretaria, em nível estadual ou municipal.

Hoje não há dúvida sobre qual a resposta: quem cuida do meio ambiente, no Governo, é o Governo por inteiro e, no setor privado, é toda a coletividade.

Dessa forma, a temática passou a fazer parte do cotidiano de dirigentes empresariais.

A par da responsabilidade legal surge a responsabilidade social segundo a qual a empresa passa a ter, além de sua finalidade econômica, um compromisso social com valores e interesses maiores da sociedade como um todo. O lucro continua ser o grande motor da economia; no entanto, a empresa deve se preocupar com outras questões como a produção com respeito aos padrões ambientais, de modo a propiciar o desenvolvimento sustentável.

Desenvolvimento sustentável é entendido como aquele que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer a vida das gerações vindouras.

A Constituição Federal, em seu artigo 225, instituiu, pela primeira vez no sistema jurídico brasileiro, o direito intergeracional. Dessa forma, além do dever de manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações atuais, prevê o compromisso de atender igual exigência para as gerações futuras. Tal previsão permite o acesso à Justiça para obter a prestação jurisdicional a fim de impedir a execução de obra ou atividade que, executada no presente, possa provocar danos no futuro.

Dessa forma, nosso sistema jurídico admite a prestação jurisdicional diante da hipótese de dano provável, ao contrário do que previa o sistema tradicional.

A amplitude da ação civil pública é muito grande e, em geral, resulta em grande repercussão junto a opinião pública. Essa repercussão vai além da estrita esfera do processo e atinge o mercado podendo comprometer a imagem e as operações da empresa.

No Brasil recentemente ocorreram episódios envolvendo a recusa de supermercados em comprar carne de frigoríficos situados na Amazônia, que adquiriam bovinos criados em fazendas onde houve desmatamento ilegal, o mesmo ocorrendo com empresas importadoras internacionais, que deixaram de comprar soja produzida em iguais condições.

Nos países de primeiro mundo já é comum o chamado *Green marketing* no qual a certificação de qualidade ambiental de produtos é fator decisivo na escolha por consumidores.

Por outro lado os bancos têm tido uma preocupação com a questão ambiental em dois níveis: de um lado, têm adotado iniciativas visando uma gestão ambientalmente correta por meio de práticas ambientais voltadas à sustentabilidade; de outro, têm uma preocupação com a regularidade ambiental de projetos objeto de suas operações.

A Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) realizou estudo no qual concluiu que, dos bancos que participaram do relatório, 36,8% tinham um compromisso com a causa ambiental e mantinham em seus quadros funcionários especializados em análise e avaliação de risco ambiental. E mais: 30,6% fornecem linhas de crédito para projetos que visam a prevenir ou minimizar impacto ambiental e 33,3% para projetos que visam a reparar algum dano. Participam de comitês/conselhos locais ou regionais e discutem a questão ambiental 31,6% dos bancos. Já a contribuição para preservação da biodiversidade por meio de projetos de conservação de áreas protegidas ou programas de proteção a animais ameaçados tem a participação de 25,6%⁴³.

43 FEBRAN – Meio Ambiente, disponível em: > http://www.febraban.org.br/Arquivo/Servicos/Dadosdosetor/Meio_ambiente_2004_dadossetor.asp, acesso em: 20 ago.2009.

Os bancos públicos brasileiros também firmaram o Protocolo Verde⁴⁴, por meio do qual assumem compromissos e ações preventivas de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável, obrigando-se não só a exigir o cumprimento das normas ambientais, como também a avaliar o projeto do início até a implantação definitiva. não apenas no aspecto financeiro e de viabilidade econômica, mas também fazendo uma avaliação de custo-benefício ambiental na defesa do interesse da coletividade.

Diante do compromisso dos bancos com a preservação do meio ambiente, a existência de uma ação civil pública poderá dificultar ou até mesmo impedir o acesso ao crédito.

Em alguns casos a pendência da ação poderá retardar a conclusão da operação, resultando em grave custo-espera do projeto. Em outros, a instituição financeira poderá condicionar a aprovação do projeto à adoção de práticas ambientais objeto da ação pendente.

A ação civil pública poderá atingir a empresa por diferentes modos com uma repercussão social e econômica muito mais grave que um procedimento individual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O isolamento da categoria direitos difusos foi um dos mais notáveis feitos da ciência jurídica no século passado, exigindo uma profunda transformação do Direito e das formas de acesso à Justiça.

A ação, na tutela coletiva, deixa de ser um simples capítulo de direito material e passa a integrar a classe dos direitos políticos como modo de adequada e rapidamente dar efetividade a direitos fundamentais.

O surgimento da sociedade de massa exige a criação de um direito de massa voltado à defesa de valores fundamentais da sociedade.

Para efetivar os direitos coletivos o processo civil passa por profundas transformações com alterações, entre outras, nos conceitos e fundamentos de parte, lide, prova e coisa julgada.

A legitimação deixa de ser classificada como ordinária ou extraordinária e passa a ser conceituada como disjuntiva e concorrente, autorizando simultaneamente os vários entes legitimados à propositura da ação coletiva.

Diante da importância do macrobem ambiental, surge a possibilidade de inversão do ônus da prova, alterando-se o conceito tradicional do Processo Civil.

Os limites da lide deixam de ser estabelecidos pelo autor, quando da propositura da ação, e a mesma passa a ser moldada pelo juiz no decorrer do processo, diante da magnitude do direito considerado, bem como das características de indeterminação dos titulares do direito

44 BDM E O MEIO AMBIENTE, disponível em: http://www.bdmg.mg.gov.br/institucional/inst_bdmg_meio-amb.asp, acesso em: 20 ago. 2009.

difuso, de sua intensa mutação no tempo e no espaço e da grande conflituosidade interna que o caracteriza.

O conceito de coisa julgada também sofre alterações, relativizando seus efeitos e tornando-a ineficaz toda vez que contrariar o interesse público, assim como estendendo seus limites são oponíveis a todos e beneficia mesmo que não tiver sido parte do processo, mas for titular de um direito dele decorrente.

O responsável pelo dano ambiental deverá reparar integralmente o dano independente de culpa, com a aplicação da teoria do risco proveito, no qual a responsabilidade é integral e não mitigada.

A tutela ambiental poderá ocorrer mesmo na hipótese de dano provável, ao contrário do sistema tradicional, que exige a existência de um dano para justificar a propositura da ação.

O bem ambiental é complexo no sentido de que o dano provocado a uma parte poderá atingir o todo. São coisas vivas, que se movem, que interagem, como as correntes marinhas, o regime de chuvas, sistemas de vida vegetal, animal, aquático ou terrestre. Assim, o dano causado a uma parte poderá atingir o todo.

O passivo ambiental poderá ser significativo diante da complexidade dos ecossistemas atingido e da magnitude e interação dos recursos naturais.

A responsabilidade pela preservação ambiental é coletiva, sendo que, nos termos da Constituição Federal, incumbe a todos, Poder Público e setor privado, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A empresa diante do conceito de responsabilidade social tem o dever de internalizar as externalidades ambientais negativas incorporando a seus custos o capital da natureza.

Os bancos responderão solidariamente por danos ambientais provocados por empresas por eles financiadas quando financiaram atividades que sofrem restrições ambientais, incumbindo-lhes, além da análise de viabilidade econômica, no deferimento de operações de crédito avaliar também a conformidade ambiental.

Estamos vivendo um momento em que a temática da defesa do ambiente deixou de ser responsabilidade de governos e de organizações não governamentais de militância ambiental, e passou a ser responsabilidade de todos.

Em síntese: Um novo mundo ou não teremos mundo.

BIBLIOGRAFIA

ALTERINI, Atílio Aníbal. Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas. **Revista Brasileira de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, 1995.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

- ALVIM, J. E. Carreira. **Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- BARASSI, Lodovico. **La teoria generale delle obbligazioni**. Milano: Giuffrè, 1964.
- BDM E O MEIO AMBIENTE, disponível em: http://www.bdmg.mg.gov.br/institucional/inst_bdmg_meioamb.asp, acesso em 20 ago. 2009.
- CAPELETTI, Mauro; HART, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. v. I. Padova: Cedam, 1936.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- FEBRAN – Meio Ambiente, disponível em: > http://www.febraban.org.br/Arquivo/Serviços/DadosdosetorMeio_ambiente_2004_dadossetor.asp>, acesso em: 20 ago. 2009
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- _____. A Ação Civil Pública e a Defesa dos Direitos Constitucionais Difusos. In: MILARÉ, Édís. **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. **Associação civil e interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. (Dissertação de Mestrado), PUC/SP, São Paulo, 1989.
- IPCC/ONU – Novos Cenários Climáticos – Versão em português. Disponível em: <http://www.ecolatina.com.br/pdf/IPCC-COMPLETO.pdf>, Acesso em: 20 ago. 2009.
- KANE, Mary Kay. **Civil procedure**, 3. ed., St. Paul: West Publishing Co., 1995.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1963.
- MAIMON, Dalia. **Ensaio sobre economia do meio ambiente**. Rio de Janeiro: APED, 1992.
- MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva: 1974. v.II.
- MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de derecho ambiental**. Madrid: Trivium, 1991. v.1.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A Tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

- NERY JÚNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- PASSOS, Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, n. 97, 1994.
- ROSENBERG, Leon. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: E.J.E.A., 1955. Tomo III.
- MORENO, José Luis. **Ecología y Derecho**: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica. 2. ed. Granada: Comares, 1992.
- SILVA, José Afonso da Silva. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TORRES, Mário José de Araújo, A protecção do ambiente no ordenamento jurídico português, In: **Textos**. Ambiente e Consumo, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa 1996. v. II.
- WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod de. **El derecho ambiental y sus principios rectores**. Madrid: Dykinson, 1991.

**PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL AMBIENTAL BRASILEIRO
EM FACE DO DIREITO DE PROPRIEDADE,
ATRAVÉS DO TOMBAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS
DE INCENTIVO FISCAL**

Rita da Conceição Coelho Loureiro SANTOS
Soraya Regina Gasparetto LUNARDI
Luiz Cláudio GONÇALVES FILHO

1 INTRODUÇÃO

A proteção do patrimônio cultural inicialmente não objetivava a recuperação e restauração dos bens históricos, mas a simples preservação¹. Esta prática teve como resultado a deterioração de muitos bens culturais e históricos, em especial aqueles situados no entorno daqueles privilegiados pela preservação.

A Carta de Veneza, resultante do II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos de 1964, oferece um marco decisivo, substituindo o antigo conceito de excepcionalidade pelo de proteção integral².

Assim abandona-se a ideia de proteção segmentada para se aderir a ideia de proteção do todo. É o conjunto arquitetônico que ganha significado, para que o objeto histórico evidenciado não perca seu valor.

É ainda na Carta de Veneza, em seu artigo 1º que se afirma:

(...) a noção de monumento histórico compreende a criação arquitetônica isolada, bem como o sítio urbano ou rural que dá testemunho de uma civilização particular, de uma evolução significativa ou de um acontecimento histórico. Estende-se não só

1 Para maiores esclarecimentos ler o documento Carta de Atenas, de 1933. É o documento urbanístico do IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (CIAM), realizado em Atenas em 1933.

2 Para maiores esclarecimentos ler o documento Carta de Veneza de 1964. É a Carta Internacional sobre a conservação e restauro dos monumentos e os sítios, realizada em Veneza em 1964.

às grandes criações, mas também às obras modestas, que tenham adquirido, com o tempo, uma significação cultural.

O artigo 5º do mesmo instrumento estabelece que “(...)a conservação dos monumentos é sempre favorecida por sua destinação a uma função útil à sociedade, tal sociedade é, portanto desejável; mas não pode nem alterar a disposição ou a decoração dos edifícios”.

Finalmente o artigo 7º declara que (...) o monumento é inseparável da história de que é testemunho e do meio em que se situa. Por isso, o deslocamento de todo o monumento ou de parte dele não pode ser tolerado, exceto quando a salvaguarda do monumento o exigir (...)”³.

Vê-se, ainda, no cenário internacional, a evolução da proteção cultural no sentido de assegurar a proteção de bens de relevância histórica. Essa visão ultrapassa os valores de aspectos materiais para os imateriais tais como formas de expressão, modos de criar, fazer e viver da coletividade humana. A Declaração do México, resultante da Conferência Mundial sobre políticas culturais, organizada pelo Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (ICOMOS), em 1985, em seu item 23, menciona que “(...)o patrimônio cultural de um povo compreende as obras de seus artistas, arquitetos, músicos, escritores e sábios, assim como as criações anônimas surgidas da alma popular e o conjunto de valores que dão sentido à vida (...)”⁴.

Assim, as obras materiais e imateriais que expressam a criatividade do povo, a saber: a língua, os ritos, as crenças, os lugares, monumentos históricos, a cultura, obras de arte e os arquivos de bibliotecas, são alguns dos valores acoplados à preservação.

As manifestações culturais de um povo não estão somente em suas crenças, costumes, expressões linguísticas, danças e religiões, mas também em seus bens patrimoniais, motivo pelo qual se torna relevante sua preservação. Como bem assinala Celso Antônio Pacheco Fiorillo “(...) para que um bem seja considerado como patrimônio histórico é necessária a existência de nexos vinculante com a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”⁵.

A cultura, no nosso entendimento, é tudo o que está na formação do homem como ser e tudo o que o envolve nas mais complexas relações com outros seres e objetos. Isso tudo forma o patrimônio cultural, cuja vertente é a própria história humana. Consequentemente, o patrimônio cultural pode ser considerado como tudo o que nos remete à memória de uma coletividade com suas realizações culturais. De acordo com Sonia Bueno Affonso e Nelson Pesciotta: “o

3 RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A Evolução da Proteção do Patrimônio Cultural: Crimes Contra o Ordenamento Urbano e Patrimônio Cultural. In: PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José (Org.). **Temas de direito ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998, (Advocacia Pública & Sociedade). p. 202, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Ano III, nº 3, p. 199-225.

4 Para maiores esclarecimentos ver **Declaração México**, de 1985. Esta declaração é resultante da Conferência Mundial sobre políticas culturais, organizada pelo Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (ICOMOS), em 1985, no México.

5 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 300.

produto do processo cultural, de um determinado grupo de pessoas o caracteriza, lhe dá alma e sentimento. Este produto constitui no que se denomina Bens Culturais”⁶.

É justamente a noção de cultura que irá nos diferenciar dos demais animais, uma vez que ela decorre da racionalidade. Válido ressaltar nesse sentido o pensamento de Carlos Alberto Molinaro⁷:

Nós, certamente, continuamos sendo animais, animais sociais; todavia, quando criamos a cultura (naturalmente), no processo de acercamento ao cultural, nos distinguimos dos seres puramente naturais, dos animais ou de outra forma de vida, é a nossa racionalidade (mas não só ela) o fator indutor desta metamorfose cultural. As características dos demais animais encontram-se presentes em nós, somente a metamorfose do cultural que está fazendo história é propriamente nossa. É implicante e implicadora de um mundo novo cujas fronteiras não são visíveis de imediato, mas visibilizadas por uma produção objetual que se realiza histórica e socialmente. Assim, todo esse processo representa uma síntese de valores que nós acumulamos quando transformamos a natureza e geramos a cultura (como um processo que continuamente, se faz (...)) adjetivando-lhe sentidos, significações diversas e representativas.

Vários autores possuem uma forma diferente de conceituar o patrimônio cultural, mas todos levam em consideração o irresistível relacionamento entre o homem e o meio ambiente. Assim esclarece Hugo Nigro Mazzilli⁸:

A expressão patrimônio cultural tem sido utilizada em doutrina para referir-se ao conjunto dos bens e interesses que exprimem a integração do homem com o meio ambiente (tanto o natural como o artificial), como aqueles de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico ou arqueológico.

Portanto, conforme já expusemos, para que o bem possa ser considerado de valor cultural, é preciso que a coletividade o reconheça como tal e, conseqüentemente, o Poder Público passe a protegê-lo, seja esse bem particular ou público. Não por outro motivo, Hugo Nigro Mazzilli entende que: “(...) o valor cultural não decorre do tombamento, e sim o inverso é que deve ocorrer”. Todos os bens culturais gravados com essa especial proteção são chamados de bens socioambientais⁹.

Uma vez reconhecido o valor histórico, a proteção a ser exercida pelo Poder Público é obrigatória porque há nele um interesse público, decorrência do abandono do aspecto pura-

6 PESCIOTTA, Nelson; AFFONSO, Sônia Bueno. **Preservação do patrimônio histórico arquitetônico**. Santa Branca/SP: Núcleo de Estudos Ambientais, 2007. p. 7.

7 MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15.

8 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A tutela dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185.

9 Idem, p. 226.

mente individualista que imperou no passado. Independentemente da terminologia, o certo é que todos os valores estão diretamente relacionados à aplicação efetiva dos direitos fundamentais da pessoa humana. O tombamento é uma das formas de fazer prevalecer esses direitos em nossas vidas, em especial, o direito fundamental ao meio ambiente.

Segundo Carlos Frederico Marés¹⁰, a noção de *patrimônio cultural nacional* é aceita pela Convenção da Unesco de 14 de novembro de 1970, que o define como “conjunto que compõe o patrimônio nacional de cada Estado”, deixando a mostra que o que importa não é a cidadania do autor do bem cultural, mas a territorialidade desse bem. Isso significa que importa a localização do bem e não a nacionalidade do autor do bem cultural. A matéria não traz dificuldades de entendimento em relação ao bem imóvel, porém, em relação aos móveis deixa a desejar. Qual a solução dada para os casos de subtração de bens culturais móveis que foram levados para o estrangeiro? Mudariam de nacionalidade? O aspecto geográfico merece privilégio diante do aspecto da nacionalidade? Longe de encontrar um entendimento pacífico na doutrina, entendemos que, sendo de valor cultural, merece a devida proteção do Poder Público e a restituição ao seu local de origem.

O interesse sobre os bens de valor histórico possui momentos expressivos na história, de acordo com Audrey Gasparini¹¹. Segundo ela, o Rei Dom João V de Portugal, por exemplo, decretou mediante um alvará, que nenhuma pessoa, a partir daquela data (28/08/1721), sob qualquer condição, poderia destruir qualquer edifício, estátuas, mármore e cipós, que tivessem esculpido figuras gregas, romanas, arábicas, fenícias, assim como medalhas ou moedas até o Reinado do Senhor Dom Sebastião. Segundo a própria Audrey Gasparini¹², o primeiro documento administrativo oficial visando à preservação de um bem do patrimônio histórico em nosso país, teria ocorrido no ano de 1742, ocasião em que o Conde de Galvêas, então Vice-rei de Portugal, enviou uma correspondência ao governador da capitânia de Pernambuco indagando-o sobre a transformação em quartel militar, do Palácio das Duas Torres, construído por Maurício de Nassau.

Segue Audrey Gasparini¹³ ensinando que as convenções de Haia, ocorridas em 1899 e 1907 por ocasião das guerras, apontaram a importância da adoção de medidas voltadas a preservar os monumentos históricos em áreas de conflito militar. No que diz respeito à Comunidade Internacional, esta só esboçou reação sobre esse tema na conferência realizada em Atenas, sob o comando do Escritório Internacional dos Museus, ocorrido em outubro de 1931, cujo resultado final sobre a proteção do patrimônio histórico foi escrito numa carta denominada *Carta de Atenas*.

10 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3. ed. ampliada e atualizada., 4. tiragem, Curitiba: Juruá, 2008. p. 46.

11 GASPARINI, Audrey. **Tombamento e direito de construir**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 42-48.

12 Idem, p. 42.

13 Ibidem, p. 42-43.

Outro importante acontecimento de proteção aos monumentos foi o que deu origem ao *Pacto Roerich*. Por esse pacto, ocorrido em 1935, pelas Repúblicas Americanas (União Pan-Americana), resultado do Tratado para Proteção das Instituições Científicas e Artísticas e Monumentos Históricos, a proteção para esses bens deveria ocorrer tanto em tempo de guerra, quanto em tempo de paz¹⁴.

Além de todos esses acontecimentos, podemos citar, ainda, a *Carta de Veneza* redigida em maio de 1964, durante o II Congresso de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos; o *Compromisso de Brasília*, realizado em 1970, no qual se realizou um trabalho voltado para a conscientização da população acerca do patrimônio histórico nacional; o *Compromisso de Salvador*, realizado em 1971, em que se discutiu formas de custeio para a restauração dos bens tombados; a 17ª Sessão da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em 1972, a qual teve por meta discutir a salvaguarda do patrimônio mundial cultural e natural com subsídios do Fundo do Patrimônio Mundial, criado para essa função, e a *Carta de Petrópolis*, realizada em 1987, no qual se discutiu a importância de integrar o bem de valor histórico à cidade, colocando como meios de proteção desses bens o tombamento, as isenções, os incentivos, dentre outros¹⁵.

Na verdade, o termo *patrimônio cultural* é gênero, dos quais são espécies os mais variados valores de bens. Em sua obra, Luzia do Socorro Silva dos Santos¹⁶ comenta a expressão trazida pelo Texto Constitucional, dizendo que:

Contudo, repita-se, a parte do texto constitucional que trata especificamente da matéria está no artigo 216, sendo que é a partir dele que as outras expressões devem ser compreendidas, a mostrar o acerto do emprego da unidade conceitual patrimônio cultural, que engloba todos os outros conceitos, sendo, respectivamente, gênero e espécies, fazendo com que existam bens ambientais culturais históricos, bens ambientais culturais artísticos, bens ambientais culturais paisagísticos, bens ambientais culturais arquitetônicos, bens ambientais culturais arqueológicos, bens ambientais culturais paleontológicos, bens ambientais culturais espeleológicos etc.

1.1. PATRIMÔNIO CULTURAL DE ACORDO COM AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O homem já exerceu sobre sua propriedade situação de domínio absoluto. Esta fase culmina justamente com as Constituições de 1824 e 1891, em que nada se fez para a preservação do patrimônio histórico e natural.

14 Idem, p. 43.

15 Ibidem, p. 49.

16 SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 201.

Com o passar dos anos, verificou-se que esse comportamento absoluto não poderia superar o interesse social ou coletivo defendido pelo Estado. Foi neste contexto que a Constituição de 1934 passou a impor limites ao direito de propriedade. Previu que a União e os Estados passariam a proteger as belezas naturais e também os monumentos de valor histórico ou artístico, independentemente da vontade do proprietário, muito embora não tivesse previsto a maneira com que iria concretizar esse objetivo. Sobre essa Constituição Federal enfatiza Priscila Ferreira Blanc: “a Constituição brasileira de 1934 trouxe pela primeira vez menção à necessidade de a propriedade atender a interesses outros, que não àqueles exclusivos de seu proprietário”¹⁷.

Traçadas as primeiras linhas protetivas, a Constituição de 1937 não subtraiu absolutamente nada da antiga Lei Suprema, pelo contrário, acrescentou, no seu artigo 134, segundo Audrey Gasparini¹⁸, que os atentados contra o patrimônio histórico, artístico e natural, bem como contra as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, seriam equiparados aos atos contra o patrimônio nacional. Aqui, importa frisar que o legislador, pela primeira vez, abordou o tema do patrimônio histórico de maneira mais severa, impondo ao violador da norma uma medida de conteúdo repressivo, ou seja, fazendo alusão à possibilidade de sanção sob o manto da lei ordinária. Nesta Constituição, o Município passou a ter competência para proteger esses bens, o que antes ficava a cargo tão somente da União e dos Estados. O ano de 1937 foi importante para o patrimônio histórico, em decorrência do Decreto-Lei nº 25/37, principal instrumento de preservação do patrimônio histórico, por meio do tombamento.

A Constituição de 1946 não se omitiu diante dos fatos e também esculpiu em suas linhas a proteção dos bens de valor histórico, artístico, natural, paisagístico e outros; no entanto deixou explícito que esses bens ficavam sob tutela do Poder Público de acordo com o esculpido no artigo 175. Foi bem o legislador nesse sentido, pois passou a dar maior proteção contra atos de destruição, abandono, mutilação, deformação ou qualquer outra forma de danificar o patrimônio histórico nacional. Na parte de competência, não só manteve a União, Estados e Municípios, como também acrescentou a esse rol os Territórios e o Distrito Federal. Diferente não foi a Constituição de 1967. Além de conter os preceitos de outras constituições, inclusive aqueles relacionados à restrição da propriedade, acrescentou ao âmbito da preservação as jazidas arqueológicas, sendo que esse mesmo dispositivo foi repetido em 1969. Sobre essas duas Constituições comenta Ana Maria Moreira Marchesan¹⁹:

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 dão tratamento muito semelhante ao da Constituição de 1946. Na Constituição de 1967, os artigos 180 e

17 BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano & função social da propriedade**. 4. tiragem. Curitiba: Juruá, 2007. p. 33.

18 GASPARINI, Audrey, Op. cit., p. 49.

19 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 53.

181, inseridos no título V (“Da família, da educação e da cultura”), têm praticamente a mesma redação dos acima citados arts.174 e 175, com o acréscimo das jazidas arqueológicas dentre os bens protegidos pelo Poder Público. Na Emenda de 1969, um único artigo (art.180) abarca os preceitos que, na Constituição de 1967, eram desdobrados em dois. Também nesse diploma o tema vem tangenciado no título destinado a reger a família, a educação e a cultura (Título IV).

Não é à toa que a Constituição de 1988 é conhecida como sendo a mais democrática de todas e, por isso, é chamada de *Constituição Cidadã*. Trouxe em seu texto os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, os instrumentos para fazer valer esses direitos, bem como disciplinou, nos artigos 215 e 216, a relevância dos bens culturais, discriminando quais desses bens fazem parte do patrimônio cultural nacional. O tombamento, que até então estava baseado no Decreto-Lei nº 25/37, passou a ter previsão constitucional.

De resto, nos cabe aferir que a Constituição de 1988 foi totalmente inovadora e abrangente na proteção dos bens históricos e naturais. Primeiro porque todas as questões relacionadas à propriedade não possuem mais o caráter individualista, sendo-lhes dada uma função social, o que se coaduna muito mais ao interesse coletivo. Em segundo lugar, inova na parte linguística, abandonando as concepções históricas e artísticas para o termo de valor cultural, muito mais adaptado às transformações sociais. No mais, a questão cultural ganhou uma nova roupagem ao ser expressamente prevista no Texto Constitucional, haja vista estar elencada juntamente com outros direitos fundamentais da pessoa humana como saúde, lazer, trabalho, segurança, meio ambiente e outros, todos envolvidos com a dignidade da pessoa humana. Assim, a mesma pode ser analisada em conjunto com outros institutos sem deixar de levar em consideração nenhum deles, o que não acontecia anteriormente. A dimensão da importância do patrimônio cultural pode ser anotada nos dizeres de José Casalta Nabais²⁰:

Enfim, a protecção do património cultural constitui também assunto de todos e de cada um dos membros das comunidades em que se inserem, enquanto conjunto de pessoas livres, responsáveis e minimamente conscientes da sua condição de cidadãos de corpo inteiro da comunidade local, da comunidade regional, da comunidade nacional, ou até mesmo da humanidade.

Portanto, a proteção do patrimônio cultural envolve o fortalecimento da identidade de cada um de nós. Independentemente da proteção em nível constitucional ou infraconstitucional, deve haver o sentimento de proteção da nossa cultura, pois é ela que fará um elo entre o passado, o presente e o futuro daquilo que entendemos importante para o meio ambiente em que vivemos. O senso de cidadania sobre a preservação do patrimônio cultural irá nos fornecer conhecimento para compreendermos nossas diversidades e evoluirmos como pessoas.

20 NABAIS, José Casalta. **Introdução ao direito do patrimônio cultural**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 28.

1.2 A IMPORTÂNCIA DO DECRETO-LEI FEDERAL Nº 25 DE 1937

Fazendo uma análise constitucional de tudo o que vimos sobre a concreta inserção da proteção ao patrimônio ambiental cultural em nosso ordenamento jurídico, veremos que as normas constitucionais que discorreram sobre o assunto sempre deixaram margem para regulamentações. Queremos dizer, com isso, que essas normas constitucionais possuem natureza programática, ficando a cargo do legislador infraconstitucional a tarefa de regulamentá-las. Sobre esse tipo de normas, Pontes de Miranda²¹ conceituou-as como:

Aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.

Visando dar suporte à norma constitucional até então existente, entrou em vigor, em 30 de novembro de 1937, o Decreto-Lei nº 25/37, também conhecido como *Lei do Tombamento*. Foi elaborado por Mário de Andrade após pedido de Gustavo Capanema, Ministro do então Presidente Getúlio Dorneles Vargas. Sob a égide da Constituição Federal deste mesmo ano, teve a missão de organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico do Brasil. Em vigor até os dias atuais, pode-se dizer que praticamente não sofreu alteração, o que denota sua eficácia no trato dos bens ambientais culturais históricos. Não é exagero dizer que ele abriu espaço no ordenamento jurídico para a efetiva proteção do patrimônio cultural em virtude de seu caráter inovador, motivo pelo qual foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Embora seja um Decreto, recebeu o nome de *Lei do Tombamento* porque passou por todos os trâmites legais no Poder Legislativo, ensina Carlos Frederico Marés de Souza Filho²².

A importância do tombamento e do próprio Decreto-Lei nº 25/37 pode ser muito bem observada nos dizeres de Lúcia Reiszewitz²³ que assim se manifesta:

O tombamento é a mais conhecida forma de garantir a preservação do patrimônio ambiental nacional, tendo em vista o fato de estar disciplinado de forma detalhada em lei infraconstitucional, o que facilita seu uso e as discussões em relação às consequências jurídicas advindas do ato que o institui.

O diploma infraconstitucional disciplina o tombamento a partir do artigo 4º sendo que os três primeiros artigos, restringem nosso patrimônio cultural e exclui algumas obras

21 Apud, FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**. Normatividade, operatividade e efetividade São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 178.

22 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Op. cit., p. 59.

23 REISEWITZ, Lúcia. **Direito ambiental e patrimônio cultural**. Direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 123.

alienígenas que estejam no âmbito de nossa soberania. Vejamos os artigos correspondentes do Decreto-Lei nº 25/37:

Artigo 1º: Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Artigo 2º: A presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.

Artigo 3º: Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira: 1) que pertençam às repartições diplomáticas ou consulares acreditadas no país; 2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país; 3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução do Código Civil, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário; 4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos; 5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais; 6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

Artigo 4º: O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei (...).

Assim, segundo Diógenes Gasparini²⁴, estão excluídas do patrimônio histórico e artístico nacional as obras referidas no artigo 3º do Decreto-Lei nº 25/37. Pela *Lei do Tombamento* estão proibidas as exportações de bens culturais, sob pena de incorrer no crime de contrabando previsto no artigo 334 do Código Penal Brasileiro, além do artigo 165 que estabelece: “destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico arqueológico ou histórico, com pena de detenção de seis meses a dois anos e multa”, e também no artigo 166 que incrimina aquele que: “alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto do local especialmente protegido por lei, com pena de detenção de um mês a um ano e multa”.

A importância do Decreto-Lei nº 25/37 pode ser verificada nas palavras de Diógenes Gasparini²⁵, o qual diz que essa lei básica foi implementada por muitos outros diplomas, como o Decreto-Lei nº 2.809, de 23/11/1940, que disciplina as doações ao atual Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional; pelo Decreto-Lei nº 3.866, de 29/01/1941, que regulou, na esfera administrativa, o cancelamento do tombamento a pedido ou de ofício; pela Lei nº 3.924, de 26.07.1961, que dispôs sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos; pela Lei nº 5.471, de 09/07/1968, que proibiu a exportação de livros antigos e conjuntos bibliográficos brasileiros e pela Lei nº 6.292, de 15.12/1975, que sujeitou o tombamento à homologação

24 GASPARINI, Diógenes. In: FRANÇA, Rubens Limonge (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**, 1982. p. 21. v.74.

25 Idem, p. 18.

do Ministro da Educação e Cultura. Todos esses diplomas tiveram como referência a *Lei do Tombamento*.

Para que se evitem interpretações divergentes, a *Lei do Tombamento* deve ser interpretada a com base na Constituição Federal, principalmente, pelo fato de ela trazer deficiências que precisam ser corrigidas por outros mandamentos normativos. Uma das grandes deficiências da *Lei do Tombamento* é a proteção em relação aos bens ambientais culturais locais. Expõe Carlos Frederico Marés de Souza Filho²⁶ a respeito:

O Dec.-lei 25/37 é deficiente quanto aos bens culturais locais, porque não está entre seus objetivos a proteção das manifestações diretas da cultura brasileira, mas daquilo que, no Brasil, é reconhecido como cultura universal. As legislações modernas introduzem conceitos mais concretos, definindo a forma, espécie, tipo ou época de produção cultural do país preservável, sempre vinculada a sua realidade social. A lei brasileira tem ensejado à administração federal uma ação voltada para a proteção da arquitetura colonial e imperial do litoral norte e nordeste do Brasil.

Assim verificamos não só a necessidade do decreto à época, regulamentando o tombamento, mas também a importância de suas disposições ratificadas e recepcionadas em legislações mais modernas.

2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL BRASILEIRO

Para entendermos a finalidade da proteção histórica cultural devemos analisar algumas disposições da C.F/88.

O artigo 225 consagra o direito ao meio ambiente equilibrado em todos os seus desdobramentos como direito constitucionalmente tutelado.

O conceito de meio ambiente abarca elementos naturais, artificiais, dentre eles aqueles relacionados ao trabalho, e também aspectos e elementos histórico-culturais, conforme art. 3º, inciso I da Lei 6.938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA.

A preocupação constitucional com o patrimônio cultural, ou traço entre as palavras histórico e cultural, se encontra inicialmente no art. 32, que atribui a União, Estados, Distrito Federal e Municípios competência para a sua tutela.

Vários outros artigos tratam dessa proteção no decorrer do Texto Constitucional, por exemplo nos arts. 5º, LXXIII, art. 23, III, IV,V,VI, VII, art. 24, VI,VII, VIII, IX art. 30, IX, art. 170, VI, parágrafos 1º e 2º, 216, I e parágrafos 1º ao 5º, art. 225, parágrafo 1º, I ao VII e parágrafos 2º ao 6º.

26 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Op. cit., p. 67.

No intuito de promover a efetiva proteção do patrimônio, o Direito prevê alguns procedimentos como: inventário, registro²⁷, vigilância²⁸, tombamento e desapropriação.

Trata-se de procedimentos administrativos com a exceção do tombamento e da desapropriação que são verdadeiros institutos com previsão constitucional, conforme artigos 182 parágrafo 3º, e inciso III, e 216 parágrafo 1º.

Temos três formas²⁹ de assegurar uma efetiva proteção ao patrimônio cultural: legislativa, judicial e administrativa. Atualmente a forma mais eficaz, do ponto de vista da segurança, é o tombamento via implementação administrativa.

A forma judicial é um importante meio de implementação da tutela do patrimônio histórico-cultural, a partir da possibilidade do ajuizamento da ação civil pública.

Entretanto, o tombamento tem sua prescrição no Decreto Lei Federal n. 25 de 30/11/1937.

Temos ainda o art. 216 da Constituição brasileira alinhado com a vanguarda dos preceitos internacionais de patrimônio cultural, estabelecendo um sistema de preservação dos valores culturais brasileiros.

Como vimos, há tratamento constitucional e infraconstitucional da matéria para proteger o patrimônio cultural brasileiro, em todos os aspectos, tanto em face dos bens materiais, quanto dos imateriais.

3 CONCEITO E OBJETO DA PROPRIEDADE URBANA

A expressão *propriedade urbana* mencionada pelo art. 182, parágrafo 2º, é vinculada à função social, à ordenação da cidade expressa no plano diretor. O plano por sua vez deve disciplinar a propriedade do solo urbano, nos termos do art. 182, parágrafo 4º.

A função social diz respeito a propiciar habitação (moradia), condições adequadas de trabalho, recreação e de circulação humana, ou seja, as funções sociais da cidade, como se vê no art. 182, da C.F./88.

Em decorrência da relevância da propriedade para o mundo jurídico, econômico, social e político, houve a necessidade de repensar esse instituto para melhor corresponder às novas expectativas, principalmente no que diz respeito aos menos favorecidos. No anseio de se atingir esse objetivo, idealizou-se que a propriedade deveria ter uma função. Com base em dados históricos e tudo o que aconteceu até aquele momento sobre a propriedade, firmou-se que ela

27 Os inventários e registros têm a finalidade de demonstrar que determinado patrimônio cultural foi assim reconhecido pelo Poder Público.

28 A vigilância nada mais é que um conjunto de atos com finalidade de “guardar” o patrimônio cultural, porém restringe-se às ações de policiamento.

29 Conforme parágrafo 1º do art. 216 da C.F./88: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

deveria ter uma finalidade social. Atualmente, o direito de propriedade é condicional ao cumprimento dessa finalidade. A chamada *função* seria o exercício de poderes para o atendimento dessa finalidade.

Nosso ordenamento jurídico contempla o direito de propriedade. No artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal foi dada expressa garantia desse instituto. A função social da propriedade está contida também no artigo 5º, inciso XXIII, do mesmo diploma legal. Encontramos ainda menção à propriedade e ao cumprimento de sua função social no artigo 170, inciso II e III, respectivamente. É clarividente a nota expressa contida no artigo 182 § 2º, traduzindo a função social da propriedade urbana e o caput desse mesmo dispositivo, discorrendo sobre a função social da cidade. Em se tratando da função social da propriedade rural, a Constituição Federal a trouxe nos artigos 184, caput, e 186, incisos I a IV. Já que também falamos de desapropriação, podemos observar o tratamento desse instituto no artigo 182, § 3º da Constituição Federal.

Não podemos nos furtar do fato de que o cumprimento da função social da propriedade é tido como um dever jurídico imposto a todos, inclusive, ao próprio legislador infraconstitucional. Se estivermos assentes de que é um dever, o seu descumprimento deve acarretar sanções. No caso da propriedade urbana, essa sanção encontra amparo no artigo 182, § 4º da Constituição Federal.

Outrossim, podemos realçar que a finalidade da propriedade no cumprimento da sua função social é a superação das injustiças através da igualdade de distribuição de riquezas e a correta utilização do poder de polícia, sendo que tudo isso leva à concretização da justiça social. Portanto, a função social da propriedade está atrelada ao seu exercício e não ao direito de propriedade em si. Daí, a forte conotação da propriedade sob o prisma econômico. Cabe transcrever os dizeres de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior³⁰, que sobre o assunto prelecionam da seguinte forma:

Quer parecer, ao menos em uma perspectiva genérica, que a noção de cumprimento da função social da propriedade privada, na seara econômica, implica a observância dos fins da ordem econômica (propiciar dignidade a todos, segundo os ditames da justiça social) em relação aos interesses que se articulam em torno de cada atividade econômica específica.

Até o presente momento falamos da função social da propriedade como um todo, todavia, teceremos comentários sobre a função social da propriedade urbana para melhor entendermos o instituto da propriedade.

30 DAVID ARAUJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 13. ed., revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 470.

Desta maneira, pensamos que é a política urbana a responsável pela concretização da função social da propriedade e, conseqüentemente, da própria cidade. Essa função só será inteiramente cumprida no dia em que as funções forem concomitantemente executadas em sintonia e de modo planejado.

Da análise do que acabamos de ver, é válido afirmar que a função social da propriedade não se restringe apenas ao aspecto previsto na Constituição Federal, pelo contrário, ela sofre enorme influência do plano diretor de cada Município, uma vez que o perfeito cumprimento da função social encontrará acomodação no plano diretor. Conseqüentemente, uma vez cumprido todo o regramento, estar-se-á garantindo o bem-estar social e respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SEU CUNHO ECOLÓGICO

Fala-se, ainda, nos dias atuais, sobre a função social ambiental da propriedade, demonstrando seu cunho ecológico. O valor ambiental está em nosso cotidiano e faz parte de nossa vida. Partindo da função social da propriedade, a função ambiental consiste na atuação obrigatória do proprietário e do Poder Público para fazer do seu bem algo útil para a sociedade. Assim, abrange comportamentos positivos que visem adequar a propriedade à conservação do meio ambiente, ou seja, vai mais além do que os simples limites impostos ao proprietário pelo Poder Público para fazer cumprir a função social da propriedade. É a chamada função *socioambiental* da propriedade. Podemos verificar essa função no Código Florestal e na Lei 8.629/93. Face a essa nova função, enfatiza Ediberto Diamantino³¹:

O direito de propriedade nasce como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo. Com a chegada dos direitos difusos e coletivos, tal direito perde seu caráter absolutista, exclusivo e perpétuo, na medida em que existem limitações naquelas qualidades invocadas anteriormente impostas principalmente por suas funções social e ambiental.

Ao lado dessas observações, temos que ressaltar que os bens que constituem objeto do direito de propriedade devem ter sua utilização voltada à sua destinação *socioeconômica*. Prova disso é o que estabelece o artigo 1.228, § 1º do Código Civil³² que assim escreve:

Artigo 1228, § 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o

31 Idem.

32 TAPAI, Giselle de Melo Braga (Coord.). **Novo código civil brasileiro**. Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal e Legislação Codificada e Extravagante. 3. ed., revista., atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 346.

equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Fica fácil identificarmos que a utilização da propriedade de maneira prejudicial à sua destinação socioeconômica e contrária as diretrizes ambientais, foge totalmente de sua função social. A interpretação desse artigo, em consonância com os artigos 216, 225, 237 e todos os demais da Constituição Federal que tratam do meio ambiente e da propriedade, mostra que houve um afastamento do individualismo reinante no período romano coibindo, todo uso abusivo da propriedade.

5 A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL AMBIENTAL E A POLÍTICA DE PROTEÇÃO URBANA

Não resta dúvida que uma das maiores prioridades das políticas públicas urbanas é encontrar maneiras de promover o desenvolvimento econômico de um Município sem afetar o meio ambiente. Nesse contexto, adverte Cristina Padovani Mayrink³³:

Insta ressaltar, no entanto, que o Município, como o ente da Federação mais próximo da população, dos anseios e das respostas de uma sociedade que busca coibir as agressões inconsequentes e continuadas ao meio ambiente, é um dos responsáveis em promover políticas que auxiliem a preservação ambiental concomitante com o desenvolvimento econômico.

Sobre esse assunto pensamos, todavia, que se trata muito mais de um desafio do que de uma prioridade, uma vez que as questões ambientais sempre são preteridas pelo avanço econômico, o que já tem provocado a escassez de muitos recursos naturais. Esse questionamento ganhou uma relevância tão grande que o legislador constituinte não teve como deixar de fora o aspecto ambiental ante as discussões de ordem econômica e financeira. Reza o artigo 170, inciso VI da Constituição Federal:

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: (...)

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.

Concordamos que não é fácil lutar contra o poder econômico seja em qualquer setor que esteja atuando, inclusive o ambiental. Com certeza, impedir o avanço tecnológico e o desenvol-

33 MAYRINK, Cristina Padovani. O desenvolvimento sustentável e o direito municipal. Belo Horizonte, **Fórum de Direito urbano e ambiental**. v.I, n. 4, p. 349, ago. 2002.

vimento é lutar contra a própria ciência e não é esse nosso pensamento. Entendemos, por sua vez, que a cobrança imediata de resultados por parte da população em face da Administração não significa que esta última deva abrir mão da proteção ao meio ambiente para ter circulação e fluidez de capital na cidade. Há que se ter um ponto de equilíbrio entre a preservação ambiental e aquilo que é realmente necessário para um Município.

Não pode o Executivo Municipal, por exemplo, concordar que se construa um grande edifício empresarial em área urbana residencial, totalmente tombada ou de valor histórico, com simples motivação do investimento e de resultados cobrados pela população. Ainda que haja cobrança, a supremacia do interesse público, abrangedor da proteção ao meio ambiente, bem de interesse coletivo, deve sempre prevalecer. Só assim haverá um despertar de responsabilidade por parte dos indivíduos em relação às questões ambientais preservacionistas.

Quando se fala em meio ambiente cultural, não há como considerar nada mais importante que a promoção da sadia qualidade de vida da população. Desta forma, pautado no interesse coletivo, o Poder Público deve criar maneiras de se exercer os direitos culturais conforme preceitua a C.F/88. Para garantir esse interesse público necessário se faz a existência de uma política com fulcro neste mister. Nesse sentido, o tombamento ganha especial atenção uma vez que interfere na esfera econômica daquele que detêm o bem cultural a ser preservado. Defendemos, portanto, a ideia de que o tombamento não pode ser preterido pelo desenvolvimento econômico descontrolado, porém, não deve, outrossim, ser empecilho para o progresso da cidade. Acreditamos na existência de um ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente.

Concluimos este tópico enfatizando que há a necessidade de se criar um novo modelo econômico, totalmente voltado para o respeito das questões ambientais. Definitivamente o desenvolvimento econômico neoliberal que vivemos é demasiadamente voltado para o lucro, conforme já comentado. As questões ambientais acabam ficando em segundo ou terceiro plano, o que de certa forma afasta as políticas públicas de cunho ambiental. Caberá ao Município, local onde as pessoas estão mais próximas ao poder, implementar execuções voltadas para a participação da sua comunidade, tendo como meta o trabalho de solidariedade, uma vez que, atuando assim, poderá trazer o bem comum para as pessoas que ali se encontram, ainda que para isso o Município tenha que optar pelo Tombamento das áreas de interesse histórico-cultural.

6 DO TOMBAMENTO

O tombamento destaca-se como sendo, ao mesmo tempo, a forma mais eficaz de proteção e conservação do patrimônio cultural.

O instituto do tombamento não é apenas uma faculdade que visa à preservação, mas principalmente um instrumento de cidadania à disposição da população, que, através dele, poderá lutar pela conservação de suas raízes históricas, permitindo que as novas gerações desfrutem desse privilégio. O pedido de tombamento pode ser feito por qualquer pessoa.

6.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Tombar significa arrolar, inscrever, no registro dos Livros do Tombo, de acordo com o respectivo tipo de tombamento e bens.

Para Telles³⁴:

Tombar é, portanto, consignar nos livros do Tombo que determinada propriedade seja pública ou privada, móvel ou imóvel, foi considerada de interesse social, submetida a partir daí a um regime peculiar que objetiva protegê-la contra destruição, abandono ou utilização inadequada.

É grande a discussão existente na doutrina sobre a natureza jurídica do tombamento. Para muitos seria um caso de limitação administrativa, enquanto para outros estaríamos diante de uma servidão administrativa. Analisaremos, a partir de agora, a importância desses dois institutos, abordando as principais características de cada um deles em conjunto com o tombamento.

Da mesma maneira que o tombamento, a limitação administrativa e a servidão administrativa são formas de intervenção do Estado na propriedade, e sobre isso não paira discussão alguma. O cerne da questão é saber se o ato de tomar um determinado bem como sendo de valor cultural ou artístico é uma forma de servidão ou de limitação administrativa. A discussão ganha ainda mais relevância quando se sabe que essa decisão interfere diretamente no critério da indenização ao proprietário do bem.

O ato de tomar é apenas um reconhecimento do bem que já detém um valor cultural ou qualquer outro valor intrínseco que faça dele um bem excepcional em relação aos demais. Desta maneira, a qualidade excepcional contida no bem não é dada pelo Poder Público, mas apenas admitida e declarada pelo mesmo.

Lúcia Vale Figueiredo³⁵ aborda três circunstâncias diferentes sobre essa questão. Segundo ela, o tombamento realizado sobre o bem que tira deste último sua total utilidade configura um ato expropriatório e obriga o Estado a indenizar o seu proprietário. Alertamos que o termo expropriação utilizado pela autora citada³⁶ tem a mesma conotação de desapropriação. Numa

34 TELLES, Antônio Augusto Queiroz. **Tombamento e seu regime jurídico**. São Paulo: RT, 1992. p. 13.

35 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 62.

36 Idem.

segunda circunstância, dirá que, se a perda da propriedade for parcial, ou seja, sofrendo apenas uma diminuição de seu potencial econômico, estaremos diante de uma servidão onerosa, o que dá ao proprietário direito a uma indenização proporcional ao gravame depreciativo sobre o bem. Em sua terceira e última circunstância, irá dizer que diante da inexistência de qualquer efeito nocivo ao bem tombado, teremos uma servidão gratuita que não gera direito a indenização. Concluindo, o ato de tombamento poderá caracterizar uma desapropriação ou uma servidão onerosa ou gratuita de acordo com os efeitos que o ato causar sobre o bem.

Celso Antonio Bandeira de Mello³⁷ se detém apenas na diferenciação entre limitação e servidão administrativa. O autor assim estabelece:

Sempre que o direito for atingido de forma específica, importando sacrifício individual, a hipótese é de servidão. Tratar-se-á de limitação quando houver condicionamento genérico ao uso ou gozo do bem mediante a obrigação de abstenção, sendo que, se a disposição genérica impuser obrigação de suportar, ter-se-á servidão.

Portanto, conforme se observa, para o autor o instituto do tombamento tem natureza jurídica de servidão onerosa. O reconhecimento de um bem como sendo de valor cultural, histórico, artístico e outros, a ponto de englobá-lo dentro do rol dos patrimônios tidos como nacionais, é caso de indenização ao proprietário porque se trata de uma servidão administrativa em que o Estado e a comunidade usufruirão daquele bem de maneira compulsória. Essa indenização deverá ser proporcional ao sacrifício do bem particular.

Adilson Abreu Dallari³⁸, por exemplo, aclara que o tombamento é uma servidão administrativa e assim escreve: “Entendemos que o tombamento configura verdadeira servidão administrativa, na medida em que o Poder Público absorve uma qualidade ou um valor já existente no bem tombado, para desfrute ou proveito da coletividade.”

O tombamento, ao contrário do que possa parecer, não é um ato autoritário. Muito embora ele estabeleça limites aos direitos individuais, o faz com base na lei e sempre para resguardar direitos e interesses coletivos. Sua aplicação é avaliada por um Conselho composto por membros da sociedade civil e de órgãos públicos como, por exemplo, representante da Secretaria Municipal de Cultura, vereador, representante da Secretaria dos Negócios Jurídicos, representante da Ordem dos Advogados do Brasil, representante da Secretaria de Habilitação e Desenvolvimento Urbano, assim como da Secretaria Municipal de Planejamento, dentre outros. Não se trata, portanto, de uma única vontade isolada e muito menos de uma vontade coagindo outras. O ato administrativo é complexo e precisa do consenso e ratificação de outras

37 Apud PIREZ, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 875.

38 Apud GASPARINI, Audrey. Op.cit., p. 129.

vontades. Segundo Flávia Cristina Moura de Andrade³⁹: “(...) o ato complexo é aquele que decorre da manifestação de vontade de duas ou mais pessoas ou órgãos. São duas ou mais vontades homogêneas que se fundem para formar um único ato”.

No que diz respeito a ser o tombamento um ato constitutivo ou declaratório, entendemos que o mesmo passou a ser, regra geral, declaratório. A discussão veio a lume com a Constituição Federal de 1988 que alterou o conceito de patrimônio cultural e, conseqüentemente, acabou alterando sua natureza jurídica. Antes da Lei Máxima, bastava analisar os dizeres contidos no Decreto-Lei nº 25/37 e a situação estava resolvida, já que, de acordo com o artigo 1º, §1º do referido Decreto, o caráter constitutivo estava explícito da seguinte maneira: “os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro livros do Tombo”.

Sublinhe-se, pois, que o tombamento pode atingir bens de qualquer natureza, abrangendo os móveis, imóveis, materiais, imateriais, públicos ou privados como fotografias, livros, mobiliários, utensílios, obras de arte, edifícios, ruas, praças, cidades, regiões, cascatas, florestas, dentre outros. Aí está, portanto, o seu objeto. Embora já tenhamos abordado o referido Decreto-Lei nº 25/37, o §2º do seu artigo 1º estabelece que estão sujeitos ao tombamento “os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana”.

Não é demais ressaltar que os bens previstos nesse dispositivo de lei compreendem somente os bens existentes no país. Por essa razão, os bens sujeitos ao tombamento são aqueles que apresentam alguma relevância dentro da concepção de patrimônio cultural nacional.

Não poderíamos concluir o presente tópico sem antes, ressaltar algumas peculiaridades sobre o tombamento global e individual. Pelo tombamento global, o ente público irá analisar o valor cultural do bem em seu conjunto, ou seja, será analisado em sua coletividade ainda que possam ser individualizáveis. Isso não significa dizer que o tombamento irá operar efeitos de maneira igualitária entre as partes. O conjunto será avaliado de maneira objetiva, mas as partes serão analisadas de maneira individualizada, em harmonia com o todo. Portanto, o tombamento será aplicável no seu conjunto, mas seus efeitos incidirão de maneira diferenciada quando as partes forem individualizáveis.

6.2 CLASSIFICAÇÃO

Segundo José Cretella Júnior⁴⁰:

39 ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Direito administrativo**: elementos do direito. 3. ed. São Paulo: Máxima, 2009. p.136.

40 CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 510.

O instituto do tombamento, embora tenha estreitas relações com o direito civil, é matéria de direito administrativo, sendo informado por princípios publicitários (...) Há dois tipos de limitações ou restrições do direito de propriedade, as de direito privado, que têm por fim a compatibilidade do direito de cada proprietário, as de direitos e com os interesses de outros sujeitos, e, sobretudo, com os outros proprietários, as de direito público, que têm como objetivo a compatibilidade do direito do proprietário com os direitos subjetivos públicos do Estado.

O tombamento apresenta modalidades. Vislumbramos, assim, quatro modalidades de tombamento em que cada uma apresentará forma própria de concretização, quais sejam: o tombamento de bens públicos, o tombamento voluntário, o tombamento provisório e o tombamento compulsório.

O tombamento de bens públicos ocorre naqueles casos em que a autoridade reconhece determinado bem público como sendo de valor cultural. Bastaria, nesse tipo de tombamento, apenas o comunicado ao seu proprietário sobre o valor cultural pendente sobre aquele bem. Esse proprietário pode ser qualquer dos entes políticos. Observemos, então, que esse tipo de procedimento não envolve controvérsias ou contraditório, pois estar-se-ia atribuindo um valor cultural para o bem que já pertence ao Poder Público.

A ausência de contraditório faz dele um tombamento definitivo desde o início. Um dos efeitos analisados neste tipo de tombamento é a limitação de transferência desse bem para outro ente de direito público interno e a realização de qualquer tipo de reforma, pintura, restauração ou construção, sem que haja autorização da autoridade competente. A violação poderá acarretar infrações administrativas e multa ao infrator. Ao contrário do bem particular, esse tipo de bem não precisa de registro no cartório.

A segunda modalidade de tombamento dentro do nosso estudo é o *voluntário*. Não são raros os casos em que o próprio proprietário do bem, seja ele móvel ou imóvel, solicita junto à autoridade competente o tombamento do mesmo, conforme previsto no artigo 7º do Decreto-Lei nº 25/37. Obviamente, que essa modalidade de tombamento não requer notificação do proprietário, pois tomou tomou a iniciativa do ato. Tendo início o processo de tombamento, caberá analisar se o referido bem preenche as condições pertinentes para ser incluído dentro do acervo de bens tidos como de natureza histórica ou artística nacional afim de que possa também ser registrado no livro de tombo que lhe cabe.

Essa modalidade de tombamento não deixa de ser voluntária se a iniciativa parte do Poder Público e o proprietário a ela adere. Ocorre que, neste caso em específico, haverá a notificação do proprietário para que o processo de tombamento tenha início. Tem-se, neste momento, o tombamento provisório, sendo que o definitivo culminará justamente com a aquiescência do proprietário. Essa modalidade de tombamento se verifica com maior intensidade nos Estados e nos Municípios e também está contida no artigo 7º do Decreto-Lei nº 25/37.

A penúltima modalidade de tombamento é o provisório. O bem que esteja em processo de tombamento precisa de proteção. A maneira de fazê-lo foi por meio do tombamento provisório, no qual o bem pertencente ao particular que esteja nessa situação de preservação sofrerá todos os efeitos do tombamento definitivo, exceto a realização do registro do imóvel. Visando corroborar com o princípio constitucional da razoabilidade, ficou definido que o tombamento provisório não pode ser indefinido, haja vista que poderia prejudicar o proprietário do bem, caso fosse deferida a impugnação do bem tombado.

Existem, todavia, alguns prazos que deverão ser seguidos porque estipulados em lei, como, por exemplo, o prazo de sessenta dias que o Conselho tem para decidir sobre eventual impugnação do procedimento. Não obstante, a lei apresenta lacunas quanto ao prazo para a autoridade superior homologar a decisão do Conselho, motivo pelo qual, o princípio da razoabilidade deve ser respeitado.

Finalmente, teceremos comentários sobre a modalidade *compulsória* de se tombarem. De todas as modalidades de tombamento é a que causa maior discussão, haja vista que o Poder Público notifica o proprietário do bem privado, geralmente um imóvel, o qual irá impugnar aquele ato da Administração Pública. A partir da notificação do proprietário, já existe o tombamento provisório, sendo decisão discricionária da autoridade a escolha do momento para fazê-lo.

Havendo a impugnação, caberá ao Conselho decidir se aquele bem deve ou não ser reconhecido como sendo de valor cultural para as providências de praxe. Caso haja esse reconhecimento por parte do Conselho, o bem será obrigatoriamente tombado após ser homologado pela autoridade homologante e não pelo Conselho, conforme modificação prevista na Lei nº 6.292/75 que alterou o Decreto-Lei nº 25/37. Caberá recurso dessa decisão ao Presidente da República. Neste caso, não se trata de conveniência e oportunidade, mas de total obediência à lei. Temos nesta fase, portanto, um ato vinculado. O judiciário tem competência para apaziguar lides envolvendo o processo de tombamento, porém, o faz sempre com base na legalidade e na legitimidade do ato.

6.3 FASES DO TOMBAMENTO

Temos de ter sempre em mente que o tombamento é voltado para o social, para o bem comum da população. Nesse contexto, nada mais justo que esses interessados participem do procedimento juntamente com o Poder Público. Além de ser mais democrático, obsta eventual arbitrariedade por parte do poder estatal. Acreditamos que o diálogo entre o Poder Público e a sociedade diretamente envolvida seja um primeiro passo para a efetivação do procedimento. Estamos utilizando o termo procedimento por ser mais adequado, haja vista que o processo só iria confundir-se com a fase judicial. Tome-se procedimento como um conjunto de atos devidamente organizados, que se seguem uns aos outros através de um nexo lógico, tendo sem-

pre uma finalidade que é a realização do efeito jurídico de tombamento. O processo, por sua vez, seria o conjunto de atos procedimentais devidamente formalizados. Édis Milaré expõe que: “O tombamento é o resultado final de um processo administrativo estabelecido por lei para a adequada apuração da necessidade de intervenção na propriedade, com vistas à proteção de bens de significativo valor para o patrimônio cultural brasileiro”⁴¹.

O tombamento é uma ação administrativa que se inicia com o pedido de abertura de processo por iniciativa de qualquer cidadão (pessoa física) ou mesmo jurídica e até do próprio órgão a que competirá administrar o processo de tombamento. O tombamento é efetivado por ato do Secretário Municipal da Cultura com publicação no Diário Oficial do Município, do qual caberá contestação pelo prazo de 15 dias, devendo o Conselho decidir sobre a questão. Em mantendo o procedimento, a Resolução do Conselho deverá ser homologada pelo Prefeito. Do mesmo jeito que qualquer cidadão pode pedir um tombamento, também pode opinar no processo.

Segundo José Cretella Júnior⁴², são oito os passos que completam o procedimento do tombamento como um todo, sendo: 1) a administração, sujeito ativo do procedimento; 2) o particular, proprietário do bem, sujeito passivo da iniciativa do Estado; 3) o bem a ser tombado, objeto móvel ou imóvel, de valores históricos, estéticos, etnográficos, paisagísticos, arqueológicos; 4) texto de lei, emanado do Legislativo, possibilitando a restrição e enumerando os bens que devem ser preservados; 5) o livro de registro ou tomo; 6) a operação material da inscrição, consistente no inventário pormenorizado do bem tombado; 7) parecer, opinião ou juízo de valor de órgão competente, em geral colegiado, que aponta, define e descreve o bem objeto da proteção do Poder Público; 8) o processo ou rito do tombamento, ou seja, o conjunto de operações, determinadas pela Administração, cuja finalidade é colocar o bem privado sob a custódia do Estado.

Com base no que existe na esfera federal, destacamos três fases distintas até o procedimento final de tombamento. A primeira fase é a *instaurativa*, que começa tendo início com a notificação do proprietário do bem para conhecimento do início do procedimento. É nesta fase que ocorre o tombamento provisório, sendo que as partes envolvidas têm o direito ao contraditório. A fase seguinte é chamada de *instrutória*, já que é nesta fase que surgem as contestações e os argumentos para a concretização do tombamento. A última fase é a *deliberativa*, pois caberá ao Conselho Consultivo do Patrimônio Histórico deliberar sobre o tombamento emitindo um parecer.

41 MILARÉ, Édis., **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. Doutrina, Jurisprudência. Glossário. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 269-270.

42 CRETILLA JUNIOR, José. In. FRANÇA, Rubens Limonge (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, V. 74, 1982. p. 3.

Em caso positivo, essa fase culmina com o registro no livro do tomo e, conseqüentemente, o tombamento definitivo. Gina Copola⁴³ assim resume a questão:

É imprescindível ressaltar que todas as fases do processo de tombamento acima relacionadas devem ser fielmente observadas, para, com isso, assegurar o contraditório e a ampla defesa, em estrita e necessária obediência ao art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal.

Embora esse seja um modelo utilizado na esfera federal, nada impede que modelos diferentes sejam introduzidos nas entidades estaduais e municipais, porém, há que se ter um procedimento rigoroso sob o ponto de vista formal para que o órgão competente para o tombamento não seja surpreendido por atos ilegais e anuláveis.

7 TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO AMBIENTAL DA POLÍTICA URBANA

O tombamento é um dos instrumentos jurídicos que encontram previsão no artigo 4º, inciso V, do Estatuto da Cidade e estão dispostos da seguinte maneira: a) desapropriação; b) servidão administrativa; c) limitações administrativas; d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; e) instituição de unidades de conservação; f) instituição de zonas especiais de interesse social; g) concessão de direito real de uso; h) concessão de uso especial para fins de moradia; i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; j) usucapião especial de imóvel urbano; l) direito de superfície; m) direito de preempção; n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; o) transferência do direito de construir; p) operações urbanas consorciadas; q) regularização fundiária; r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; s) referendo popular e plebiscito.

7.1 REFLEXOS NO DIREITO DE PROPRIEDADE DO BEM PRIVADO TOMBADO

A participação da coletividade é fundamental para a concretização de políticas públicas voltadas à preservação do patrimônio histórico, principalmente as políticas públicas realizadas pelos Municípios, em face do tombamento e seus reflexos, em que a população acompanha mais de perto as realizações do Chefe do Executivo. Sobre a participação da coletividade, manifesta Benedito Lima de Toledo⁴⁴: “A maior garantia de preservação é a afeição da população por

43 COPOLA, Gina. Tombamento: algumas relevantes considerações. In: **Fórum de Direito Urbano e Ambiental** – FDU. Belo Horizonte: Ano 6, nº 3, p. 45, - Maio-Jun., 2007.

44 TOLEDO, Benedito Lima de. Dar futuro ao passado. **Boletim Informativo, Pasta Patrimônio Histórico**. Lorena, Instituto de Estudos Valeparaibanos, 30 jul. 2001.

seus bens culturais”. Com base nisso, podemos dizer que para que a população tenha afeição por seus bens culturais, entendendo e respeitando a implementação de uma política voltada à preservação dos bens culturais mediante o tombamento e seus reflexos, é necessário que haja investimento e políticas públicas voltadas para a educação ambiental. É na mais tenra idade que fazemos aflorar sentimentos sobre as mais diversas coisas, inclusive, o meio ambiente.

Os reflexos vão daqueles em que o particular acaba por usufruir de benefícios que antes da política pública implementada não usufruía, ao ver seu patrimônio ganhar vida com a colaboração de obras realizadas na conservação do bem, até mesmo limitação, ou diminuição do desfrute particular, individual em prol do coletivo.

Entretanto, o tombamento de imóveis produz vários efeitos, entre eles temos o chamado “*entorno*”, trata-se de preservar a ambiência onde o imóvel está inserido, impedindo que outros elementos obstruam, reduzam sua visibilidade ou lhe traga qualquer prejuízo. Cabe ao órgão que efetuou o tombamento delimitar essa área.

O bem tombado poderá ser suscetível de ser alugado ou vendido sem quaisquer impedimentos, desde que continue sendo preservado.

O proprietário de um bem tombado poderá, inclusive, receber incentivos fiscais, como veremos no item 9.1.

Passemos às obrigações do proprietário em relação ao bem tombado.

8 OBRIGAÇÃO DO PROPRIETÁRIO DO BEM TOMBADO

A obrigação do proprietário do bem tombado pode variar, dependendo do reflexo do tombamento na propriedade imóvel.

O tombamento, ao contrário do que possa parecer, não é um ato autoritário, muito embora ele estabeleça limites aos direitos individuais. Com base na lei, sempre resguarda direitos e interesses coletivos. Entretanto, por vezes, além da obrigação de conservação, recai sobre o proprietário também outros ônus.

Entretanto, aquilo que ficar consignado como de exigência para a preservação do bem, poderá até facilitar a vida do proprietário que, dependendo do caso, poderá obter isenções e até liberação para cobrança de taxa de visitação, assim como ter o imóvel retirado de sua posse, se este não conseguir administrá-lo como deveria, passando diretamente às mãos do Estado.

Cabe, assim, ao Estado, vigilância diuturna, pois é coresponsável na conservação daquilo que foi deliberado como bem pertencente a todos.

9 CORRESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO EM CONSERVAR O BEM TOMBADO

Uma vez que o bem tombado assume característica de bem de interesse de todos, gera para o Estado o ônus de preservá-lo e garanti-lo para presentes e futuras gerações, fiscalizando o bem e criando, inclusive, mecanismos que garantam a sua conservação. Pois foi ele, o Estado, que deliberou sobre a importância do bem que veio a ser tombado.

Esses mecanismos que têm auxiliado os proprietários a administrar o bem tombado, assim como a exercer controle de manutenção e conservação dos mesmos por parte do Estado, vão do oferecimento de tintas para que o proprietário possa conservar a fachada do imóvel, autorização de cobrança de taxas de visitação, exploração de atividade comercial para incentivo da utilização de algum recurso ambiental com sustentabilidade, até a isenção de impostos. Falaremos a seguir dos incentivos fiscais.

9.1 INCENTIVOS FISCAIS

Existem políticas públicas de incentivo fiscal em alguns municípios brasileiros.

Os instrumentos tributários estão previstos no Artigo 4º, inciso IV, da Lei Federal nº 10.257/2001. Constam neste inciso como sendo instrumentom tributáriom e financeirom de política urbana:

- a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU;
- b) contribuição de melhoria;
- c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros.

Pelo fato de a Constituição Federal prescrever o chamado *interesse local* ao tratar do Município, torna-se extremamente pertinente que o ente público se aparelhe de todas as maneiras possíveis para a salvaguarda daquilo que é de interesse local. Essa aparelhagem abrange a criação de legislação pertinente para a preservação do seu patrimônio histórico, o que inclui, evidentemente, o incentivo ao tombamento. Ressalta Paulo Affonso Leme Machado⁴⁵ a respeito:

É importante que o Município disponha de uma legislação própria em matéria de proteção cultural, inclusive de tombamento. Dessa forma, se houver desídia da União ou dos Estados, ou houver diferença de entendimentos entre as formas e métodos de conservação do referido patrimônio, o Município poderá implementar a sua própria legislação de proteção.

45 LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito ambiental brasileiro**. 17 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 403.

Comenta Rogério Rocco⁴⁶ que, nos Estados Unidos da América, existe um fundo formado por receitas do imposto de renda, do imposto sobre petróleo e seus derivados, sobre produtos químicos e seus derivados, cujos recursos são destinados para ações e projetos voltados à melhoria do meio ambiente.

Benedito Lima de Toledo⁴⁷ informa que, também nos Estados Unidos da América, uma solução foi experimentada com sucesso. Foi criado o que eles chamam de “*space adrift*”. Entre nós, significa a *transferência do direito de construir*. O processo se resume da seguinte maneira: um cidadão compra uma propriedade onde pretende edificar um prédio de 5 mil m², por exemplo. Em seguida, o Condephaat resolve abrir um processo de tombamento sobre esse imóvel. A solução é assegurar a esse proprietário a possibilidade de exercer seu direito de construir em outro terreno, somando-se ao que ali estiver assegurado. Se este novo terreno contar com a possibilidade de construir, com 10 mil m², passará a acolher 15 mil m². Se o referido proprietário não dispuser de outra área, ou não tiver interesse, poderá vender esse “*espaço flutuante*” a outro interessado ou pôr em leilão na bolsa de valores. Essa política pública permite que o Estado não gaste um tostão e o proprietário possa conservar sua propriedade e dela disponha da melhor maneira que entender. Outros incentivos fiscais também existem, como a isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano daquele que cuidar do imóvel tombado. Acrescenta-se, ainda, a possibilidade de que toda a despesa na conservação, reparo ou restauração do bem cultural poderá ser descontada do Imposto de Renda. O Estado ainda colocará profissionais especializados para dar assistência a esses trabalhos, além de abrir linhas de financiamento junto a agências bancárias.

Na França, continua o autor⁴⁸, a chamada “*Lei de Malraux*” introduziu alguns desses benefícios acima referidos e o resultado foi surpreendente, a ponto de muitos proprietários solicitarem o “*classement*” (tombamento) de suas propriedades para obterem algum tipo de benefício. Com essas medidas, o proprietário se sentiu seguro e permaneceu na cidade que escolheu para viver.

Interessante o que aconteceu no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, no ano de 2004. Mediante de um projeto de lei, tesouros arquitetônicos e naturais abandonados em todo o Estado seriam levados a leilão e seus novos proprietários se comprometeriam a restaurá-los. A iniciativa seria anunciada pelo INEPAC (Instituto Estadual de Patrimônio Cultural) e teria como organizador o SEBRAE/RJ, em parceria com a UNESCO. Seria formado um inventário sobre os bens culturais imóveis dos Caminhos Singulares do Ouro, do Café, do Açúcar e do Sal.

46 ROCCO, Rogério. Dos instrumentos tributários para a sustentabilidade das cidades. In: ROCCO, Rogério; COUTINHO, Ronaldo (Orgs.). **O direito ambiental das cidades**: Rio Janeiro: DP&A, 2004. p. 270.

47 TOLEDO, Benedito Lima de. Op.cit., 2001.

48 Idem.

A adoção da medida tinha por explicação o fato de que os bens imóveis abandonados deveriam ser leiloados para que outros proprietários com condições financeiras pudessem preservá-los. Se o Estado e o atual proprietário não possuem condições, nada mais plausível do que leiloá-los para aqueles que as tenham, caso contrário, estaria o Estado sendo conivente com a destruição de seu patrimônio. O Rio de Janeiro foi o primeiro Estado do Brasil a propor tal medida. A partir do inventário desses bens, Políticas Públicas deveriam ser propostas para a proteção do patrimônio cultural identificados nos caminhos do ouro, café, açúcar e sal.

Naquela ocasião, já se encontravam em estado de perigo decorrente da especulação imobiliária, as salinas localizadas na Região dos Lagos, as quais estavam em processo de tombamento. Algumas fazendas históricas e abandonadas também seriam beneficiadas como: Fazenda São Bernardino (Nova Iguaçu); Fazenda Engenho Novo (São Gonçalo); Fazenda Mandiquera (Quissamã); Palácio dos Urubus (Macaé). Visando concretizar tal medida, as empresas ou órgãos públicos que comprassem os bens tombados em leilão poderiam ter incentivos federais já existentes para as obras de restauro de bens tombados e com a assistência técnica do Inepac. A adoção dessas medidas auxiliaria a cidade de Paraty, por exemplo, e outras do Sul Fluminense. Paulo Roberto Araújo⁴⁹ comenta que essa seria uma nova maneira de olhar o Estado do Rio de Janeiro, fazendo valorizar suas vocações territoriais e gerar novas oportunidades de negócios, trabalho e renda, uma vez que atividades como a do turismo e do artesanato iriam se expandir.

Ainda sobre o Rio de Janeiro, Fernando Luis Schuller⁵⁰ esclarece que, além do Município prever isenção de IPTU, possui Lei de Incentivo fiscal à cultura regulamentada desde março de 1993. A Lei possibilita aos contribuintes do ISS utilizarem até 20% de imposto devido para o apoio de projetos culturais previamente aprovados pela Comissão Carioca de Promoção Cultural. Sobre o Estado do Rio de Janeiro, escreve André Geraldo Simões: “No Sudeste, cabe destacar o Estado do Rio de Janeiro, com uma participação bastante superior à dos demais estados, chegando a 71% dos seus municípios com isenção de IPTU e 79% de ISS”⁵¹. Na cidade de Niterói/RJ⁵², existe a Lei nº 827 de 25 de junho de 1990. Essa Lei prevê isenção de IPTU e de ISS em serviços de reforma, restauração ou conservação de prédios e só será concedida após o tombamento definitivo.

49 ARAÚJO, Paulo Roberto. Projeto Pode Obrigar Recuperação de Fazendas. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, edição de 23.maio 2004. Republicado no **Boletim Informativo** do Instituto de Estudos Valeparaibanos, p. 8, maio/jun. de 2004.

50 SCHULLER, Fernando Luis. Legislações Municipais de Incentivo Fiscal a Cultura. Rio de Janeiro: **Revista de Administração Municipal**, v. 44, nº 221, pp. 33-49, abr-dez 1997.

51 SIMÕES, André Geraldo. Descentralização federativa e Desenvolvimento Fragmentado. **Revista de Administração Municipal**, Rio de Janeiro, v. 50, nº 248, p. 31-37, jul/ago, 2004.

52 Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br> Acesso em: 14 maio 2008.

A Lei Orgânica do Município de Manaus⁵³ também prevê incentivo fiscal no valor de até 70% do valor do IPTU, para o imóvel adequadamente conservado pelo proprietário.

Em São Paulo temos a chamada Lei Mendonça, promulgada em dezembro de 1990 pela Prefeita Luiza Erundina. A Lei autoriza a Prefeitura a emitir certificados em nome de contribuintes de IPTU e do ISS que incentivarem projetos culturais aprovados pelo Município. Os certificados sofrerão um desconto de 30% e poderão ser usados no pagamento de até 20% dos impostos acima citados⁵⁴.

Tupiassu⁵⁵ coloca de maneira explicativa essa questão da seguinte forma:

No plano municipal, observam-se vários exemplos de utilização do IPTU com uma perspectiva ambiental, através da concessão de isenções a prédios de interesse ecológico, como no caso do Rio de Janeiro, ou de preservação paisagística e cultural, que ocorre em Belém do Pará.

No mesmo sentido Fábio de Sá Cesnik⁵⁶ também coloca sua opinião a respeito do rumo das políticas públicas voltadas ao incentivo fiscal, da seguinte forma:

O incentivo fiscal à cultura assume hoje papel fundamental no desenvolvimento das atividades culturais. Tornou-se uma prática em todos os Estados e Municípios pensar e editar sua própria lei de incentivo, buscando a parceria para o fomento da cultura na área de atuação desse ente federativo. São pouquíssimos os entes do governo que estão regredindo ou extinguindo sua legislação num momento em que a perspectiva geral é de avanço e novos estímulos ao seguimento.

Contudo, de um modo geral, salvo algumas exceções, observa-se claramente o caráter preponderante arrecadatório impresso aos mecanismos econômicos ambientais. Salta aos olhos, então, a incompatibilidade de tal sistema com os novos parâmetros de incentivo e precaução que devem nortear as políticas de desenvolvimento sustentável da atualidade.

Imprescindível, então, o estudo e adoção de outras propostas, mais especificamente vinculadas à nova gestão preventiva do meio ambiente, estimulando na sociedade a colaboração para com a política ecológica.

53 Idem.

54 SCHULLER, Fernando Luis. Op. cit., p. 41.

55 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação ambiental**: A utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 183.

56 CESNIK, Fábio de Sá. **Guia do incentivo à cultura**. 2.ed., revisada e ampliada. Barueri/SP: Manole, 2007. p.14.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção do patrimônio cultural ambiental brasileiro, em face do Direito de Propriedade, é possível mediante o Tombamento, sempre que este justifique sua preservação, cuidado, manutenção, pela importância de sua conservação para presentes e futuras gerações, sob pena da perda parcial ou total da efetividade de sua importância e memória no cenário cultural brasileiro.

Como a responsabilidade pela conservação da qualidade ambiental é tanto do Estado como da coletividade, tanto o particular como o ente político podem e devem exigir apoio e medidas de conservação dos bens que possuam identidade cultural, não só por meio do tombamento, mas também de outras medidas que somem importância na conservação, memória, enriquecimento cultural da população e exploração sustentada, com o apoio estatal no oferecimento de estímulos ao proprietário na manutenção de sua posse, tais como incentivos fiscais, ou quando a manutenção do proprietário no bem for indesejável coletivamente, então, uma justa indenização ou seu redeslocamento do mesmo para outra área.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Direito administrativo**. Elementos do Direito. 3. ed. São Paulo: Premier, 2009.
- ARAÚJO, Paulo Roberto. Projeto Pode Obrigar Recuperação de Fazendas. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, edição de 23 maio 2004. Republicado no **Boletim Informativo do Instituto de Estudos Valeparaibanos**, maio/jun. de 2004.
- BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano & função social da propriedade**. 4. Tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.
- CESNIK, Fábio de Sá. **Guia do incentivo à cultura**. 2. ed. revisada e ampliada Barueri/SP: Manole, 2007.
- COPOLA, Gina. Tombamento: algumas relevantes considerações. In: **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**- FDU. BH: Ano 6, n. 3, p, 42-48, Maio/Jun- 2007.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____; FRANÇA, Rubens Limonge (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 74.
- DAVID ARAUJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DIAMANTINO, Ediberto. O estado democrático de direito ambiental e o direito de propriedade. **Revista Direito & Paz**, ano 6, 2º sem., n. 11, p. 45-65, 2004.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**. Normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. 2. ed., revista e atualizada São Paulo: Malheiros, 2005.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GASPARINI, Audrey. **Tombamento e direito de construir**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- GASPARINI, Diógenes. In: FRANÇA, Rubens Limonge. (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 1982. v. 74.
- LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito ambiental brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MAYRINK, Cristina Padovani. O desenvolvimento sustentável e o direito municipal. Belo Horizonte, **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, V. 1, nº 4, pp. 349-352, ago., 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. A gestão ambiental em foco. Doutrina, Jurisprudência. Glossário. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**. Proibição de Retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- NABAIS, José Casalta. **Introdução ao direito do patrimônio cultural**. Coimbra: Almedina, 2004.
- PESCIOTTA, Nelson & AFFONSO, Sônia Bueno. **Preservação do patrimônio histórico arquitetônico**. Santa Branca/SP: Núcleo de Estudos Ambientais, 2007.
- PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A Evolução da Proteção do Patrimônio Cultural – Crimes Contra o Ordenamento Urbano e Patrimônio Cultural. In: PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José. (Org.). **Temas de direito ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, p, 199-225, (Advocacia Pública & Sociedade). ano III, n. 3, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.
- REISEWITZ, Lúcia. **Direito ambiental e patrimônio cultural. Direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- ROCCO, Rogério. Dos Instrumentos Tributários para a Sustentabilidade das Cidades. In: ROCCO, Rogério; COUTINHO, Ronaldo. (Orgs.). **O direito ambiental das cidades**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. **Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico-ambiental**. Porto Alegre: SAFE, 2005.
- SCHULLER, Fernando Luis. Legislações municipais de incentivo fiscal a cultura. **Revista de Administração Municipal**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 221, p. 33 a 49, abr/dez., 1997.
- SIMÕES, André Geraldo. Descentralização Federativa e Desenvolvimento Fragmentado. **Revista de Administração Municipal**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 248, p. 31-37, jul./ago., 2004.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3. ed. ampliada e atualizada, 4ª Tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

TAPAI, Giselle de Melo Braga (Coord.). **Novo código civil brasileiro**. Estudo Comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal e Legislação Codificada e Extravagante. 3. ed. revista, atualizada São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TELLES, Antônio Augusto Queiroz. **Tombamento e seu regime jurídico**. São Paulo: RT, 1992.

TOLEDO, Benedito Lima de. Dar Futuro ao Passado. Lorena/SP: **Boletim Informativo**, Pasta Patrimônio Histórico, Instituto de Estudos Valeparaibanos, 30 de julho 2001.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação ambiental**: A utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Carta de Veneza, de 1964.

Carta de Atenas, de 1933.

Declaração do México, de 1985.

O PARADIGMA PROCESSUAL ANTE AS SEQUELAS MÍTICAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Rosemiro Pereira LEAL

1 INTRODUÇÃO

Os resquícios do *poder constituinte originário* é que nos remetem, em planos históricos mais remotos, ao horizonte mítico, tradicional e utópico dos atualmente chamados *direitos materiais* (maternais) surgidos de poderes, juízos ordálicos, simulacros, forças onipotentes, vontades coletivas naturais e de sistemas normativos de fundo organicista, num *sincretismo* fundante (ativação) de uma imaginária *maternidade* (matricialidade) normativa em que os pontos jurídicos se operam num total anonimato que ganha nome, nas metáforas criticistas e sociologistas, de *liberdade de pensamento* e de *relações humanas e sociais* a criarem uma pauta primordial de direitos a ser recebida, como adequada, por uma *suposta sociedade política* ou transmitida em forma de leis parlamentarizadas para o *povo* praticar e cumprir. Por isso, muitos estudiosos da *teoria do direito* (principalmente do direito constitucional e civil) não se desapegam da palavra *poder* em todas as suas narrativas, porque nela vão costurar outras mais grandiloquentes como “força, fluxo normativo, vontade popular, tomada de decisões”, a ocultar a explicação do que é constituinte no exercício do que se pode exercer. O mais grave de todas essas cogitações é contrapor a esses *direitos materiais* (substantivos-essencialistas) uma ordem de *normas processuais* que seriam meramente instrumentais (adjetivas) ao manejo (pós-ativação) jurisdicional das primordialíssimas *normas materiais*.

Por conseguinte, impõe-se, na teoria linguístico-problematizante do direito, esclarecer, como excludente do caráter retórico do princípio da legalidade, que a *norma de processo* é precedente-originária e legiferativa (criadora) do ainda apelidado *direito material* que só se constitui de conteúdos institutivos do *ser, ter e haver*, pela teoria linguística do discurso processual, não se limitando, como querem os antigos juristas, aos significados do *proceder* para conduzir e aplicar

o *maternal* direito material pela atividade judicial (judicacional) dos juízes. A *teoria da norma* no direito processual democrático não acolhe uma deontologia prescritiva imanente, porque o *devido* da norma é posto no *dever* de seus enunciados criativos (*principiologia do processo*) como direitos fundamentais de conjectura e refutação sobre as causas, efeitos e riscos dos atos a serem juridicamente criados quanto à preservação continuada da discursividade jurídico-processual de *vida, liberdade e dignidade* humanas (*teoria neo-institucionalista*)¹.

O conceber vida, liberdade, dignidade como direitos humanos fora dos direitos fundamentais da *discursividade jurídico-processual* ou numa hierarquia de precedência de uns sobre outros, cria lugares imunes ao direito legislado onde se aloja uma vontade dita soberana (poder excepcionalizante) por uma atividade jurisdicional equivocadamente acolhida como subjetividades controladoras do direito. Ora, em nome dos direitos humanos, nega-se vigência (por juízos de flexibilidade, proporcionalidade, razoabilidade, ponderabilidade e adequabilidade) a direitos fundamentais do processo ou, em nome destes, põem-se em restrição os direitos humanos pelos juízos de aplicabilidade da *reserva do possível* com negativa da autoexecutividade dos direitos de vida, liberdade, dignidade. Idênticos desastres normativos ocorrem, *no direito processual democrático*, ao se colocar o *Estado* como círculo mítico-protetor da *Sociedade* ou conceber esta como fundadora histórica do Estado, porque o *paradigma* construtivo de ambos é o Processo na constitucionalidade democrática, sendo que uma *hermeneutica constitucional* só poderia considerar-se adequada a este *Estado* ou *Sociedade* se construída pela *principiologia do processo* como teoria discursiva criticamente escolhida no nível instituinte e constituinte do direito.

Com efeito, a compreensão adequada da Constituição brasileira, ainda que passe pelas conjecturas argumentativas de filósofos ou juristas estrangeiros ou brasileiros, não pode, em qualquer hipótese, perder seu eixo temático-hermenêutico numa *teoria do processo* que ofereça compatibilidade com a imediata efetivação (realização) dos *direitos líquidos, certos* e prontamente *exigíveis* e com a sustentação continuada e incessante dos direitos fundamentais do PROCESSO ali assegurados. Discursos de justificação e aplicação de direitos (Gunther) ou mandados de otimização interpretativa (Alexy) que não se ajustem a essa *teoria do processo* a ser disponibilizada a todos na operacionalização de direitos não podem ser acolhidos em sua estrutura informativa e construtiva de argumentações em face das peculiaridades que definem a sistemática constitucional brasileira. O que se busca adequar é uma *Teoria do processo* a reger a operacionalidade constitucional brasileira (*teoria processual da constituição*) e não uma *teoria do discurso* retirada de linguagens naturais que nada exibem sobre estudos e delineamentos teóricos de *Processo* como *paradigma* de Estado Democrático. Para sair da linguagem norma-

1 LEAL, Rosemiro Pereira. Principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Editora Podivm, 2007. p. 905-916.

tiva, basta entrar nas filosofias e nos giros linguísticos e achar que de um lugar não-jurídico-normativo (exossomático e pragmático-anormativo) se possam forjar, na intersubjetividade, lúcidos comandos interpretativos adequados para o nosso discurso jurídico constitucionalizado que ainda está, sem qualquer patriotismo, na dianteira, na construção de uma *sociedade democrática*, de todas as escrituras constitucionais no mundo conhecidas. O que nos falta são operadores de estoque teórico qualificado (desalienado) à atuação e aplicação do direito no Brasil.

2 O SINCRETISMO FATAL DOS POSITIVISTAS

O equívoco dos positivistas para equacionar uma hermenêutica congruente à operacionalização do direito no *Estado Democrático* está em que ao tempo que adotam o *princípio da reserva legal* continuam atuando uma lógica jurídica é incambiável nos sistemas jurídicos constitucionalmente formalizados, deslocam o princípio, por uma jurisdicional plasticidade exossomático-anormativa, para uma dimensão extrassistêmica onde se acolhe um vigia (tutor-depositário) da lei privilegiadamente lúcido e sábio (o juiz ou o operador administrativo-governativo do Estado). Essa confusão de positivismo jurídico e positivismo sociológico (Kelsen-Weber) tem trazido sérios embaraços para os que se apresentam como positivistas convictos, a exemplo de Dimitri Dimoulis², que preconiza uma *interpretação objetiva* denominada *pragmático-político-jurídica* com a qual se candidata a enfrentar problemas da enunciação e atuação do direito.

Não é difícil antever as complicações a serem equacionadas pelos positivistas que, convencidos de uma engenhosa articulação das vertentes etiológicas dos positivismos *lato e stricto sensu*, isto é, apropriação de *elementos* morais, políticos e formais, apontam perspectivas de melhor compreensão do direito. Certamente, mencionar, como rumo hermenêutico, uma compreensão para o direito no horizonte *pragmático-político-jurídico* é cair fatalmente na rede comunicativa de Habermas que, ao contrário da ubiquidade da fita de Moebius, permite estar ora fora, ora dentro do sistema jurídico, aos moldes de Gadamer, Apel, Rorty, Dworkin, Rawls, Alexy, Gunther, para ficarmos com os mais midiáticos a manejar direitos em esferas públicas por “normas” morais e ético-políticas contíguas a esferas (sistemas) legais formalizados numa flutuação entre elementos (direitos) materiais e formais (hibridismo weberiano) que torna realmente descentrada a sociedade pressuposta dos positivistas.

E porque convencidos desse descentramento insuperável, já que sitiam o *Processo* pela *Jurisdição*, como salvadora intervenção do *Estado-Juiz* provedor dos horrores do *non-liquet*, trabalham ainda a falácia naturalista, aceita por Kelsen e Hart e pioneiramente denunciada

2 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 14.

por Hume e lembrada por Carrió³, de migrarem livremente (sem norma jurídico-enunciativa pré-formalizada) da esfera do *ser* dos saberes solipsistas do decisor ou interventor intuitivo-analítico-natural para um *dever-ser* que, embora não esteja juridicamente pré-normado pelo sistema jurídico, torna-se deontológico por uma interpretação dita construtiva ou reconstrutiva (sistemático-analógico-ideológica) do operador super-dotado ou autorizado (autoritário) do direito. O ceticismo radical dos positivistas sociológicos decorre dessa inevitável entrega do direito à tutoria jurisdicional, tornando-se-lhes irreduzível a convicção zetética de que “não é possível construir um saber unitário e coerente sobre o direito, oferecendo respostas no âmbito de uma única teoria”⁴.

Assim, fecham a porta de entrada do *Estado Democrático de Direito* que às vezes emocionalmente defendem pelo teor sonoro da expressão ou pelo irretorquível aspecto de que esse tipo de Estado segue rigorosamente o princípio da reserva legal, sem o qual não seria Estado Constitucional de Direito, nem teria fins sociais, políticos e morais. Em consequência dessas ilações, imaginam uma inexorável pluralidade teórica para o direito em seus campos de produção, atuação, aplicação, reforma e extinção, que vai da filosofia parmenídica ao maquinico dos esquivo-analistas, sem perceberem que o paradigma do Estado Democrático de Direito é o *Processo*: uma *teoria linguístico-jurídica* (*medium-linguístico*) já constitucionalizado no Brasil) que se distingue por *discursos* (teorias) que lhe são próprios, impondo-se, como *conditio* para a enunciação pelo *melhor argumento* no Estado Democrático, uma escolha paradigmática de maior teor autocrítico-linguístico-problematizante entre os *discursos* (teorias) do *Processo* e não entre as várias teorias sociais e culturais, paradigmas históricos, ideologias e filosofias do direito. Com efeito, o melhor argumento no Estado Democrático deriva de escolha teórico-discursiva no âmago do *paradigma linguístico-jurídico* denominado *Processo*.

O que o *processo* possibilitou, e que hoje frustra as pretensões da filosofia de secular guardadora e julgadora privilegiada do saber e da verdade, é a construção de uma argumentação jurídica, extraída das teses do conhecimento objetivo de Karl Popper, que se desvencilha da falácia naturalista e do triunfo legitimante do *poder constituinte originário* – as afiadas guilhotinas que continuam ceifando a superveniência de uma sociedade democrática em moldes teórico-linguísticos. Com o advento da Constituição de 1988, esse empreendimento se vislumbrou para os juristas brasileiros que acompanhavam por décadas o espaço de constitucionalização de um direito de cunho emancipatório e principalmente para os países periféricos, ainda colonizados por formas diáfanas e sofisticadas de dominação, em que as escravaturas tecnológicas se sucedem com nomes e artefatos arrojados e atrativos. A esperança em acontecimentos naturalmente benévolos da vingança histórica contra os opressores ou que estes, por uma lei universal que a todos iguala, morrerão algum dia no mesmo chão dos oprimidos, é aumentar

3 CARRIÓ, G. **Sobre los límites del lenguaje normativa**, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1973. p. 78-85.

4 DIMOULIS, Dimitri. Op. cit., p. 36.

com indiferença a carga de sofrimento humano, deixando às próximas gerações o ônus de um futuro sobre o qual nos recusamos a pensar e realizar.

Com Popper, a *teoria do discurso* saiu das garras da tópica e da retórica, da erística e da heurística, da razão categórica, da *epagoge* que impunha secularmente a ideologia da verdade por indução (pragmática ou transcendental-criticista) a partir da observação (metafísica), da mimesis (comunidade natural de pré-linguagens que se imitam e interagem na base empática das estruturas atávicas, universais e eternas), da magia e do positivismo sociológico, para se instalar nos pontos de privação (repressão) verbal pela teorização do não pensado (o terceiro mundo de Popper) como proposta de modificar a “sintaxe do mundo” (expressão de Rouanet)⁵ pela oferta de um *mundo objetivo* de teorias onde estas, ao se rivalizarem numa concorrência continuada, pudessem ser adotadas, substituídas, destruídas ou morrer no lugar dos homens, seus teorizadores.

3 PROCESSO E LINGUAGEM EM POPPER

Em resumo, a teoria da linguagem de Popper comporta quatro estágios: a função *expressiva*, *senalizadora*, *descritiva* e *argumentativa*, sendo que as duas primeiras são comuns a homens e animais e as últimas exclusivas do homem, chamadas “funções superiores”. Entretanto, Popper destaca a função argumentativa da linguagem que pode ser vista em funcionamento, em sua mais elevada forma de desenvolvimento, numa bem disciplinada *discussão crítica*⁶ que se põe pró ou contra uma *proposta*, mas também pró ou contra alguma *proposição* da proposta. É possível descrever sem argumentar e as funções inferiores da linguagem (*expressiva* e *senalizadora*) estão *sempre* presentes quando se utilizam as *superiores*, tendo estas o “controle plástico” das inferiores, mas às vezes as inferiores se mostram mais agradáveis (piada, riso) e experimentam uma vitória passageira sobre as superiores. Diz Popper que “não só nossas teorias nos controlam, como podemos controlar nossas teorias (e mesmo nossos padrões; existe aqui uma espécie de retrocarga). E se nos sujeitamos a nossas teorias, fá-lo-emos então livremente, após deliberação”⁷.

Em Popper, como se infere, não há proibição, pela via da discussão crítica (linguístico-evolucionária-problematizante), de eleger uma entre várias teorias como *marco* de controle de nosso pensar, como também, a partir da teoria adotada, podemos controlar as nossas teorias. Não quer dizer que teorias não possam ser trocadas, substituídas, eliminadas. Porém, entre teorias concorrentes, há de se buscar o melhor padrão teórico-regulador para não abolir emocionalmente o sistema que se sustenta por uma testificação teórica continuada à realização de

5 ROUANET, Sérgio Paulo. **Édipo e o anjo**: Itinerários freudianos em Walter Benjamin. 2. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca, 1990. p. 139 (Tempo Universitário, n. 63).

6 POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo**, Belo Horizonte: Itatiaia e Editora da USP, 1975. p. 216 e ss.

7 POPPER, Karl. Op. cit., p. 220.

propósitos e objetivos. No *direito democrático*, a linguagem teórico-processual apresenta uma relação de inclusão com as ideias humanas de vida, liberdade e dignidade; daí não se conceber *vida humana* sem concomitante abertura ao *contraditório, ampla defesa e isonomia*. Humana não seria a vida se foi vedado ao homem descrever e argumentar.

A consciência humana, em Popper, só é possível de formação e crescimento se, na antítese dos contrários, o homem se deparar com a irritabilidade (incômodo, desconforto, apreensão, mal-estar) ante um *problema* a resolver, a solicitar um sentido no sem-sentido ou vice-versa de tal sorte a gerar significações nos pontos diacríticos do desespero linguístico e, daí para frente, numa linha evolucionária de significação crescente, “a consciência começa a antecipar meios possíveis de reagir a movimentos possíveis de experiência e erro e seus possíveis resultados”. A consciência gera “sistemas linguísticos exossomáticos”⁸ que, fora da consciência, podem tornar-se “sistema legal” para controle e crescimento da própria consciência e, por óbvio, tais “sistemas” equivalem a antecipação de meios (*universo de significados preventivos*) de sua própria preservação. Não é dado na democracia discursivo-processual excluir alguém da formação exossomática de sua consciência teórico-coletiva.

A *constituição democrática*, quanto a direitos fundamentais, nos moldes colocados pela *teoria neo-institucionalista do processo*, não suplica grandes indagações ou alentadas obras para se concluir que tais direitos são imediatamente exequíveis, porque, a lidar com esses direitos pelas hipóteses criticistas ou historicistas (não críticas no sentido de Popper) da reserva do possível, não se tem estatuto definidor do *Estado Democrático de Direito*. Uma *teoria de vida*, e não a vida entitativa (*zoé-byos*) ou o pragmatismo da vida, é que há de ser adotada e não mais uma vida dita social por aperto de mãos ou abraços (*byos-polytikos*), mas por escolha entre teorias como modelos linguístico-constitutivos a expressarem o *homem* na sua complexa existência, outorgando-lhe continuamente a oportunidade de desistir de suas teorias, substituindo-as, eliminando-as, fiscalizando-as, modificando-as a serviço da formação de uma sociedade de falantes (*parlêtres*) em que o sentido da conduta de cada qual e de todos seja processualmente pactuado (constitucionalizado) se a escolha recair na teoria da democracia em suas acepções pós-modernas. É por isso que o controle de constitucionalidade há de se fazer de modo difuso, incidental-concreto e abstrato, incessante e irrestrito, porque é este que vai propiciar a testificação teorizada do sistema jurídico, conferindo-lhe *legitimidade* pela oportunidade sempre aberta a todos de eliminação de erros que possam causar entraves à fruição dos *direitos fundamentais*.

Por isso o equívoco de Chalmers⁹ é grosseiro ao supor que Popper havia sustentado que existiria uma teoria conclusivamente (exaurientemente) testada. Ora, se Popper assim o dissesse, certamente não poderia ter, como fez, distinguido uma sociedade aberta de uma sociedade fechada. Claro que a pior troca é trocar a vida por um *direito à vida* pior que a *zoé-byos* e o *byos*

8 POPPER, Karl. Op. cit., p. 229-230.

9 CHALMERS, A. F. **O que é a ciência afinal?** 2. reimp. São Paulo: Editora Brasiliense, 1997. p. 95.

polytikos, porque o direito, como forma milenar de dominação, só recentemente sofreu uma refutação problematizante nos fundamentos de seus conteúdos normativos para que o *direito à vida* não fosse o dique linguístico que vedasse a abertura para a *vida humana*. Apontar um “*mundo da vida*” como esfera pública ofensiva de um agir comunicativo autopoietico entre falados na “Outridade” (contexto de sentidos pragmatizados) não trabalha *vida* pela possibilidade linguística do *contraditório* na criação do *direito à vida* e este como *vida vivida* no direito ao *contraditório*. É prestante o pensamento de Popper quanto à falibilidade e transitoriedade dos paradigmas que se enunciam por via do embate entre “teorias concorrentes” com preferência por uma delas (ou por várias) após rigorosa testificação teorizada.

A mera escolha de uma teoria forte feita por uma comunidade científica como núcleo irreduzível a merecer relevância, a exemplo do que ensina Thomas Kuhn¹⁰, não implica necessariamente testificação, porque o ímpeto histórico da comunidade pode ser de ideológica progressividade e não de possibilidades de degenerescência do núcleo temático eleito. Em Popper e Lakatos, como anota Chalmers¹¹, a ousadia das proposições não se contingenciam historicamente e, em Popper especialmente, as teorias devem errar ou apresentar erros mais rapidamente possível (Wheeler) para que se fortaleçam. Daí, uma *sociedade* (que é uma teoria), que se queira *aberta*, construir-se-á ante teorias rivais, mas, para isso, é necessário problematizá-las, o que, em direito, para uma *sociedade aberta*, no discurso de testificação, impõe escolher uma entre as *teorias processuais do discurso* como a melhor (mais resistente) a tornar constitucionalmente disponíveis, para todos, conjecturas falseabilizantes (argumentações) continuadas com o fim de instituir e constituir juridicamente (*estabilizar*) uma forma linguística de compartilhamento de sentidos de *vida, liberdade e dignidade*. Com efeito, uma *Teoria da Constituição* democrática, na concepção pós-moderna da falibilidade dos sistemas, há de passar pela compreensão curricular da *teoria do processo* como enunciativa (descritiva-argumentativa) dos direitos fundamentais (fundantes) da correlação humana “*contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade*”¹².

4 POLEMIZAÇÃO PROCESSUAL DA LEGITIMIDADE DO DIREITO

À medida que se entenda discurso como *dis-curso*, há de se indagar sobre a *teoria* encaminhadora desse discurso para enunciar as pretensões de validade de nossas falas, opiniões e vontades. É certo que Habermas¹³ já afirmou, em 1976, que a *legitimidade* “é uma exigência de

10 KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Perspectiva, 2001, p. 246.

11 CHALMERS, A. F. Op. cit., p. 124.

12 LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na deesnaturalização dos direitos humanos. In: **O Brasil que queremos**. Belo Horizonte: PUC/Minas, 2006.

13 HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990. p. 220.

validade contestável”, sendo que “esse conceito encontra aplicação sobretudo nas situações em que a legitimidade de um ordenamento torna-se objeto de polêmica: no qual, como dizemos, surgem problemas de legitimação. Uns afirmam e outros contestam a legitimidade”. Entretanto, na fase atual do direito marcada por interrogações teóricas que o lançam em estruturas linguístico-discursivas, são essas *estruturas* que devam ser refletidas em suas variadas vertentes discursivas para colocarem em dissenso uma “polêmica”. Afirmar a existência da “teoria do discurso” como se esta fosse uma e única teoria é trabalhar um “decurso” (percurso) e não *dis-curso*. Para que, como quer Habermas, a legitimidade seja “uma exigência de validade” do ordenamento jurídico, é preciso que essa “exigência” seja de *validade contraditória* e não “de validade contestável”, porque a *contestatio* supõe, à sua realização, uma teoria do contraditório (testemunhável procedimentalizado) para que haja *dis-curso*, isto é: a possibilidade de desconstrução reconstrutiva (controle pelo *processo*) dos conteúdos da legalidade pela via de argumentos de identificação teórica dos enunciados institutivos dos sentidos de um sistema normativo e sua correlação com a faticidade a que se propõe juridificar ou jurisdicizar (reconhecer).

Não se pode confundir legitimidade com *legitimação*, porquanto esta é a qualidade de quem é legitimado ao *processo* (instituição linguístico-jurídica) de autoinclusão numa comunidade jurídica para fruir e praticar direitos por esta instituídos coinstitucionalmente (constitucionalmente) a partir da criação dos direitos pelo *Processo* nos níveis instituinte, constituinte e constituído. Habermas não distingue legitimidade e legitimação e trabalha *Estado* como cinturão (crença na unidade) de uma “sociedade” pressuposta que se deseja preservar, sendo-lhe estranha uma sociedade a ser construída pela comunidade jurídica constitucionalizada que, ao se denominar *Povo*, é o conjunto de legitimados ao *processo* como sustentamos na *teoria neo-institucionalista*: a maneira de proteger a almejada “sociedade” da desintegração é criando-a e recriando-a a partir da comunidade jurídica coinstitucionalizada. Por isso, a expressão “poder legítimo” é, em Habermas, paradoxal se “poder” emana de um povo ou Estado mítico que “toma a si a tarefa de impedir a desintegração social por meio de decisões obrigatórias” ou a tarefa de “ao exercício do poder estatal a intenção de conservar a sociedade em sua identidade normativamente determinada em cada oportunidade concreta”¹⁴ porque aqui se trabalham “sociedade” e “desintegração social” pressupostas na esfera de um *Estado* doador de um modo de ser social (Estado emoldurante) a partir de um “ordenamento político” não jurídico-processual-constitucionalizado. É que o paradoxo da expressão “poder legítimo” não cessa ao ser transferido para “um nível reflexivo de justificação”¹⁵, quando se entende que a “força legitimadora cabe hoje somente às regras e às premissas da comunicação, que permitem distinguir entre um entendimento ou acordo alcançado entre livres e iguais, por um lado, e, por outro,

14 HABERMAS, Jurgen. Op. cit., p. 221.

15 Ibidem, p. 228.

um consenso contingente ou forçado”¹⁶, tendo em vista que não se explicaria o que fosse “*livres e iguais*” a não ser por uma estrutura de discurso teórico-processual (ampla defesa e isonomia) fundante desses modelos teóricos de liberdade e igualdade.

A ideia ainda perseguida pelas convicções sociologistas de que seja possível lidar com “*livres e iguais*” como portadores naturais de liberdade e igualdade brotadas de um espaço público, a partir de acordos firmados que buscam sua força legitimadora numa intersubjetividade de sentidos já historicamente (culturalmente) cristalizado, é que multiplica a carga da angústia humana à fundação de uma *sociedade de falantes* e não de falados. A recusa de *processualização* do espaço-linguístico vem agravando por milênios o padecimento do pensamento humano que se chafurda na *técnica* como forma de autoesquecimento prazeroso, estrangulando o simbólico pelo imaginário, o enunciativo pelos ditos utópicos dos delírios e alucinações coletivas. As doxas tornam-se apodícticas em seus saberes absolutos, homologando verdades retóricas de que o homem é um ser condenado ao pesadelo trágico do viver minando o seu próprio sonho. O que lhe restaria era colorir o sonho para amenizar a sua fatal e absurda existência.

Esse discurso de dominação, que tanto agrada as mentes liberalizantes e assegura eternamente a liderança carismática burocratizada em perfis de *Estado, União e Poder Público*, é que forjou uma novíssima dimensão da linguagem (a midiática) que, por artifícios eletro-eletrônicos, é atualmente o eco chamativo de todos os desesperados em que a voz imagética do virtual se magistraliza em sua jornada secular de alienação das massas eruditamente ignorantes. Os multimeios são as veias flamejantes do *organismo estatal* que, em nome dos avanços da informática, penalizam e vigiam pelas vias postais eletrônicas (e-mails) ou concedem defesas em tempos unilateralmente preclusivos e fazem dos usuários os serviçais não remunerados da operacionalização computadorizada de suas máquinas contábeis e estatísticas. Cognominar, como quer Habermas, essa mixórdia de “sociedade complexa” é conferir um prêmio ao absurdo da atuação social autoalienante em que os sistemas, aos moldes de Luhmann, pensam e espoliam os homens.

Ora, a chamada sociedade complexa, além de não ser sociedade, e sequer complexa, porque centrada em marcos de crenças coletivas já ideologicamente sistematizadas, é um conglomerado mítico em que despontam os componentes ditos identificatórios do dinheiro, poder e solidariedade, que as compoem em sua atuação integrativo-política. O que se demonstra facilmente nos dias atuais é que ao homem não foi possível ainda construir uma *Sociedade Humana* a qualquer título, porque a tentativa de construí-la na *ágora* (espaço natural da esfera pública) ou por princípios universalizantes e transcendentais pressupostos vem fracassando secularmente. O desespero é tal que, com o advento da cibernética, o pseudo-cidadão dos sociologistas e cientistas políticos de todas as tendências transformou-se num *net*: um navegante

16 HABERMAS, Jurgen. Op. cit., p. 228.

que troca as águas, a terra e o ar da realidade nua (espaço telúrico-atmosférico), pela dimensão das imagens que saem do milagre eletro-eletrônico das partículas e ondas estruturais da natureza (cibermetafísica desterritorializante) para aí viver uma *second-life* com seus ícones e avatares ficticiamente construídos (comunidades virtuais). Essa evitação da angústia do natural para o artificial torna o virtual um natural indolor, prazeroso e agradável em substituição ao *natural realístico* em que os que matam não escapam da morte. Lá no *ciber* o espaço é liso, sem rugas e de várias cores escolhidas, sem obstáculos irremovíveis, onde se plantam mortes e vidas imunes a punições, leis, sanções. Lá o liberal realiza o sonho delirante de se liberar integralmente, dando máxima potência à sua livre vontade. Lá a proteção e o abandono podem ser imagetizados em suas mais inventivas e indiscriminadas versões: dos *games* românticos, líricos e lúdicos, aos mais cruéis e promíscuos.

A fuga para uma *second-life* em face da vida desumana da *first-life* é outro salto mortal da ainda lamentável impotência teórica dos homens para a construção de uma *Sociedade Humana*. O aceno dessa possibilidade veio pela Filosofia da Linguagem (a Epistemologia do Saber Humano) que da Linguística à Psicanálise tem convidado em vão os juristas a inovarem suas concepções jurídicas, a refundarem a sua arcaica ciência. O que está em reflexão e posto ao secular abandono é o espaço-tempo do *Processo* como modelo discursivo-jurídico-constutivo de uma sociedade humana em níveis nacionais (nativistas), internacionais, supranacionais ou mundiais (planetários). A vida humana como expressão monetária só seria cogitável se o lastro do dinheiro fosse o incremento da *dignidade* humana, porque de outra forma se cairia no alçapão de Weber¹⁷. Entretanto, essa *dignidade*, para ser humana, haveria de ser compreendida como direito fundamental de *autoilustração* sobre os fundamentos agônicos dessa realidade estruturalmente antropofágica e fabricante autopoiética (pragmática) de solidariedade, justiça, bom-senso, razão, verdade, certeza, juízos do bem e do mal, pensamentos, ensinamentos, em sentidos mitificados e utopizados a cristalizarem as civilizações dos liberais (paternalistas ou escatologistas como titulares de um poder eternizante). Criou-se o *Estado* como lugar e instrumento mítico desse poder eternizante onde todas as possibilidades de esclarecimento da trama pragmática da dominação social são vedadas. O Estado é fetichizado como lugar da equibração social e segurança pública dentro do qual o liberalismo medra numa concepção mítica de liberdades sem fronteiras à realização escolástica de uma justiça social metajurídica.

17 WEBER, Max. **Economia e sociedade**. 3. ed. Brasília: UNB, 1994, p. 141-161. v. 1.

5 DESPROCESSUALIZAÇÃO DO DIREITO NO ESTADO TELEMÁTICO

É de grande valia o ensino de André Lemos¹⁸ que, em excelente texto, sobre a territorialização e desterritorialização na cibercultura, ao lembrar o fato do blogueiro iraniano De-rakhshan ter sido “barrado na entrada dos EUA após seu nome ser googleado pelos oficiais da imigração”, observou que o iraniano foi “territorializado, controlado pela polícia americana”, tendo em vista a sua criação de “novos formatos midiáticos”, porque, nesses formatos, o iraniano criou “um espaço de liberdade no espaço estriado das redes telemáticas” onde fez restrições ao governo e, por isso, o seu território acabou “sendo utilizado como forma de controle e vigilância”. Aqui o *Estado* opressor (*status* espacial-de-significados-equívocos)¹⁹ já é dono do *espaço de fuga* do seu próprio prisioneiro que é o homem originalmente despojado de uma linguagem discursiva em seu *habitat* humano-natural. Essa violência punitiva sobre a autorreterritorialização promovida pelo iraniano deixa claro que a possível *contestação* de fatos ou atos ocorridos no espaço físico formulada pela via (infovia) do espaço eletrônico (virtual) é frustrante na medida em que o espaço eletrônico é uma criação tecnológica regulada e encampada pelo *Estado* soberano em seus poderes governativos que já pré-decidem com qual “mídia” (*medium* linguístico) há de se comportar (ser comunicativo) o “cidadão” sob a sua jurisdição. A cena narrada por André Lemos é contributiva ao nosso estudo no sentido de explicitar, com auxílio das anotações de Musso, a ilusão de liberdade de quem possa achar-se um navegante num espaço “liso, livre de controle e de terror” pensando que “o território rugoso e resistente” do espaço físico é “apagado” para apenas subsistir “um espaço liso, fluido, feito para circulação”.

Comentando Heidegger, Lemos faz uma brilhante exposição da “des-re-territorialização”, mostrando que o homem difere do animal por construir seu próprio espaço no “fazer-aparecer” de sua ação prática (*tecknè*), acentuando que a “ferramenta, feita de uma pedra, é a pedra re-territorializada pela mão” do homem, traz indagações não somente sobre a grandeza da técnica humana, mas no que esta impede de se exercitar uma Ciência submetida a teorias que coloquem em permanente suspeita a sua dominação ideológica. Certamente que o *terroir* como linha de fuga às territorializações mantidas por um *Estado* de cunho liberalizante-republicanista-repressivo-corretivo (Estados Vigilantes e Assistencialistas) não concorre à formação social des-re-territorializante que engendre, por si, uma dinâmica de auto-ilustração sobre os fundamentos dos controles exercidos secularmente pelos não-sentidos dos mitos, religiões, arte, culturas, que fazem do homem um ginasta secular de um vôo cego ante o seu destino. O desenraizamento do

18 LEMOS, André. **Imagem**: visibilidade a cultura midiática, Livro da XV COMPÓS, Porto Alegre: Editora Sulina, 2007. p. 277-293.

19 LEAL, Rosemiro Pereira. **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: Significados Equívocos e a Interpretação do Direito. Busca de um novo médium linguístico na teoria da Constitucionalidade Democrática. Belo Horizonte: Editora Del Rey Universidade FUMEC-FCH, 2007.

sujeito pela desterritorialização é mais um degrau de angústia e desespero do que de liberdade virtual, porque o ciberespaço sofre a vigilância estriada do espaço Estatal onde o “nômade” não consegue saltar a cerca de sua escravatura corporal (bio-sócio-político-econômica), porque as estruturas maquínicas (Deleuze e Guattari) são *miméticas* quanto às suas formas mutantes e não *di-alógicas* na criação dos sentidos do significado de sua própria atuação. Vedam-se, nessa conjuntura, eixos teóricos a partir dos quais seria possível a auto-construção dos modelos de *vida humana*, restando apenas a paranoia (maquinação) das pragmáticas seculares.

A comunicação social ciberneticizada pelo *medium* linguageiro advindo da imagética natural mitificada do *Estado*, como fonte autorizativa das informações, não cria, por si mesma, uma rede linguística de estabilização da vida humana, tendo em vista que o homem não pode abandonar o “portal do corpo” (Valery) para se mostrar ao “outro” que lhe é inatamente assemelhado em espaço-tempo não cibernético. A “linha de fuga ao poder instituído”, a que se refere André Lemos, parece-nos uma linha que se amarra no eixo de um *Estado* ainda concebido em paradigmas arcaicos (Estado-de-significados-equívocos)²⁰, conforme discorreremos, cuja reestruturação não se fará pelas meras insurgências no âmbito do espaço reterritorializante da cibernética que, por ausência de linguagem processual discursiva, se equipara ao espaço físico-orgânico-atmosférico-pragmático. O lugar do pensar discursivo se inscreve em infinitas possibilidades da fala procedimental processualizada²¹ só escolhíveis pelas teorias que possamos previamente conjecturar e coletivamente testificar sobre os fundamentos da linguagem que elegemos para nos reger na construção de sociedades não mitificadas e não metabolizadas em gestos e imagens, cujas fundações se edificam no anonimato das técnicas de dominação.

A desterritorialização que se faça por mobilidades em espaços que, compressivos, não permitam o esclarecimento (problematização) dos seus fundamentos estruturantes, repete o *pragma* da criação do sentido da vida embutido no fluir de um *fazer* historicamente alienante. O entupimento do espaço físico por uma dinâmica de “aparecimento” de coisas não adrede consensadas é que cria a sensação de que é possível fugir (*pulsão-deriva de morte?*) por um buraco que dispense qualquer compreensão da existência. A ausência de um *Discurso* processualizado torna o homem ausente de si mesmo, impossibilitando-o criar (teorizar) um compartilhamento de sentidos para a sua própria vida social, o que leva à fragmentação do *espaço-humano* que não é físico, nem cibernético. De conseguinte, é da *pós-modernidade* a reflexão sobre a normatividade de nossas próprias invenções antes mesmo que elas possam acontecer e assumirem versões de um progresso delirante e irrefreável. O *direito*, em *concepções processuais democráticas*, cuidará desses intrincados entornos que, de certo, estão a merecer estudos continuados em prol de uma

20 LEAL, Rosemiro Pereira. Op. cit., Pesquisa FUMEC.

21 ALMEIDA, Andréa Alves. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

concepção de *Homem* que não se circunscreva nos ditames de uma história que ainda não foi integralmente problematizada.

Por conseguinte, uma *Teoria da Constituição*, que se proponha como disciplina científica, há de explicar qual paradigma de *Estado* está encaminhando à compreensão de seus conteúdos programáticos. Não há uma teoria de uma constituição universal separada das teorias fundantes das *instituições* que compõem sua enunciação jurídica. Esse aspecto é relevante à elucidação das bases de normação jurídica instituintes das intervenções das Administrações-governativas (*Estados*) nos espaços natural e virtual, de modo a não tolher pelo panóptico o ontóptico em seu *deixar-fazer-aparecer* por direitos fundamentais de *proceder-ser-ter-haver* nos espaços-tempos de compartilhamento linguístico. A permitir que o Estado seja o mesmo em sua ortodoxia opressiva e todista, a açambarcar todos os níveis de liberdade e privacidade em nome de uma segurança pública, a *Constituição* em que esse *Estado* estivesse inserido não teria sido construída a partir do *espaço-tempo-processualizado*, não se revestindo de qualificação democrático-econômica na concepção pós-moderna de *Democracia* aos moldes teóricos aqui desenvolvidos.

A informatização dos serviços forenses e administrativos no âmbito de um estado arcaico cria, como registra André Lemos, “territorializações” a excluírem o exercício de direitos fundamentais do *Processo*, a pretexto retórico de “justiça rápida” e “celeridades efetivas” de direitos. Portanto, há de se pré-definir prioritariamente o paradigma (*teoria processual*) de *Estado* numa *teoria constitucional* antes de se acolherem as ditas prodigiosas e progressistas revoluções científicas.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Andréa Alves. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

CARRIÓ, G. **Sobre los límites del lenguaje normativa**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1973, p. 78-85.

CHALMERS, A. F. **O que é a ciência afinal?** São Paulo: Brasiliense, 2ª reimpressão, 1997.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. 2. ed. São Paulo Brasiliense, 1990 .

KUHN, Thomas S. **As estrutura das revoluções científicas**. 6. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. In: **O Brasil que queremos**. Belo Horizonte: PUC/Minas, 2006.

_____. Principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). Teoria do Processo. Panorama Doutrinário Mundial. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 905-916.

_____. Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira. Significados equívocos e a interpretação do direito. Busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC-FCH/ Editora DeI Rey, 2007.

LEMOS, André. Imagem: visibilidade a cultura midiática. Porto Alegre: Sulina2007. p. 277-293. (Livro da X V COMPÓS).

POPPER, Karl. Conhecimento objetivo. Belo Horizonte: Editora Itatiaia e Editora da USP, 1975. p. 216 e ss.

ROUANET, Sérgio Paulo. Édipo e o anjo: itinerários freudianos em Walter Benjamin. 2. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca, 1990. p. 139 (Tempo Universitário, n.63)

WEBER, Max. Economia e sociedade. 3. ed. Brasília: UNB, 1994.

Sobre os autores

AS ORGANIZADORAS

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Marília – (UNIMAR) – Marília-SP. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAR – Universidade Paranaense e Professora convidada do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL.

Maria de Fátima Ribeiro

Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP. Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR – Marília-SP. Vice-Presidente do Instituto de Direito Tributário de Londrina.

OS AUTORES

Adriana Migliorini Kieckhöfer

Doutora em Engenharia de Produção pela UFSC na Área de Concentração: Gestão Ambiental. Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito e de Cursos de Graduação da Universidade de Marília - UNIMAR – Marília-SP.

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Doutorando em Direito Tributário pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFSC e pela UFPE. Procurador do Estado do Amazonas. Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da

Secretaria de Fazenda do Amazonas. Professor de Direito Constitucional, Financeiro, Tributário e Econômico no Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA).

Junio César Mangonaro

Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR – Marília-SP. Professor universitário da Universidade Norte do Paraná – UNOPAR.

Lourival José de Oliveira

Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR – Marília – SP. Professor da UEL e da FACCAR.

Luiz Cláudio Gonçalves Filho

Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo UNISAL U.E. de Lorena-SP. Professor do Curso de Graduação nas Faculdades Integradas do Vale do Ribeira - FIVR, Registro-SP.

Marlene Kempfer Bassoli

Doutora e mestra em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito e de Graduação em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR – Marília-SP. Professora da UEL e da PUC-PR.

Maurin Almeida Falcão

Doutor em Direito Público pela Universidade de Paris XI - Sud. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Coordenador do Núcleo de TCC da Faculdade Processus. Membro-fundador do *Institut International de Sciences Fiscales*. Pesquisador-visitante na FONDAFIP - Universidade de Paris I.

Paulo Roberto Pereira de Souza

Mestre em Direito das Relações Sociais pela UEL e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito e de Graduação em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR – Marília-SP. Ex-reitor da UEM.

Rita da Conceição Coelho Loureiro Santos

Doutora em Direito Ambiental pela PUC-SP. Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Biodireito, Ética e Cidadania do Centro Universitário Salesiano de São Paulo U.E. Lorena-SP.

Rosemiro Pereira Leal

Professor de Direito do Bacharelado, Mestrado e Doutorado da PUC-MG, UFMG e FUMEC.

Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professora, Pesquisadora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR, Marília-SP.

Suely Fadul Villibor Flory

Livre Docente em Literaturas de Língua Portuguesa – UNESP-Assis-SP

Doutora em Teoria Literária e Literatura Portuguesa – UNESP-Assis-SP

Pós-doutora em Comunicação

Consultora “ad hoc” da CAPES, FAPESP, FAPERJ, CNPq

Membro das Comissões Editoriais das Universidades: UNESP, USP, UEL, UFMG, EFJF, UNIMAR, UNICSUL, UNINOVE, UNICAMP, UFRGS

Coordenadora do Mestrado em Letras da UNIMAR

Pró-Reitora de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade de Marília –UNIMAR – Marília-SP.

