

**UNIVERSIDADE DE MARÍLIA**

***IV FÓRUM DE PESQUISA E EXTENSÃO DA  
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA***

***Volume 3***

***16 a 18 de novembro de 2016***

***RESUMOS***

***Pós-graduação***

**ISSN 2178 2083**

**UNIVERSIDADE DE MARÍLIA**

***REITOR***  
**Márcio Mesquita Serva**

***VICE-REITORA***  
**Regina Lúcia Otaiano Losasso Serva**

***PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO***  
**José Roberto Marques de Castro**

***PRÓ-REITOR DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO***  
**Jefferson Aparecido Dias**

***PRÓ-REITORA DE AÇÃO COMUNITÁRIA***  
**Fernanda Mesquita Serva**



**UNIMAR-UNIVERSIDADE DE MARÍLIA**  
**Av. Higyno Muzzi Filho, 1001 – CEP 17.525-902**  
**Marília – SP**  
**Tel.: 14 – 2105-4000**  
**Home page: <http://www.unimar.br>**

**MARÍLIA-SP**

# COMITÊ INSTITUCIONAL DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA

## *Ciências Humanas e Sociais Aplicadas*

Professora Doutora Walkiria Martinez Heinrich Ferrer  
Professora Mestre Maria Inês Godinho

## *Ciências Agrárias*

Professor Doutor Fábio Manhoso  
Professor Doutor Carlo Rossi Del Carratore

## *Ciências Exatas e Tecnológicas*

Professora Mestre Palmira Cordeiro Barbosa  
Professor Mestre Odair Laurindo Filho  
Professor Mestre Alexandre Ricardo Alferes Bertoncini

## *Ciências Biológicas e da Saúde*

Professora Doutora Tereza Laís Menegucci Zutin  
Professora Doutora Regina Célia Ermel  
Professor Doutor Heron Fernando De Sousa Gonzaga

**Núcleo Integrado de Pesquisa e Extensão  
NIPEX/UNIMAR**

*Os textos da presente obra são de exclusiva responsabilidade de seus autores*

## Sumário

### *IV FÓRUM DE PESQUISA E EXTENSÃO*

#### **Atividades Científicas Pós-Graduação**

##### *Sessão de comunicações*

Apresentação .....	05
Programa de Mestrado em Direito.....	06
Pedagogia .....	252
Publicidade e Propaganda.....	258
Terapia ocupacional/UNESP.....	266
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul/UFMS .....	267
Projetos de Extensão Universitária.....	272
Índice remissivo.....	279

## APRESENTAÇÃO

Este ano ficará marcado pelo aniversário de 60 anos da Associação de Ensino de Marília, mantenedora da UNIMAR (Universidade de Marília) e entrará para a sua história como aquele no qual uma importante inovação foi realizada no âmbito da pesquisa e extensão.

Como é do conhecimento de todos, segundo o art. 207 da Constituição Federal, as universidades devem obedecer ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Tais atividades, no âmbito da UNIMAR, sempre foram desenvolvidas de forma intensa e indissociável, mas faltava um órgão específico para fazer a integração entre pesquisa e extensão.

Visando suprir essa pequena lacuna, o NAP (Núcleo de Apoio à Pesquisa) foi reestruturado e se tornou o NIPEX (Núcleo Integrado de Pesquisa e Extensão) o que permitiu que fossem centralizados em um único órgão as atividades que buscam a integração entre pesquisa e extensão, a partir dos elementos obtidos nas atividades relacionadas ao ensino.

Nessa reestruturação, têm desempenhado papel bastante relevante os alunos do Programa em Mestrado em Direito, em especial os detentores de bolsas de estudo da CAPES, os quais, sob as orientações dos professores do Mestrado, têm colaborado para que essa integração entre pesquisa e extensão, bem como entre graduação e pós-graduação, se dê de forma extremamente efetiva.

O resultado do sucesso de tais atividades pode ser observado no presente trabalho, que congrega os resumos expandidos apresentados e aprovados para o IV FÓRUM DE PESQUISA E EXTENSÃO DA UNIVERSIDADE DE MARILIA, o qual se realizou entre os dias 16 a 18 de novembro de 2016 e contou com 517 participantes.

No caso do Programa de Mestrado em Direito, os resumos expandidos foram divididos em cinco grupos de trabalho: GT1 - Empresa, Desenvolvimento e Cidadania; GT2 - Globalização, Direito e Economia; GT3 - Estado Democrático de Direito e Direitos Fundamentais; GT4 - Judiciário e Demandas Sociais; e GT5 - Relações de Consumo e Sustentabilidade.

Apesar do sucesso obtido, não há muito tempo para comemorar, pois as atividades de ensino, pesquisa e extensão exigem uma atuação contínua, razão pela qual alunos e professores já iniciaram as atividades para novas pesquisas e projetos de extensão.

O que se espera é que o material ora apresentado possa servir de fonte de inspiração para a superação de novos e maiores desafios.

Uma boa leitura para todos e todas

Jefferson Aparecido Dias  
Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação  
Primavera de 2016

*RESUMOS*

*Pós-graduação*

**SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS – CNPJ**

**RIGHTS OF ACCESS Extrajudicial - CNPJ**

GT1 - EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA.

ANNA CAROLINA SANTOS SILVEIRA  
UNIMAR

ac\_silveira@hotmail.com

MARIA APARECIDA CARVALHO IUNES  
UNIMAR

cidaiunes@hotmail.com

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER  
UNIMAR

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo propor uma reflexão sobre a complexa delimitação da atividade notarial e de registro, sob a ótica constitucional, administrativa, empresarial e tributária. Sobre tal pretexto de provocar tal reflexão, mesmo que de maneira superficial, pretende analisar a situação concreta relativa ao tratamento dado pela Receita Federal do Brasil a essa atividade no que tange ao cadastro, sucessão e tributação do Imposto de Renda. Logicamente, há de se passar pela apreciação da natureza jurídica da atividade em questão, bem como pelo seu enquadramento na seara dos direitos administrativo e empresarial, para derradeira avaliação das exigências formais e tributárias incidentes normatizadas pela RFB. Dentre outras exigências e entendimentos da RFB, destaca o presente trabalho para seu desenvolvimento: (i) A obrigação de inscrição da Serventia no o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas; (ii) O entendimento da presença de uma sucessão empresarial no momento da entrada de novo titular; (iii) A exigência de CNPJ para a função formal de preenchimento da Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI); (iv) Incidência do Imposto de Renda relativo a serventia sobre a Pessoa Física do Titular. Sem nenhum esforço, já é possível perceber o confuso enquadramento normativo da atividade Notarial e de Registro, dado pela Receita Federal, haja vista por ora entender estar diante de Pessoa Física, ora de Pessoa Jurídica. Trata-se aqui de uma atividade de delimitação constitucional *sui generis*, e pela razão de pouco estudada pela doutrina, por vezes enquadrada pelo Direito Administrativo como Serviço Público, aquele desenhado pelos incisos XI e XII do art. 21, bem como o art. 175 ambos da CF/88. No desenvolvimento do trabalho mostrar-se-á que a atividade notarial e de registro tem seu próprio gênero, traçado de forma bem definida pelo artigo 236 da Carta Republicana de 1988, onde afasta a ideia da serventia como empresa e Pessoa Jurídica. Aborda o sentimento jurisprudencial trazido pelo julgamento da ADI 3.151/MT, em que o Ministro Carlos Brito (BRITO, 2004, s/p) delimita as atividades Notarial e de Registro como função pública típica *latu sensu*, atividades jurídicas e não materiais delegada a particulares, diferente dos serviços públicos definido pelos incisos XI e XII do art. 21 e o art. 75 da Constituição, bem como concluiu tratar-se de atividades públicas delegadas a pessoas naturais, habilitadas em concurso público, para exercê-las obrigatoriamente em caráter privado. Tem também na doutrina o mesmo entendimento na medida em que descarta a Serventia como empresa ou uma unidade econômica por não configurar-se como estabelecimento, não possuir responsabilidade jurídica, tampouco ser titular de um direito, constituindo-se unicamente em local de acervo de bens que pertence ao povo

administrada por uma pessoa física: o delegatário, e sobre esse sim recai todos os danos e débitos, não sobre as serventias. O serviço notarial é prestado por pessoa física. Ao apreciar a exigência de CNPJ por parte da Receita Federal do Brasil, entende de plano, a fatal afronta ao conceito de personalidade dado pela constituição, Lei, doutrina e jurisprudência, e cria uma distorção jurídica, a uma porque cria obrigações desnecessárias a Serventia e como consequência da continuidade da Pessoa Jurídica, na ocasião da troca do titular, acaba por criar do nada a responsabilidade sucessória ao novo titular, razão de inúmeras demandas judiciais. E por todas essas razões conclui o estudo que as serventias de notas e registros não se constituem em empresas ou pessoas jurídicas, e tem de gênero próprio delimitado pela CF.

**Palavras-chave:** CNPJ. ATIVIDADE NÃO EMPRESARIAL. SERVENTIAS NOTARIAIS E DE REGISTRO PUBLICOS.

**Abstract:** This study aims to propose a reflection on the complex definition of notarial and registration activities under the constitutional viewpoint, administrative, business and tax. On this pretext to provoke such reflection, even if superficially, aims to analyze the concrete situation regarding the treatment by the IRS of Brazil to this activity with regard to registration, succession and taxation of income tax. Logically, there to pass the assessment of the legal nature of the activity in question, as well as by its position in the harvest of the administrative and business rights to final assessment of formal and tax requirements incidents standardized by the RFB. Among other requirements and understandings of RFB, it highlights this work for its development: (i) The registration obligation of Usefulness in the National Register of Legal Entities; (ii) Understanding the presence of a business succession at the time of the new holder entry; (iii) The requirement CNPJ for the formal function Declaration of fill on Real Estate Transactions (DOI); (iv) Income Tax Effect on the usefulness of the person holder of Physics. Without any effort, it is possible to understand the confusing legal framework of Notarial activity and registration, given by the IRS, given for now understood to be on the Individual, now of Legal Entities. This is about an activity sui generis constitutional boundaries, and the reason understudied by the doctrine, sometimes framed by Administrative Law and Public Service, that designed by items XI and XII of the art. 21, as well as art. 175 both of CF / 88. In developing this work prove to the notary and registration activities has its own genre, form drawing well-defined by Article 236 of the Republican Constitution of 1988, which rejects the idea of usefulness as a company and person Jurídica.de company, corporate. Addresses the jurisprudential sense brought by the judgment of ADI 3,151 / MT, where the Minister Carlos Brito (BRITO, 2004 s / p) defines the Notarial and registration activities as typical civil service in a broad sense, legal activities and non-material delegated to individuals , different public services defined by items XI and XII of art. 21 and art. 75 of the Constitution and concluded that it was in public activities delegated to individuals, authorized public tender to exercise them must privately. It also has the doctrine the same understanding as to rule out the Usefulness as a company or an economic unit not set yourself up as establishment has no legal responsibility, nor hold a right, being only local goods collection that belongs to the people administered by an individual: the delegate, and on this rather falls all damages and liabilities, not on the service roads. The notarial service is provided by individuals. In assessing the requirement CNPJ by the Internal Revenue Service of Brazil, understands plan, the fatal affront to the personality concept given by the constitution, law, doctrine and jurisprudence, and creates a legal distortion, one because it creates unnecessary obligations Usefulness and as a result of the continuity of legal Entities, on the occasion of exchange holder, ultimately create nothing succession responsibility to the new owner, due to numerous lawsuits. And for



all these reasons the study concludes that the service roads of notes and records do not constitute companies or corporations, and has its own genre defined by the CF.

**Keywords:**CNPJ. ACTIVITY NO BUSINESS. RIGHTS OF ACCESS AND NOTARY PUBLIC REGISTRY

## **INTRODUÇÃO**

O artigo 4º inciso IX da Instrução Normativa da Receita Federal n 1470 de 2014(Previsto em Instruções Normativas anteriores) dispõe acerca da obrigatoriedade de inscrição das serventias notariais e de registro no CNPJ. A inscrição do Cadastro da Pessoa Jurídica tem como finalidade facilitar o controle e fiscalização da arrecadação dos tributos devidos, “o preenchimento da Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI) – art. 8º da Lei 10.426/2002 e Instrução Normativa RFB 1.112/2010, e eventuais outras obrigações acessórias perante o Conselho Nacional de Justiça” (GOMES, 2015). Sem sobejo de dúvidas, não há como enquadrar o Serviço notarial e registral nas hipóteses previstas no Código Civil, seja como Pessoa Jurídica de Direito Público (art. 41), seja como Pessoa Jurídica de Direito Privado (art. 45), não havendo, também, necessidade de inscrição do Delegatário do Serviço no mesmo registro daquelas pessoas que desempenham a atividade mercantil ou simples. E por fim a Receita Federal insiste na ideia que o CNPJ está vinculado à Serventia, devendo ser mantido, mesmo com a alteração da titularidade da delegação, criando assim, graves problemas ao desenvolvimento dos trabalhos da atividade notarial e de registro, em consequência ensejando inúmeros mandados judiciais.

## **DESENVOLVIMENTO**

As atividades notariais e registrais são exercidas em caráter privado, por delegação do poder público, nos termos do artigo 236 da Constituição Federal de 1988. Isso se observa, de forma clara, quando o parágrafo 1º, deste mesmo dispositivo menciona os serviços notariais e de registro, como atividade a ser desempenhada por um particular. O parágrafo 3º, igualmente, reforça essa ideia ao definir que a forma de ingresso na atividade será por meio de concurso público. A Lei Federal n. 8935 de 1994, que regulamenta a aludida atividade, reitera nos seus artigos 3º e 5º, que os Serviços notariais e registrais serão titularizados por pessoa física.

Nessa esteira andou a jurisprudência do STF quando julgou a ADI 3.151/MT de relatoria do Ministro Carlos Brito, e delimitou a natureza jurídica dessa atividade. Em síntese concluiu que são típicas atividades estatais, mas não tem natureza jurídica de Serviços Públicos propriamente, mormente porque está à margem dos contornos constitucionais dados a esses, pelos já citados incisos XI e XII do art. 21 e o art. 175. Entendeu tratar-se de atividades tidas como “função pública típica *latu sensu*” (BRITO, 2004, s/p). Atividades jurídicas, e não materiais delegadas a particulares, diferentemente das permissões e concessões bem definidas pelo art. 175 da Constituição, qual afirma serem elas constituídas por instrumentos contratuais decorrente de licitações públicas de privatização de serviços materiais, não jurídicos. Identificou ainda que a exigência de provimento por concurso público, para exercer a atividade em questão, não se ao regime normativo dos cargos efetivos, por tratar-se de função estatal específica apartada do cargo público. Enfim, concluiu o Ministro que a natureza jurídica dada ao serviço notarial e de registro, é próprio. São atividades públicas delegadas a pessoas naturais, habilitadas em concurso público, para exercê-las obrigatoriamente em caráter privado (BRITO, 2004, s/p). Especificamente pertinente às atividades jurídicas do Estado, estatuída unilateralmente por Lei e respectivos Regulamentos e fiscalizada pelo Poder Judiciário. Portanto, constitucionalmente está

sedimentado o entendimento de que recai sobre a pessoa física a delegação e a responsabilidade pela prestação do serviço, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses de pessoa jurídica trazida pelos art.41, 43 e 45 do Código Civil Brasileiro. A doutrina também reconhece tal ofício como função pública, sendo, portanto, inaplicáveis os conceitos de estabelecimento, próprio do direito empresarial. Veja ainda, que a serventia não é nenhuma unidade econômica e sim é o local onde se armazenam os registros e as notas resultantes da atividade. Não possui responsabilidade jurídica, tampouco é titular de um direito, trata-se, apenas, de um local onde se armazena o acervo de bens que pertence ao povo administrada por uma pessoa física: o delegatário.

Note-se que a delegação, objeto de nosso trabalho, é descentralização administrativa dirigida a uma pessoa natural. Nada relacionado com estabelecimento, já que a serventia apresenta-se destituída da titularidade de direitos e deveres na ordem jurídica privada ou pública. Veja que nenhuma relação jurídica existe entre o cartório e o demandante do serviço. (GOMES, 2014, s/p). Se no conceito empresarial reside o exercício profissional da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, não há em tese atividade econômica porque não exercida com fins lucrativos. Muito menos pressupõe livre iniciativa haja vista a exigência de habilitação em concurso público, nem tampouco concorrência porque ou vedada por lei ou limitada por circunscrição exclusiva. (RAMOS, 2014, p. 37). Ademais sustenta a doutrina de forma conclusiva que Todos os danos ou débitos ou dívidas e créditos ocorrentes no espaço e no tempo da repartição cartorial, se devem aos seus responsáveis e nunca a serventia em si mesma, que não é personagem na ordem jurídica. (GOMES, 2014, s/p). Assim também orienta a jurisprudência dominante do STJ que O serviço notarial e de registro é prestado por pessoa física, não tendo o cartório personalidade jurídica própria (SARAIVA, 2016, s/p).

Nota-se que o Imposto incidente sobre a renda da aludida atividade é gravado sobre a pessoa física do oficial (carnê-leão); e o cadastro específico de INSS (CEI), realizado em nome da pessoa física, na forma da Instrução Normativa n. 971/2009, deixando claro em seu artigo 19, II, g, que a contratação dos empregados deveria ser vinculada à pessoa física do empregador. Nesse passo andou bem a normatização da RFB. (GOMES, 2014, sp). Entretanto, em completa dissonância doutrinária e jurisprudencial, veio a Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil de n. 1470 de 2014, hoje, alterada pela IN RFB n. 1634, publicada em 09.05.2016, impondo às Serventias Extrajudiciais a inscrição no CNPJ. Veja, por tudo que discorremos acima que é uma exação excessiva, fiscalista, desarrazoada e completamente descolada do ordenamento. Mesmo a ideia de que a exigência do CNPJ para a Serventia é destinada apenas para finalidade tributária não pode ser aceita, porque resulta na grave consequência de, equivocadamente, vincular o CNPJ à Serventia, e assim tentar criar a ideia de sucessão na ocasião da alteração da titularidade da delegação. Isso tem sido objeto de inúmeras demandas judiciais por parte dos novos titulares que intentam utilizar um CNPJ novo, livre das responsabilidades do antecessor. Pois bem, como vimos, a doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido de que a responsabilidade, civil e fiscal, de cada tabelião, corresponde ao período que esse esteve na titularidade do serviço, significa dizer que um Oficial não responde pelo ato de outro que o precedeu naquela serventia. Verdadeira demanda sem razão de ser, haja vista que o CNPJ para o notário e oficial de registro é utilizado para o preenchimento da Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI) – art. 8º da Lei 10.426/2002 e Instrução Normativa RFB 1.112/2010, e eventuais obrigações acessórias perante o Conselho Nacional de Justiça (GOMES, 2014, s/p). O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo regimental de relatoria da Ministra Maria Izabel Gallotti, se posicionou no sentido de que o tabelionato não detém personalidade jurídica,

respondendo pelos danos decorrentes dos serviços notariais o titular do cartório na época dos fatos. Responsabilidade que não se transfere ao tabelião posterior. A investidura na função, compreendida na aprovação em concurso de provas e títulos, sucedida da nomeação, é forma originária de provimento à delegação, não havendo, portanto, o que se falar em vinculação com o Serventuário anterior. A responsabilidade do serviço recai na pessoa de seu titular da época da ocorrência do fato, uma vez que, como já afirmado, a Serventia Extrajudicial é ente desprovido de personalidade jurídica própria. Sendo assim, não faz qualquer sentido exigir o CNPJ, muito menos impedir a abertura de novo CNPJ ao novo titular do serviço, que foi investido na função de forma originária.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

O ponto controvertido do presente trabalho está em tentar enquadrar criaturas constitucionais, definidas originariamente e, portanto constituídas, em equiparações simplórias de forma a facilitar o acesso a seu intento. Estamos falando do animus fiscalista que por vezes induz condutas e exações excessivas, como se o direito tributário não fosse derivado da ordem maior. No caso em exame a IN da RFB que impõe o cadastramento das Serventias extrajudiciais como pessoas jurídicas traz consequências que atrapalham a própria fiscalização quando resultam em insucesso em inúmeras demandas judiciais.

## **CONCLUSÃO**

Diante de tudo que foi exposto, tratam-se as atividades Notariais e de registros públicos de função pública típica *latu sensu*, atividades jurídicas e não materiais, desempenhadas por pessoa natural delegada, habilitada em concurso público, para exercê-las obrigatoriamente em caráter privado. Não se confundem com serviços públicos, porque esses constituídos por instrumentos contratuais decorrente de licitações públicas de privatização de serviços materiais, não jurídicos, e não remuneráveis por tarifa ou preço público. Não está submetida ao regime normativo dos cargos efetivos pelo simples fato de haver a exigência de concurso pública, por tratar-se essa de função estatal específica apartada do cargo público, aquela de função vinculada ao cargo público. Não está enquadrada também no conceito de empresa, pois carecem dos requisitos caracterizadores, mormente a iniciativa vinculada e a concorrência vedada. Enfim trata-se de atividade própria delimitada pela constituição que não pode ser enquadrada no conceito de pessoa jurídica.

## **REFERÊNCIAS**

- BRITTO, Carlos. Data de Julgamento: 08/06/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-04-2006). Disponível em <http://www.anoregmt.org.br/arquivos/978/AcordaoADI-3151.pdf>
- Constituição Federal do Brasil de 1988. [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Constituição.
- GALLOTTI, Maria Isabel, AgRg no REsp 624.975/SC, DJe 11/11/2010.
- GOMES, Emanuel da Silva Gomes. *Novo Tabelião/Registador – Novo CNPJ?* Disponível em <http://www.notariado.org.br/blog/?link=visualizaArtigo&cod=440>, acesso em out 2015.
- GIMARÃES, Carlos Teixeira, A Responsabilidade Civil Cartorária Extrajudicial, Rio de Janeiro: Senai/RJ, 2005.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos. Teoria e Prática. 5ª ed., São Paulo: Método, 2014.

SARAIVA, Marcelo, Mandado de Segurança . SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. NOVA INSCRIÇÃO NO CNPJ. APELAÇÃO CÍVEL - 361807 / SP 0003602-07.2015.4.03.6126. DJF3 judicial. 2016.

\*\*\*

## **RESTITUIÇÃO DO ICMS PAGO NOS CASOS DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA “PARA FRENTE”**

### **VAT REFUND OF PAID IN REPLACEMENT CASES TAX "FORWARD"**

Maria de Fátima Ribeiro  
Universidade de Marília (UNIMAR)  
[mariadefatimaribeiro@uol.com.br](mailto:mariadefatimaribeiro@uol.com.br)

Lucas Pires Maciel  
Universidade de Marília (UNIMAR)  
[lucas\\_jppm@hotmail.com](mailto:lucas_jppm@hotmail.com)

**RESUMO:**O presente trabalho tem por escopo analisar se nos casos de aplicação da substituição tributária “para frente”, ocorrendo diferença de valores entre a base presumida e a base real deve-se restituir o valor pago a maior a título de ICMS. A substituição tributária “para frente” foi instituída pela Emenda Constitucional nº 3, que incluiu o § 7º ao artigo 150 da Constituição Federal. Vislumbrou-se que há severas discussões quanto a (in)constitucionalidade dessa emenda, haja vista que, em tese, fere diversos princípios constitucionais. Há dois entendimentos dissonantes, uma vez que uma parcela defende a impossibilidade de restituição do imposto pago a maior, tendo em vista que o texto constitucional apenas permite a devolução no caso de não ocorrência do fato presumido e não quando este ocorre de forma diversa. Todavia, a outra parte assevera que é imprescindível a devolução do valor pago a maior, haja vista que entender de outra forma causaria enriquecimento sem causa do Estado ou do Distrito Federal. Outrossim, fere, dentre outros, os princípios do Pacto Federativo e da não-cumulatividade.

Palavras-chave: Direito Tributário. ICMS. Regra-matriz de Incidência Tributária. Substituição Tributária.

**ABSTRACT:** This work is scope to examine whether in the cases of application of the tax substitution "forward", occurring difference in values between the presumed base and the real basis must repay the amount overpaid by way of VAT. The tax substitution "forward" was established by Constitutional Amendment 3, which included the § 7 of Article 150 of the Constitution. It is envisioned that there are severe discussions about the (in) constitutionality of this amendment, given that, in theory, injures several constitutional principles. There are two understandings dissonant, since a portion defends tax refund of overpaid impossibility, given that the Constitution only allows refund if no occurrence of the presumed fact and not when this occurs differently. However, the other party asserts that the return is essential amount overpaid, given to understand otherwise would cause unjust enrichment of the State or the Federal District. Furthermore, it hurts, among others, the principles of the Federative Pact and non-cumulative.

Keywords: Tax Law. ICMS. Rule-matrix Tax Incidence. Tax substitution.

## **INTRODUÇÃO**

O ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – é um imposto de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal. Possui, nos termos da Constituição Federal (art. 155, II), várias regras-matrizes de incidência tributária.

Basicamente, podem-se considerar três regras-matrizes básicas: circulação de mercadorias; prestação de serviço de comunicação, e; prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal.

É possível, a partir da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, que incluiu o § 7º no artigo 150 da Constituição Federal, que os entes competentes utilizem-se do instituto da substituição tributária. Neste caso, é atribuído à pessoa distinta do contribuinte o dever de pagar o imposto, com o objetivo de diminuir a inadimplência e facilitar a fiscalização do Fisco.

Assim, o Fisco atribui a uma única pessoa o pagamento do tributo de toda a operação.

Tem-se a substituição tributária denominada de para frente, em que aquele que dá origem a operação tem que recolher o tributo devido, realizando uma antecipação das futuras prestações de serviço ou de circulação de mercadoria. Nesta hipótese, há uma presunção da base de cálculo do valor final, uma vez que este ainda não se realizou de fato.

Todavia, no caso da substituição para frente podem surgir alguns problemas de ordem prática, haja vista que como ocorre uma presunção do valor final da prestação de serviço ou da circulação de uma mercadoria, estas podem não ocorrer da forma como foram previstas, por uma série de questões.

Nestes casos, há que se vislumbrar o que preceitua o citado § 7º do artigo 150 da Constituição Federal acerca do assunto, em que conclui que é “assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

Portanto, a restituição é assegurada pela Constituição Federal sempre que o fato gerador presumido não se realize.

O questionamento que se faz é: e se o fato presumido na substituição tributária para frente ocorrer, mas o valor deste for inferior ao presumido inicialmente? Há que se restituir a diferença?

O tema foi escolhido, tendo em vista ser um assunto que na prática forense encontra campo demasiadamente fértil.

## **DESENVOLVIMENTO**

A substituição tributária para frente não apresenta maiores discussões quanto ao fato de não ocorrer o fato presumido, uma vez que garante a devolução dos valores pagos de maneira preferencial e imediata, conforme disposição constitucional.

A discussão ganha contornos complexos quando a questão envolve a necessidade (ou não) de restituir ao substituto o valor pago a maior, considerando-se o fato presumido e o efetivo.

É certo que a Emenda Constitucional foi omissa com relação a possibilidade de restituição nesse caso.

Diante desse impasse criado, os Estados juntamente com o Distrito Federal editaram o Convênio ICMS nº 13, na qual previu a seguinte regra:

“Cláusula Segunda - Não caberá a restituição ou a cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no art. 8º da Lei Complementar nº 87/96”.

Veja, portanto, que ficou decidido pela não restituição do ICMS na hipótese aventada.

Obviamente, pela forma como agiram os Estados e o Distrito Federal, houve arguição de inconstitucionalidade da referida norma, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, que foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal.

Essa Ação Direta de número 1.851-AL foi apreciada pelo Pretório Excelso que julgou a ação improcedente, o que confirmou a validade da citada cláusula segunda, permanecendo, desta forma, descabida a repetição dos valores recolhidos a maior decorrente da base presumida *versus* a base real.

Colocadas essas premissas, é importante passar a analisar a questão da possibilidade de restituição do ICMS pago a maior quando da aplicação da base presumida contra a base efetiva.

Roque Antonio Carrazza (CARRAZZA, 2003, p. 279) elabora texto neste sentido ao aduzir que “substituição tributária para frente do ICMS é tanto mais absurdo na medida em que a Fazenda Estadual, de sua parte, tem o dever jurídico de arrecadar exatamente o que lhe é devido a título de imposto. Nem mais, nem menos”.

Ademais, é de grande valia explicitar que para a aplicação da substituição tributária para frente no direito pátrio, passou-se a ter algumas limitações, que nos termos do que assevera Heleno Taveira Tôres (TÔRRES, 2001, p. 87), são:

“I. deve ser assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido;

II. por decorrência, o regime jurídico aplicável à tributação deve ser sempre o do substituído e não do substituto, na medida em que a tributação definitiva deve se verificar sempre sobre aquele; e

III. a lei definidora do regime típico aplicável deverá ser sempre a da data das operações substituídas e não a da data da operação do substituto, cabendo-se a necessária restituição do quanto eventualmente tenha sido pago a maior naquela operação”.

Por isso, seguindo as linhas acima, é implícito ao regime da substituição tributária para frente, a obrigatoriedade de devolução da diferença entre o valor pago pela base presumida e da real.

A partir dessa análise, entendendo-se pelo pela devolução dos valores pagos a maior na base presumida, conclui-se que o pagamento feito, pelo menos a diferença, é considerado como indevido, e, por isso passível de devolução, nos termos das normas gerais do direito tributário.

Assim, seria como uma apropriação indevida do Estado desses valores pagos.

Veja bem: se se entender pela não possibilidade de devolução do ICMS pago a maior, por uma venda feita abaixo daquela presumida, em outras palavras está se acarretando uma quebra na liberdade de escolha de preço do lojista, gerando com isso um engessamento da economia e, conseqüentemente, o fim da concorrência.

Portanto, ficou evidenciado por todo o exposto que a despeito da ausência de previsão expressa da Constituição Federal quanto à possibilidade de devolução do valor do ICMS pago por meio da substituição tributária para frente, no caso de a base presumida ser maior que a real, há que se realizar uma análise sistemática da estrutura constitucional-tributária, e com isso assegurar que esse valor deve ser restituído, para evitar, assim, que se firam as normas constitucionais tributárias vigentes.

É cediço que o Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu em definitivo a questão, e, neste sentido, vale a pena uma maior reflexão acadêmica acerca do assunto, para que a decisão tomada seja a mais ponderada e condizente com a Constituição Federal em sua visão sistemática.

## CONCLUSÃO

A substituição tributária “para frente” decorre de uma antecipação do fato imponible, em que a base de cálculo é presumida da venda que ocorrerá no futuro, com fundamento no artigo 150, § 7º da Constituição Federal, instituída pela Emenda Constitucional nº 3. Há várias discussões quanto a inconstitucionalidade desse texto constitucional, por violar vários princípios constitucionais. A despeito desse entendimento, o fato é que o § 7º do artigo 150 da Constituição Federal está em vigor e, por isso, enquanto não sair do sistema constitucional é tido como aplicável.

O citado texto constitucional prevê que no caso de não ocorrência do fato efetivo, garante-se a imediata e preferencial restituição da quantia paga.

Nada se pronuncia quanto à hipótese de a base presumida ser diferente da base real, fato em que esta é menor do que aquela, se é devida a devolução do valor do ICMS pago em excesso.

O referido tema é debatido na doutrina, e há quem entenda pela irrepetibilidade do ICMS pago na situação apontada, uma vez que o próprio texto constitucional apenas autoriza a devolução no caso de não ocorrência do fato gerador. Há, todavia, uma outra parte da doutrina que entende ser devida a devolução.

Para fundamentar pode-se asseverar que se não entender dessa forma haverá enriquecimento sem causa do Fisco, e que essa restituição é implícita na substituição tributária para frente.

A base presumida não pode ser vertida em definitiva, a não ser que a presumida e a definitiva sejam idênticas, uma vez que como o próprio nome diz é apenas presumida, devendo-se aguardar a efetiva para ter a operação como perfectibilizada.

Não aceitar a restituição da diferença causa uma quebra na liberdade empresarial das empresas, uma vez que ocorre um engessamento nos preços, acabando com a concorrência e liberdade de negociação.

Além disso, há um ferimento ao Pacto Federativo, uma vez que os Estados e o Distrito Federal, ao não se permitir a devolução, perceberá um valor diverso da previsão legal, algo que não é permitido aos outros Entes.

O legitimado para requerer a restituição do indébito é o substituído, em regra. Poderá o sujeito passivo prejudicado pleitear a restituição do indébito por meio de ação de repetição do indébito ou pela compensação, administrativa ou judicial.

Assim, mesmo não havendo previsão expressa na Constituição Federal, por uma visão sistemática do texto constitucional, deve-se entender pela possibilidade de restituição do ICMS, no caso da substituição tributária para frente, em ocorrendo de o preço presumido ser maior que o preço da venda efetiva.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 3**, de 17 de Março de 1993. Brasília, DF: Senado, 1993.

BRASIL. **Lei Nº 5.172**, de 25 de Outubro de 1966. Brasília, DF: Senado, 1966.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 44**, de 07 de Dezembro de 1983. Brasília, DF: Senado, 1983.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 87**, de 13 de Setembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.

BRASIL. **Decreto-lei Nº 406**, de 31 de Dezembro de 1968. Brasília, DF: Presidente da República, 1968.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal.** Constitucional e Tributário. ICMS. Substituição Tributária nº 1.851/AL. Requerente: Confederação Nacional do Comércio - CNC. Relator Ilmar Galvão. Brasília, 19 de março de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281851%2ENUME%2E+OU+1851%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 18/06/2011 às 13:00.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 21. ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito tributário, linguagem e método.** 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário.** 19. ed, São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 30. ed, São Paulo: Malheiros, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário.** 2. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência.** 10. ed, Livraria do Advogado:Porto Alegre, 2008.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Substituição tributária – regime constitucional, classificação e relações jurídicas (materiais e processuais).** RDDT nº 70, jun/01.

\*\*\*

## **AS RELAÇÕES DE CONSUMO NA MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE: FUNDAMENTOS DE SUA UTILIDADE À FUTILIDADE**

### **THE CONSUMER RELATIONS IN MODERN AND POST-MODERN: YOUR BASICS UTILITY TO FUTILITY**

GRUPO DE TRABALHO - GT2 – GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

AUTOR: EDUARDO BUZETTI EUSTACHIO BEZERRO. Mestrando em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. E-mail: [eduardobuzetti@hotmail.com](mailto:eduardobuzetti@hotmail.com).

ORIENTADORA: DRA. MARIANA RIBEIRO SANTIAGO. Professora do Mestrado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. E-mail: [mariana@nbsadvogados.com.br](mailto:mariana@nbsadvogados.com.br).

#### **RESUMO**

A presente pesquisa de caráter não exauriente tem como escopo apresentar a relação entre a globalização e a sociedade moderna e pós-moderna e sua implicação na alteração das relações de consumo. Busca-se a partir deste estudo científico provocar o debate e propor novos estudos sobre o direcionamento da vida social e relações contratuais na modernidade. Para tanto, define-se o contrato, suas características principais e elementos constitutivos, bem como, descortina-se a interpretação da liberdade contratual no estado neoliberal, e seus reflexos quanto à sociedade moderna, bem como apresenta as definições sobre a relação de consumo. Proporciona-se, ao final, a reflexão sobre a relação de consumo na sociedade moderna, sob o enfoque de a relação consumerista moderna estar atrelada ao consumo de bens e serviços úteis ou essenciais, ou fúteis ou não essenciais.

Palavras-chave: Fundamentos. Modernidade. Relação de consumo.



## **ABSTRACT**

Failure exhausting this research study has the objective to present the relationship between globalization and modern society and postmodern and its implication in changes in consumer relations. Search up from this scientific study provoke debate and propose new studies on the direction of social and contractual relationships in modernity. To do so, define the contract, its main characteristics and components, as well as the interpretation of contractual freedom unfolds in the neoliberal state, and their reflections on the modern society and shows the settings on the consumption ratio. Is provided at the end, the reflection on the consumption ratio in modern society, from the standpoint of the modern consumerist relationship is linked to the consumption of goods and useful or essential services, or futile or non-essential.

Keywords: Fundamentals. Modernity. Consumer relationship.

## **1 INTRODUÇÃO**

A liberdade contratual sempre foi tema inquietante no meio acadêmico e científico, mas a modernidade ou pós-modernidade trouxe consigo a preocupação social sobre a celebração dos contratos.

O avanço tecnológico, o progresso econômico, social e político dos países, bem como a reestruturação da atividade empresarial, aqui entendida como aquela em que há o desprendimento da vetusta atividade negocial celebrada entre duas pessoas de maneira física e direta; além disso, a liberdade de se determinar o momento de se contratar, o lugar, o objeto a ser contratado e com quem se deseja contratar, tudo isso mudou, e com essa inovação, também se modernizou a liberdade contratual.

O fenômeno é global e chegou a ser considerado pelos contratualistas tradicionais como “morte” ou “declínio” do contrato ou da liberdade contratual, enquanto a reflexão moderna traz o contexto de releitura do contrato, ao tempo de que se vive, já que seja cientificamente, como na vida social, não nos é dado olhar para trás como quem olha a uma desilusão amorosa, pois é para frente é que se move e que se vive!

Sem o intento de esgotar a temática, mas propor reflexões críticas e rememorar discussões de outrora, propõe-se nessa pesquisa a análise sobre a liberdade contratual nas relações de consumo, numa visão clara da modernidade ou pós-modernidade, o que implica questionar se se está ao direcionamento da modernidade útil ou modernidade fútil das relações de consumo.

Para tanto, buscou-se apresentar, num primeiro momento, o que se deve entender como contrato, perpassando por suas características e elementos constitutivos.

Sequencialmente, objetivou-se trazer o sentido da liberdade contratual no estado neoliberal, e seus reflexos quanto à sociedade moderna, bem como apresentando as definições sobre a relação de consumo.

Ao final, procurou-se refletir sobre a relação de consumo na sociedade moderna, sob o enfoque de a relação consumerista moderna estar atrelada ao consumo de bens e serviços úteis ou essenciais, ou fúteis ou não essenciais.

A pesquisa foi lastreada em pesquisa bibliográfica, artigos científicos, cotejo legislativo, bem como utilizou o referencial indutivo, cujos apontamentos foram discutidos dialeticamente, diante de uma metodologia particularizada, mas direcionada a espriar-se, num plano ontológico.

É necessário o debate, vez que a globalização atrelada à transformação das relações de consumo pode conduzir à desarmonização social, política e econômica, produzindo reflexos deletérios e imensuráveis.

## 2 DESENVOLVIMENTO

A convivência em sociedade, cuja manutenção da ordem é inexorável, vez que o conflito de interesses é inato às relações humanas, pressupõe a existência de normas e regras convivência que disciplinem direitos e obrigações.

Para a harmonia dos interesses individuais, criaram-se mecanismos de contração de obrigações, cujas várias formas podem suceder: prática de atos ilícitos, por ação ou omissão, dolosa ou culposa; declaração de vontade unilateral, e celebração de um contrato.

Dogmaticamente, podemos conceber tanto a declaração unilateral de vontade como o contrato como espécies do gênero negócio jurídico, que por sua vez, deriva da clássica interpretação de atos jurídicos, estes, entendidos como aptos a criar, modificar e/ou extinguir direitos.

Consoante ensina Giuseppe Stolfi, entende-se pelo negócio jurídico: “*La manifestazione di volontà di una più parti che mira a produrre un effetto giuridico e cioè la nascita o la modificazione o l'accertamento oppure l'estenzione di un diritto subbiettivo*” (STOLFI, 1957, p. 460).

Já a expressão contrato possui acepção singular, ora tratada simplesmente como contrato, ora dita como convenção, e ainda, ora definida como pacto.

Historicamente, com espeque no direito romano, a convenção refletia como sendo todo e qualquer negócio jurídico celebrado entre as partes, em que existam ou não direitos e obrigações, e que permitia sua exigibilidade coercitiva judicialmente, ao passo que no contrato havia a característica de contração de direitos e obrigações pelas partes, embora também permitisse a exigibilidade via judicial. Já o pacto era considerado como a avença de vontades cujo interesse não estava previsto em lei; logo, inexistia possibilidade de exigibilidade por meio de ação judicial.

O Código Civil brasileiro de 2002, ao apresentar os requisitos intrínsecos do negócio jurídico, dispõe no artigo 104, que sua celebração pressupõe a existência de partes capazes, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, a par de forma prevista ou não proibida legalmente.

Sem maiores digressões sobre cada um dos elementos, é claro que ainda que não expresso em lei, é necessário como elemento indissociável do negócio jurídico a existência da vontade de contratar, vontade que deve ser obtida de maneira livre, sob pena de nulidade ou anulabilidade, conforme a gravidade do defeito ou vício manifestado, e respeitada também a autonomia dessa vontade.

No campo da autonomia da vontade, merece destaque que a ótica sob a égide do Estado Liberal, em que a concorrência era absolutamente reinante e sem limites, e que celebração contratual também não possuía entraves, era comum a máxima do *laissez-faire, laissez aller, laissez passer*, expressões francesas que consistiam em *deixai fazer, deixai ir, deixai passar*, tese do Estado Mínimo de inspiração norte-americana, no século XIX e início do século XX (MORAIS, s/d, p. 1).

Para o autor Enzo Roppo, a validade do contrato está atrelada à necessidade da tutela da confiança, que sugere estabilidade aos negócios. Mas a objetivação do contrato e do próprio direito contratual está baseada mais na declaração da vontade do que propriamente na vontade (ROPPO, 1988, pp. 300-301).

Mas a declaração de vontade e liberdade de contratar não é absolutamente livre, pois deve estar pautada na boa-fé dos contratantes e da função social dos contratos (artigo 421 do Código Civil).

Pondera Arnaldo Rizzardo (2015, p. 61) que:

Tem predominância a destinação social, nem sempre prevalecendo suas estipulações ou as cláusulas abusivas e que lesam valores

superiores, como o da habitação ou moradia, o que trata da vida, da saúde, da formação, do respeito, da dignidade. Não se manterá a cláusula que dá em garantia a integridade do salário, ou a moradia, ou que submete o indivíduo à prestação de serviços em jornada superior a oito horas diárias, a não ser em ocasiões extraordinárias.

E prossegue o autor, valendo-se do escólio de J. M. Othon Sidou:

A lei não pode permitir que o indivíduo seja absolutamente livre para contratar, porque se o permitisse ele agiria, por índole, no interesse próprio, não no interesse social, e aquele que assim não procedesse constituiria decerto um caso sintomático à luz da psicanálise. Portanto, o indivíduo agiria, sempre, em detrimento da ordem jurídica (apud RIZZARDO, 2015, p. 73).

No âmbito das relações consumeristas, a sociedade moderna vem cada dia mais utilizando o contrato como meio de satisfação do interesse pessoal, certo que, nessa relação, há as figuras do consumidor e do fornecedor de serviços, entendendo-se o consumidor, em consonância com o disposto no artigo 2º da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, equiparando a legislação à figura do consumidor a coletividade de indivíduos, determináveis ou não, que tenham intervenção na relação de consumo (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90).

Já o artigo 3º do Código Consumerista prevê que fornecedor é “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

E o interesse sobredito recai sobre a negociação de produtos e serviços, inferindo da leitura do artigo 3º, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 8.078/90, produto “é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e serviço “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Mas, como objeto dessa pesquisa, não se trata apenas de perquirir a dogmática sobre quem é consumidor ou fornecedor, ou ainda, sobre o que é bem ou serviço. O plano de fundo é o de que na sociedade moderna e globalizada, em que parâmetros se pautam as relações de consumo?

Anthony Giddens (1991, p. 16), em seu propósito de estudo, afirma que:

[...] a ordem social emergente da modernidade é *capitalista* tanto em seu sistema econômico como em suas outras instituições. O caráter móvel, inquieto da modernidade é explicado como um resultado do ciclo investimento-lucro-investimento que, combinado com a tendência geral da taxa de lucro a declinar, ocasiona uma disposição constante para o sistema se expandir. (grifo do autor)

Mas entende Giddens (1991, p. 17), que a transformação social moderna não decorre só do capitalismo, nem só do industrialismo, mas da multidimensionalidade, tudo para atender às necessidades humanas.

Entretanto, a despeito do capitalismo ou industrialismo, na visão de Zygmunt Bauman, as relações de consumo pautam-se sobre a concepção do que é útil ou inútil, de acordo com o que é apresentado ao consumidor, predefinido como sendo de aceitação moderna. Segundo o autor:

[...] a curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem).(BAUMAN, 2008, p. 31)

E não é só. Na interpretação de Bauman, a relação consumerista na modernidade representa uma inegável instabilidade, ante a busca da satisfação do interesse privado, onde tudo o que não mais é aceito como útil deve ser desprezado.

Nesse sentido, obtempera o autor que:

Entre as maneiras com que o consumidor enfrenta a insatisfação, a principal é descartar os objetos que a causam. A sociedade de consumidores desvaloriza a durabilidade, igualando “velho” a “defasado”, impróprio para continuar sendo utilizado e destinado à lata de lixo” (BAUMAN, 2008, p. 31).

Com efeito, vivemos em uma realidade em que a sociedade pratica o hábito do “descarte” do que lhe é sugerido como velho, inadequado ou defasado, e na busca incessante do ter e do poder, pois apenas assim, pela ótica da sociedade de consumo é que se está vivendo em plenitude.

Ocorre que essa ideologia do consumo, quiçá um “fetiche”, oferece uma verdadeira *rotinização do comportamento individual*, tal como chamada por Bauman (2008, p. 42), o que fere a valorização da liberdade contratual, pois embora diante de uma liberdade contratual formalmente livre, a manifestação de vontade do consumidor lhe é imposta por uma *praxis* ou regra de convívio social, em que o consumo ostensivo é erigido a um patamar superior, para definição sobre o modo e com quem tais pessoas vão se relacionar.

Por isso é que se diz que a utilidade deve ser vista como proveito econômico ou moral possível de ser extraído do objeto do contrato, ponderando Serpa Lopes (1962, p. 59), que no Código Civil argentino parece soar como uma despreocupação com a satisfação meramente moral, quando aduz que: “*O art. 1.169 do Código Civil argentino, em sua última parte, ao estabelecer que a prestação objeto de um contrato, quando consiste no cumprimento de um fato positivo ou negativo, deve ser suscetível de apreciação pecuniária, parece recusar o interesse moral*”.

Mas parece-nos realmente sedutora a ideia de que na celebração do contrato e interpretação de seu objeto como algo distante do interesse moral, mas meramente financeiro; entretanto, a causa pode estar ligada à concepção do interesse do consumo pelo consumo, e não de sua utilidade à vida humana, para seu desenvolvimento, progresso e desempenho das atividades no convívio social.

Quiçá por isso tenha Bauman concebido que o consumismo se contrapõe às formas de convívio de outrora, e que associa a felicidade não mais à satisfação de necessidades vitais ou úteis, mas a uma intensidade de desejos sempre crescente, desejos os que resultam no uso imediato e rápida substituição dos objetos, tudo visando à satisfação pessoal (Bauman, 2008, p. 44).

Daí a necessidade da proposição dessa pesquisa, para alertar sobre o direcionamento das novas relações de consumo, vez que se observa que as necessidades mudaram, e o que

antes era buscado pela sociedade para a satisfação de uma vontade ou interesse necessária, hoje o interesse é buscado com o interesse de satisfação instantânea, fugaz e substituível; portanto, em muitas vezes fútil.

### 3 CONCLUSÃO

Como já fora dito, a modernidade e a pós-modernidade trouxeram consigo o remodelamento das relações empresariais e também das relações de consumo, mas que também proporcionaram o nascimento de novos valores sociais, de cunho capitalista ou industrialista, que tornaram a sociedade na busca incessante pelo ter, prazer e poder.

O interesse social que outrora pautava-se na satisfação de interesses necessários foi substituído por um modelo de satisfação de interesses secundários, mas que na ótica da sociedade moderna não são menos importantes, mas que tudo deve ser relativizado, na incansável busca do ter, do prazer e do poder.

O contrato, tal como visto nos séculos XVIII e XIX, a partir do século XX começou a ser utilizado como meio necessário à busca de interesses meramente patrimoniais do que morais, e pode ser elencado este como um dos motivos que sugestionam o possível “declínio” do instrumento contratual, ao passo que olvidar de que a mudança social trouxe consigo uma releitura ou remodelamento do contrato.

Na atualidade, verifica-se que a relação de consumo, cada vez mais crescente, contribui para o progresso e desenvolvimento social, político e econômico, mas de outro giro, há que se ter em mente que a preocupação da nova relação de consumo é perene, fugaz e substituível, de modo que outro problema arvorece, a ótica de um consumo de futilidades e não mais de bens e serviços de utilidade ou necessidade humanas.

É necessário o debate e propor novas abordagens, vez que a transformação das relações de consumo pode conduzir à desarmonização social, política e econômica, produzindo reflexos deletérios e imensuráveis.

O ponto de chegada é desconhecido, assim como seus efeitos. Por isso, buscou-se apenas trazer a lume alguns fundamentos do desprendimento da necessidade e utilidade nas relações consumeristas para o novo formato global e pós-moderno de relações de consumo: aquele em que se deseja a satisfação “agorista”, fluida, líquida, egoísta e, sobretudo, substituível de interesses quiçá úteis, mas predominantemente fúteis, que podem alterar-se como do amanhecer ao anoitecer, instabilidade que implicada nas relações humanas, gerará em breve situação de colapso.

### REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: A transformação de pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em 14 mai 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em 14 mai 2016.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Traduzido por Raul Fiker. São

Paulo: UNESP, 1991.

MORAIS, Marcelo Maurício de. **Laissez faire, laissez aller, laissez passer Le Monde vá de lui même?** Disponível em: <http://www.faculadadesaopaulo.edu.br/centrovelho/downloads/publicacoes/artigoRetornoPoliticaTrabalho090412.pdf>. Acesso em 29 set. 2016.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 15.ed. São Paulo: Método, 2015.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. v. 3. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962.

STOLFI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Civile e Commerciale**.v. 1.Milão: Giuffrè, 1957.

\*\*\*

## **POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIR A LIVRE CONCORRÊNCIA**

### **PUBLIC POLICIES TO ENSURE FREE COMPETITION**

#### **GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA**

MÁRIO AUGUSTO DE CARVALHO RODRIGUES, Universidade de Marília -  
UNIMAR, e-mail: [marioaugustocr@hotmail.com](mailto:marioaugustocr@hotmail.com)

(Grupo de Pesquisa: GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA)

PROFESSORA DRA MARISA ROSSIGNOLI, Universidade de Marília – UNIMAR,  
e-mail: [mrossinholi@uol.com.br](mailto:mrossinholi@uol.com.br)

(Grupo de Pesquisa: GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA)

**RESUMO:** O presente trabalho trata das atividades da Administração Pública, com fito a assegurar a ordem econômica estabelecida na Constituição Federal e principalmente, a defesa do princípio da livre concorrência. Assim, ao se definir a livre concorrência como princípio basilar da ordem econômica, o constituinte delega a responsabilidade de sua proteção ao Estado. Neste sentido, as políticas públicas são o meio de se materializar o comando constitucional da livre concorrência, através da criação de instituições por parte do Estado, com a finalidade de impedir atitudes nocivas ao mercado de capital por entidades privadas nacionais ou internacionais. A pesquisa, portanto, objetiva a análise de políticas públicas para manutenção da concorrência, em específico, o estudo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Assim, no tocante à estrutura do trabalho, em um primeiro momento, serão analisados os conceitos acerca do princípio da livre concorrência adotado na Constituição Federal (abrangendo as doutrinas do neoliberalismo e o Welfare State), e das políticas públicas de modo geral (as instituições, suas atribuições e seus efeitos práticos). Em seguida, analisa-se o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, incumbido da fiscalização e repressão de práticas econômicas abusivas. O método utilizado é o dedutivo e realização de pesquisa bibliográfica. Como resultado parcial, verificou-se a importância da existência de políticas públicas que garantam a livre concorrência. Palavras-chave: Livre Concorrência. Políticas Públicas. SBDC.

**ABSTRACT:** This paper deals with the activities of public administration, with aim to ensure the economic order established in the Constitution and especially, the defense of the principle of free competition. Thus, when free competition is set as a basic principle of the economic order, the constituent delegates the responsibility of its protection the state. In this sense, public policies are the means to materialize the constitutional

command of free competition by creating institutions by the State, in order to prevent harmful attitudes towards capital markets by national or international private entities. The research, therefore, aims to analyze public policies to maintain competition, in particular, the study of the Brazilian System of Competition Defense - SBDC. Thus, as regards the structure of the work, at first, it will be analyzed the concepts of the principle of free competition adopted in the Federal Constitution (including the doctrines of neoliberalism and the welfare state), as well as public policies in general (institutions, their duties and their practical effects). Then the Brazilian System of Competition Defense – SBDC will also be studied, which is responsible for the supervision and repression of unfair economical practices. The method used is the deductive and bibliographic. As a partial result, it was identified the importance of public policies to guarantee free competition. Keywords: Warranty. Free competition. Public policies.

## **INTRODUÇÃO**

O princípio da livre concorrência é estabelecido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 170, inciso IV, cujo objetivo é reprimir o abuso de poder econômico por agentes de mercado, oferecendo os menores preços aos consumidores, igualando a paridade de armas entre grandes conglomerados e pequenas empresas, além de potencializar o desenvolvimento econômico.

As consequências da inobservância deste princípio propiciam um ambiente econômico extremamente hostil às empresas emergentes, e aos consumidores que se veem delimitados a um grupo que monopoliza os produtos ou bens de serviço, atribuindo preço vil, afim da obtenção do lucro excessivo.

Depreende-se portanto, que a livre concorrência é vital à economia de mercado, pois alia a qualificação das empresas (por meio de novas técnicas ou tecnologias) e garante desenvolvimento econômico (principalmente para as pequenas empresas) sem oferecer riscos aos consumidores.

Assim, são necessárias medidas ou ações por parte do Estado (Políticas Públicas), para que corporifique a intenção delineada no art. 170, IV da CF, qual seja, a proteção da livre concorrência.

Para tanto, foi criado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, através da Lei 12.529 de 2011 (que alterou a Lei 8.884 de 1990), o qual engloba o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (que já existe, aliás, desde 1962), e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE.

Neste sentido, entende-se como políticas públicas, o plano de atividades, ações e interesses definidos pelo governo, afim de que certo resultado seja obtido, em favor da coletividade, o que no presente caso é a efetivação do princípio da livre concorrência.

## **DESENVOLVIMENTO**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu sutilmente a ordem econômica a ser alcançada, com contornos capitalistas e possibilitando certas situações de intervencionismo, garantindo como princípio constitucional a livre concorrência e a aversão ao abuso do poder econômico e formação de monopólios.

A interferência e garantias de diversos benefícios sociais é uma clara influência do Estado de Bem Estar Social (Welfare State) no texto constitucional, como por exemplo, nos artigos \*

Também restou evidente que a Constituição havia adotado em grande parte, o ideal neoliberal econômico. Neste sentido, Rossignoli e Ferrer:

No Brasil, as políticas econômicas e sociais do projeto neoliberal, foram implementadas pelo governo de Fernando Collor de Mello e, posteriormente, intensificadas por Fernando Henrique Cardoso. **Desde o início da década de 90, a condução da política brasileira esteve claramente em convergência com o ideário neoliberal.**” – grifo nosso. (ROSSIGNOLI, e FERRER, 2013, p. 11)

Para efetivação desses horizontes, foram necessárias criações de diversas legislações federais e infraconstitucionais, edificando autarquias para fiscalizar e reprimir as consequências negativas da carência de uma livre competição no mercado.

Isso se mostrou necessário em decorrência de diversas situações no passado, não necessariamente ligadas ao Brasil, mas que contribuíram para a formação da opinião entre juristas e economistas de que a livre concorrência não só é benéfica, mas intrinsecamente necessária aos fins do Estado e na garantia do desenvolvimento econômico.

Assim, Squizzato disserta sobre a livre concorrência:

[...] a competição econômica se faz presente quando duas ou mais pessoas disputam o mesmo mercado com o objetivo de lucro, revelando o chamado sistema ou ambiente concorrencial. Quando o sistema ou ambiente concorrencial é eficiente, a sociedade terá à sua disposição melhores produtos e serviços a menor custo e torna-se possível a manutenção econômica sadia do Estado em longo prazo.

Nesse aspecto, a Constituição Federal garante de forma expressa a liberdade de concorrência como princípio geral da ordem econômica (art. 170, inc. IV), de modo que fora as exceções de ordem pública que reservam aos entes estatais a iniciativa e o controle de certas atividades, todos os cidadãos teriam liberdade de competir no âmbito econômico de seu interesse.” (SQUIZZATO, 2013, p. 141).

Neste sentido, um Estado que não estimula o livre mercado, tende a ficar vulnerável a práticas econômicas abusivas, como por exemplo monopólios, trustes e cartéis.

E Fonseca corrobora:

[...]Garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para pequenas empresas.” (FONSECA, 2014, p. 236)

Para efetivação de tal princípio, tornou-se necessária a criação de entidades que fiscalizassem, investigassem e punissem atividades anti concorrenciais, que prejudiquem a economia e o mercado por meio da formação de cartéis, monopólios ou pratiquem atividades vedadas como dumping social, hostile takeover, entre outras.

Em 2011 foi editada a Lei 12.529 que criou o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica, encabeçado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

O CADE, autarquia federal com atribuição de defesa da concorrência é o principal órgão administrativo intitulado para garantir a livre concorrência, sendo que seus principais membros são escolhidos pelo Presidente da República, o que somado com o



Legislativo e o Executivo, consolida-se a importância das políticas públicas definidas pelo regime político.

Desse modo, cumpre salientar a definição doutrinária de políticas públicas nos dizeres de Bucci:

[...] políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI, 2006, p. 241.)

São, portanto, atividades governamentais com o objetivo de realizar projetos sociais que no presente caso, remetem-se ao livre mercado descrito na Constituição Federal de 1988.

E no tocante à Constituição Federal, Rossignoli e Ferrer afirmam:

É de fundamental importância analisar o duplo aspecto presente no texto da Constituição Federal de 1988, se por um lado apresenta com bastante ênfase a livre concorrência, influenciada pelo cenário descrito no tópico anterior, por outro, reforça a questão da redução das desigualdades regionais e sociais, bastante discutidas nos artigos presentes nos direitos e garantias fundamentais e nas atuais políticas públicas. [...] Neste contexto, verificou-se a aprovação da Constituição Federal de 1988 com dois aspectos, um intervencionista no que se refere aos direitos sociais embasados pelas políticas públicas atuais, outro, a da garantia da livre concorrência estabelecida no artigo 170.(ROSSIGNOLI, e FERRER, 2013, p. 12 e 20)

Portanto, são necessárias ações governamentais para corporificar os horizontes definidos na Constituição Federal, afim de afastar a busca excessiva pelo capital, ao mesmo tempo em que se propicia o crescimento de pequenas e médias empresas, beneficiando os consumidores e a coletividade.

**CONCLUSÃO:**O tema encontra posições conflitantes, como por exemplo a busca pelo lucro em relação a um mercado competitivo (o lucro é diminuído pela concorrência), mas, ao mesmo tempo, é saudável para a economia pois propicia desenvolvimento, sendo extremamente relevante à coletividade que empresas de diferentes portes possam competir no mesmo mercado.

A inobservância desse princípio, portanto, tenciona à dominação dos mercados por grandes empresas, obstaculiza o crescimento de pequenas e médias empresas, prejudica diretamente os consumidores com a pequena oferta e altos preços, possibilitam o lucro excessivo, a concorrência desleal, a criação de monopólios e abusos gerais do poder econômico.

Para arrematar, são necessárias análises de casos concretos e específicos, além de uma análise estatística acerca da eficácia das ações tomadas pelo regime político no tocante à concorrência, muito em virtude do costumeiro interesse individual (e suas conseqüências) tanto das entidades políticas, quanto das empresas privadas.

## REFERÊNCIAS

- BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ROSSIGNOLI, Marisa, e FERRER, Walkiria Martinez Heinrich, Estado Liberal ou Intervencionista? Uma Análise Econômica do Atual Modelo do Estado Brasileiro. Anais, CONPEDI, 2013.

SQUIZZATO, Ana Carolina. Direito Financeiro e Econômico. São Paulo: Método, 2013.

\*\*\*

## **SUSTENTABILIDADE NO SETOR DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL**

### **SUSTAINABILITY IN THE SECTOR OF SUPPLEMENTARY HEALTH IN BRAZIL**

#### **GT5 - RELAÇÕES DE CONSUMO E SUSTENTABILIDADE**

RUBIA CRISTINA SORRILHA  
UNIMAR - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
rubia.sorrilha@hotmail.com

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICK FERRER  
UNIMAR - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
nipex@unimar.br

**RESUMO:** O presente trabalho tem por escopo analisar os aspectos jurídicos relevantes da sustentabilidade no setor de saúde suplementar no Brasil. A Constituição Federal de 1988 assegura em seu artigo 225 o direito que a coletividade possui de viver em um ambiente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, atribuindo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Visando avaliar a aplicação de tal definição no setor de saúde suplementar brasileiro, em um primeiro momento, será necessário analisar o conceito atualmente difundido de “sustentabilidade” e o viés multidimensional elencado na obra de Juarez Freitas intitulada “Sustentabilidade: direito ao futuro”. Em seguida, busca-se analisar o valor constitucional da sustentabilidade e os aspectos jurídicos relevantes do consumo sustentável. Por fim, passa-se a averiguar a sustentabilidade no setor de saúde suplementar no Brasil. Para apreciação do acima exposto, emprega-se no presente trabalho o método dedutivo e dialético e a pesquisa bibliográfica.  
Palavras-chave: Sustentabilidade. Conceito Multidimensional. Operadoras de Plano de Saúde.

**ABSTRACT:** The present work has the scope to analyze the legal aspects relevant to sustainability in the sector of supplementary health in Brazil. The Federal Constitution of 1988 ensures in its article 225 the right of the collectivity has to live in a balanced environment essential to the healthy quality of life, giving the Public Power and the collectivity the duty to defend it and preserve it for present and future generations. In order to evaluate the application of this definition in the sector of supplementary health of Brazil in a first moment, it will be necessary to analyze the concept currently accepted "sustainability" and the bias multidimensional elencado in the work of Juarez Freitas entitled "Sustainability: the right to the future. Then, it seeks to analyze the constitutional value of sustainability and the legal aspects relevant to sustainable consumption. Finally, to ascertain the sustainability in the sector of supplementary health in Brazil. For the consideration of the above, of the above, can be employed in the present work, the deductive method and dialectical, and the literature search and legislative.

Keywords: Sustainability. Multidimensional Concept. Operators of Health Plan.

## **INTRODUÇÃO**

Atualmente, com o avanço da tecnologia, da ciência e das questões sociais, passou a existir uma maior noção dos reflexos que a deterioração do meio ambiente pode ocasionar às gerações futuras. Ocorre que os reflexos dessa degradação ambiental em algumas regiões do planeta já estão sendo fortemente sentidos e, a cada dia, torna-se mais comum entre nós. Por isso, no cenário mundial o conceito de sustentabilidade foi amplamente difundido como sinônimo de preservação ambiental.

Desde então, muitos setores da economia mundial passaram a perseguir a ideia de produção sustentável. Contudo, muito embora tal conceito tenha sido amplamente incorporado por diversos ramos da ciência, não há um consenso sobre o seu real conceito, sendo ele ainda inexato.

Nos anos 70, a expressão sustentabilidade foi inserida visando aludir à possibilidade de o ecossistema ser resiliente, ou seja, de poder suportar as forças externas incidentes, sobre ele, sem alterar suas características originais. Já na década de 80, após o Relatório de Brundtland, intitulado *Our Common Future*, cuja tradução denota Nosso Futuro Comum, elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, o termo sustentabilidade passou a adjetivar a expressão “desenvolvimento”. O conceito de desenvolvimento sustentável foi reafirmado na Agenda 21 que constituiu uma das principais implicações da Conferência ECO-92, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro. Somente em 2002 em Johannesburgo, o conceito de sustentabilidade passou a ser visto em sua visão tridimensional, qual seja, ambiental, econômica e social.

Todavia, o autor Juarez Freitas em sua obra intitulada “Sustentabilidade: direito ao futuro”, propõe a reformulação do conceito de sustentabilidade em diversas dimensões, quais sejam: social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental. Diante desta nova acepção de sustentabilidade, imperioso se faz o estudo da sua incidência no setor de saúde suplementar brasileiro. Busca-se fundamentalmente com o presente trabalho avaliar se o setor de saúde suplementar no Brasil cumpre com o novo conceito de sustentabilidade, bem como analisar como um setor tão sensível como o da saúde no País vem se portando diante dessa nova acepção.

Para que isso seja possível, se faz necessário, num primeiro momento, analisar o conceito atual de “sustentabilidade” no seu viés multidimensional conforme definido na obra de Juarez Freitas denominada “Sustentabilidade: direito ao futuro”. Já num segundo momento, busca-se examinar o valor constitucional do conceito de sustentabilidade e os aspectos mais relevantes do consumo sustentável. Posteriormente, pretende-se avaliar a aplicação da nova acepção de sustentabilidade no setor de saúde suplementar brasileiro. Por derradeiro, busca-se avaliar se o setor de saúde suplementar no Brasil vem praticando essa nova definição de sustentabilidade, ou se perfaz um setor fundamentalmente insustentável.

## **DESENVOLVIMENTO**

Antes de adentrar no conceito de sustentabilidade, faz-se imprescindível destacar que no cenário mundial o mencionado conceito foi amplamente difundido como sinônimo de preservação ambiental. Hodiernamente, a ideia de sustentabilidade no modelo capitalista e predatório que visa à economia e ao mercado, para muitos não passa de uma visão idealista, utópica, sendo para tais céticos, como definidos, contrário inclusive ao desenvolvimento econômico.

Lado oposto à visão acima exposta há aqueles que defendem a ideia de que o desenvolvimento e a sustentabilidade não são acepções opostas, podendo se convergir “[...] num deixar de se envolver com tudo aquilo que aprisiona e bloqueia o florescimento integral dos seres vivos, o desenvolvimento pode-deve ser plenamente

sustentável e homeostático”. (FREITAS, 2011, p. 42). Os aliados desta visão mais otimista e mais contemporânea defendem que o comportamento humano atual deve ser revisto, eis que muito embora tenha nos últimos séculos proporcionado riquezas e melhorias nas condições da vida humana, de outro lado, acarretou grande desequilíbrio ecológico ambiental, afetando todo o equilíbrio da terra, inclusive colocando em risco a própria expectativa de vida da espécie humana. (PADILHA, 2010, p. 04).

Conceitua Juarez Freitas, que a sustentabilidade pode ser definida como

[...] princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos. (FREITAS, 2011, p. 40-41).

Ultrapassada essa conceituação introdutória, passa-se agora a analisar a multidimensão oferecida à expressão “sustentabilidade” pelo autor Juarez Freitas. Conforme defende citado autor, somente com a concepção de pluridimensão será possível alcançar o desenvolvimento sustentável em consonância com a resiliência do meio ambiente e, sobretudo, com os preceitos constitucionais insculpidos na Magna Carta. Para Juarez Freitas, há pelo menos cinco dimensões da sustentabilidade que são interligadas.

A primeira dimensão a ser estudada é a dimensão social que repele as desigualdades e injustiças materiais, ou seja, rechaça toda forma de miséria, de discriminação segregacional e preconceituosa e, ainda, repele a negativa de fornecimento de medicamentos/ tratamentos necessários à saúde. Visa ela, em suma, a universalização de políticas voltadas à saúde, à educação e à segurança, sob pena de provocar a insustentabilidade. (FREITAS, 2011, p. 55-56). A dimensão ética, repulsa a contraposição rígida entre o indivíduo e o objeto e entre o indivíduo e a natureza, ou seja, o outro jamais poderá ser coisificável. Nessa dimensão, pretende-se evitar a manipulação e instrumentalização, devendo a produção ser benéfica a todos os seres. Inclusive tal dimensão se preocupa com o consumo exagerado do indivíduo que pode representar compulsão, ansiedade, depressão ou outras doenças. Desse modo, toda forma de deturpação é reprovável e, portanto, insustentável. (FREITAS, 2011, p. 57-58).

De outro lado, há a dimensão ambiental que concebe que deve ser dado dignidade ao meio ambiente, ou seja, deve-se garantir o direito ao meio ambiente limpo e equilibrado às espécies atuais e futuras, em todas as suas vertentes. (FREITAS, 2011, p. 60-61). Já a dimensão econômica visa assegurar que a natureza, incluído o meio ambiente, a fauna, a flora, a biosfera, os animais e os seres humanos, não sejam apenas vistos como capital (bem), e que seja formulado pelo Estado regulamentação visando evitar abusos. (FREITAS, 2011, p. 62).

Por último, há a dimensão jurídico-política que impõe ao Estado o dever de perseguir a sustentabilidade como valor constitucional inalienável e intangível de liberdade de cada cidadão, ou seja, visa à implantação de um Estado Sustentável, que garanta os direitos concernentes ao bem-estar das atuais gerações, sem prejuízos das futuras, especialmente no que se refere: à longevidade digna do cidadão, à alimentação sem exagero ou escassez, ao ambiente purificado, à educação, à democracia direta, à informação livre,

ao processo judicial, à segurança, à renda oriunda do trabalho, à boa administração pública e à moradia digna e segura. (FREITAS, 2011, p. 63-65).

Desse modo, a sustentabilidade deve ser irradiada como um princípio constitucional, proveniente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, devendo se sobrepôr a vieses econômicos de crescimento, perfazendo um norte a ser seguido pela interpretação jurídica. Assim, os demais princípios constitucionais, tais como: desenvolvimento econômico, inclusão social, dentre outros, devem ser analisados como variáveis principiológicas em um ambiente equilibrado e alicerçado a partir da noção de sustentabilidade. Desse modo, por ser um princípio constitucional implícito, deve a sustentabilidade ser assimilada como a segurança “hoje, do bem-estar físico, psíquico e espiritual, sem inviabilizar o multidimensional bem-estar futuro”. (FREITAS, 2011, p. 41).

Inclusive a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elevou ao patamar constitucional os direitos previstos na Lei nº 6.938, de 03 de agosto de 1981, incluindo um capítulo exclusivo denominado “Ordem Social” e assegurando em seu artigo 225 o direito que a coletividade possui de viver em um ambiente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, atribuindo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, s.d., s.p.). Outros dispositivos constitucionais também versam de forma direta e indireta sobre o mesmo tema, devido a sua enorme importância, tais como: artigo 5º, inciso LXXIII; artigo 20, incisos II a XI e §1º, artigo 21, incisos XII, alíneas b e f, XIX, XX e XXIII, a, b e c, artigo 22, IV, X, XII, XVIII e XXVI, artigo 23, incisos II, III, IV, VI, VII, IX e XI, e artigo 24, incisos I, VI, VII, VIII e XII.

De outro vértice, o consumidor no momento da escolha do que comprar, de quem comprar, como será utilizado o bem adquirido, e como será descartado após não mais lhe servir, deve ter a consciência dos impactos positivos e negativos de sua opção, devendo eleger sempre as opções que elevem ao máximo os impactos positivos e deve abdicar daquelas que geram os negativos, colaborando, assim, para a manutenção de um mundo melhor para as gerações atuais e futuras. Tal visão é defendida no Brasil pelo Instituto Akatu que constitui “[...] uma organização não governamental sem fins lucrativos que trabalha pela conscientização e mobilização da sociedade para o consumo consciente [...]”. (AKATU, s.d., s.p.). A sociedade do consumismo gera enorme degradação ambiental, já que não existe produto que não derive da natureza, assim, a produção está ligada à exploração de recursos ambientais, e todo o descarte necessariamente retorna a Terra. Portanto, o ideal é a aplicação do equilíbrio nas relações de produção e consumo. (FURRIELA, 2001, p. 47). Logo, todo consumidor consciente deve disseminar tal prática, visando a que pequenas atitudes sejam repetidas por muitas pessoas ocasionando grandes modificações.

Quando os consumidores passam a ter a noção dos reflexos de seu consumo, seja na dimensão social, cultural e ecológica, passam a exigir que tais preceitos sejam seguidos também pelo setor econômico em sua linha de produção, gestão, financiamento e comercialização e, por conseguinte, passam a consumirem menos. Já o consumo verde, é aquele que se insere na ideia de consumo sustentável, e visa, além da questão qualidade/preço, a ponderar também as questões ambientais, optando por aqueles bens que não degradam o meio ambiente.

Superadas tais análises, passa-se a examinar a sustentabilidade no setor de saúde suplementar no Brasil. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser um dever do Estado e um direito universal de toda a população, trabalhadores ou não, de forma integral e gratuita, conforme preceitua expressamente o artigo 196 da Magna Carta. No entanto, muito embora seja uma obrigação eminentemente estatal, a própria Constituição Federal de 1988 permitiu que o serviço de

assistência à saúde fosse exercido, tanto pela Administração Pública, quanto pela iniciativa privada (art. 199 da Constituição Federal), razão pela qual, atualmente, coexistem no Brasil o serviço público de assistência à saúde, concretizado pelo Sistema Único de Saúde e a assistência privada, a qual é efetivada pelos planos e seguros privados de assistência à saúde.

A Lei 8.080/90, muito embora não trate especificamente dos planos e seguros privados de assistência à saúde, representou um importante marco para o setor de saúde suplementar no Brasil, pois constituiu uma ferramenta de estímulo para o desenvolvimento do mercado privado de assistência à saúde, já que são inegáveis as deficiências da Administração Pública na prestação do serviço de assistência à saúde. Tanto que a própria Administração Pública por vezes acaba por socorrer-se da iniciativa privada para complementar a sua função. Hodiernamente a saúde suplementar brasileira pode ser apresentada como o regime complementar a Administração Pública nos serviços de saúde, sob forma voluntária e opcional ao consumidor, cujo desígnio é fornecer a prestação de um serviço de saúde de forma diferenciada ao cidadão, quer seja para servir de ampliação das coberturas ou para completar as falhas existentes no sistema público.

Pesquisas realizadas nos Estados Unidos indicam que entre as principais causas de desperdício no setor da saúde, que representa 20% a 30% do gasto total, aparece o uso desnecessário de recursos. (YOUNG, Et. al. 2010, s.p.). Tal estudo não apresenta dados brasileiros, porém nossa realidade não é díspar da realidade dos norte-americanos. Atualmente a remuneração dos prestadores de serviços, geralmente médicos ou profissionais de áreas afins, tais como: fisioterapia, psicologia, fonoaudiologia, etc. é calcada no modelo *fee for service*, ou seja, recebem por serviço (por quantidade). Desse modo, alguns prestadores acabam estimulando o consumidor a realizar serviços, tais como: exames, terapias, consultas, internações e procedimentos cirúrgicos, muitas vezes desnecessários.

Visando alterar tal cenário e atender as aceções do novo conceito de sustentabilidade, diversas ações dos mais variados aspectos estão sendo adotadas pelos planos e seguros privados de assistência à saúde no Brasil. A maioria das empresas do setor de saúde suplementar brasileiro estão engajadas em fornecer alternativas que possam favorecer a saúde e prevenção de doenças, por isso muitas operadoras de planos de saúde no País que possuem contratação do tipo empresarial estão estimulando através de metas conjuntas a disponibilização aos empregados de atividades tais como: ginástica laboral, reeducação alimentar, palestras e programas de saúde, vacinação, check-ups anuais. Com relação aos planos não empresariais, as operadoras de planos de saúde passaram a disponibilizar aos consumidores programas preventivos visando estimular mudanças de atitudes, promoção de hábitos saudáveis, minimização de efeitos de risco e controle de doenças crônicas, por meio de ginásticas, aulas de natação, programas a gestantes, dentre outros. Ou seja, o consumidor passou a não mais ser visto como capital, passando a haver uma preocupação com os diferentes aspectos de sua vida, tais como: saúde física, saúde emocional, ambiente de trabalho, expectativa de vida, hábitos de vida, dentre outros fatores.

Outra medida que vem ganhando adeptos no setor de saúde suplementar brasileiro é a disponibilização por atendimentos telefônicos de profissionais de saúde 24 horas por dia, voltada para orientação de condutas a serem adotadas em casos de urgência, medidas de precaução, dúvidas sobre nutrição, vacinação, ministração de medicamentos, recomendação de especialidades de acordo com a necessidade, entre outras, evitando, assim, o deslocamento desnecessário dos consumidores a hospitais, clínicas, laboratórios, sede administrativas, dentre outros.

Além disso, cada vez mais as empresas privadas estão se preocupando com acessibilidade de informação, investindo cada vez mais em ferramentas on-line e aplicativos para facilitar a comunicação e informação pelo consumidor, como também para efetivação dos serviços com seus prestadores. As operadoras inclusive como propõe o Despacho 096/2008/GGEOP/DIPRO/ANS devem observar o disposto no artigo 14 da Lei 9.656/98 que assegura que “em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde”, ou seja, caso o consumidor possua algum tipo de necessidade especial (deficiência visual, surdez, dentre outras) compete à operadora disponibilizar meios em *braille* ou outros meios diversos visando fornecer o acesso às informações. (BRASIL, s.d., s.p.). Conjuntamente, com tais atitudes, busca-se evitar propagandas impressas e utilização desnecessária de recursos ambientais, como os folhetins, impressos de listas telefônicas de profissionais de saúde (guia médico), emissão de boletos bancários, entre outros.

Outra vertente relevante se refere ao incentivo de procurar de uma segunda opinião médica, geralmente em centros de renomes antes da realização de procedimento cirúrgicos eletivo. Segundo estudos realizados nos Estados Unidos, de 6.799 pessoas avaliadas nos programas que visam estudar a segunda opinião médica em cirurgia com caráter eletivo, 18,7% não tiveram sua cirurgia confirmada, e 67,65%, até o fim da pesquisa, não realizaram a intervenção cirúrgica após um ano de acompanhamento, o que representou uma redução de custo da ordem de 2,63 dólares para cada US\$ 1,00 gasto no programa. (MCCARTHY, Et. al. 1981). No Brasil, pesquisas demonstram que se registra em média 560 mil partos cesarianos desnecessárias, que geram custos de R\$ 84 milhões à Administração Pública. O mais alarmante desta situação se refere ao fato de que o parto cesariano está associado a taxas elevadas de mortalidade cinco vezes maiores que os partos normais. (ZORZETTO, 2006, s.p.). Visando reduzir tais dados, o Ministério da Saúde brasileiro lançou a Campanha de Incentivo ao Parto Normal, visando conscientizar a população sobre a importância do parto natural e que o parto cesariano não é o mais seguro. (ZORZETTO, 2006, s.p.).

Por outro lado, a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) que regula o funcionamento dos planos e seguros de saúde, em 2005, realizou a primeira análise das taxas de cesariana no setor e constatou um índice assustador de 80% de cesarianas desnecessárias. (ZORZETTO, 2006, s.p.). Por isso, além da segunda opinião médica, a mudança da consciência da população sobre certas inverdades deve ser constantemente difundida pela Administração Pública pelas empresas privadas de saúde, não somente sob o pretexto financeiro (redução de gastos desnecessários, o que, a nosso ver, já seria mais que louvável), mas para evitar risco ao próprio consumidor que, por vezes, se submete a procedimentos cirúrgicos desnecessários, bem como visando reduzir o consumo de recursos naturais, tais como: medicamentos, equipamentos de raio X, utensílios hospitalares (luvas, seringas, gazes, etc.), dentre outros.

Por fim, o aumento da sinistralidade e da utilização do plano pelo consumidor de forma desnecessária ocasiona majoração dos gastos às operadoras, que, por exibirem características idênticas aos contratos de seguro, ou seja, por exibirem características de mutualismo, no sentido de solidariedade, dependem da coletividade para a constituição de um fundo de reserva proveniente das mensalidades para o pagamento dos tratamentos utilizados. Logo, se o custo for maior do que o valor arrecadado, este gasto adicional posteriormente é computado no cálculo atuarial e nos reajustes dos planos, revertendo ao próprio consumidor. Inclusive, o aumento dos valores dos planos e seguros privados de assistência à saúde o torna acessível apenas para uma pequena parcela abastarda da população, o que defendemos dever ser combatido.

## CONCLUSÃO

Verifica-se que a corrida pela busca da sustentabilidade já foi disparada pelos planos e seguros privados de assistência à saúde no Brasil. Embora várias medidas tenham sido incorporadas no dia-a-dia, há, ainda, muito trabalho a ser concretizado pelo setor, sobretudo em relação às questões envolvendo: a conscientização do consumo consciente tanto pelos prestadores como pelos consumidores; o descarte consciente dos materiais hospitalares; a vedação de utilização de animais pelas indústrias farmacêuticas; a diminuição de exploração de recursos naturais e, principalmente, a criação de parceria público-privada visando à disponibilização de saúde a uma parcela maior da população. Portanto, conclui-se, que das cinco dimensões elencadas por Juarez Freitas, a grande maioria delas estão sendo efetivadas pelos planos e seguros privados de assistência à saúde no País, porém há ainda muito o que fazer.

## REFERÊNCIAS

- AKATU. Disponível em: <<http://www.akatu.org.br/Institucional/OAkatu>>. Acesso em: 24 set. 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 set. 2016.
- BRASIL. **Lei 9.656, de 3 de junho de 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm)>. Acesso em: 25 set. 2016.
- FURRIELA, Raquel Biderman. **Ciclo de palestras sobre meio ambiente / Secretaria de Educação Fundamental**. Brasília: MEC; SEF, 2001.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1. ed. Belo Horizonte:Fórum, 2011.
- MCCARTHY Eugene G.; FINKEL Madelon L.; RUCHLIN H. S. **Second opinions on elective surgery: the Cornell/New York Hospital study**. *The Lancet*, New York, 1981. Disponível em: <<https://secure.jbs.elsevierhealth.com/action/showCitFormats?pii=S0140-6736%2881%2992527-7&doi=10.1016%2FS0140-6736%2881%2992527-7&code=lancet-site>>. Acesso em: 24 set. 2016.
- PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.
- ZORZETTO, Ricardo. **Escolha errada**. 124 ed. São Paulo: Revista Pesquisa FAPESP, 2006. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2006/06/01/escolha-errada/>>. Acesso em: 25 set. 2016.
- YOUNG, Pierre L.; SAUNDERS, Robert S.; OLSEN, LeighAnne. **The healthcare imperative: lowering cost and improving outcomes: Workshop Series Summary**. Washington, DC: National Academies Press, 2010. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=uG1r\\_I7Ou8kC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=uG1r_I7Ou8kC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 24 set. 2016.

\*\*\*

**A BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**THE OBJECTIVE GOOD FAITH IN CONSUMER RELATIONS**



GT5 - RELAÇÕES DE CONSUMO E SUSTENTABILIDADE

BRUNO MODESTO SILINGARDI

Mestrando do Programa de Mestrado em Direito da– UNIMAR  
[bruno.silingardi@yahoo.com.br](mailto:bruno.silingardi@yahoo.com.br)

JUSSARA BORGES FERREIRA

Docente do Programa de Mestrado em Direito da– UNIMAR  
[jussara@bflaw.adv.br](mailto:jussara@bflaw.adv.br)

**RESUMO**

O presente trabalho tem como objeto resgatar a evolução histórica do Código de Defesa do Consumidor, salientando as principais mudanças de interpretação e aplicação do Direito do Consumidor no decorrer dos vinte e seis anos contados de sua promulgação, expondo nessa análise os princípios nos quais estão estruturadas as normas consumeristas de observância obrigatória, fazendo a ponderação entre o valor da livre iniciativa e o princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando, ainda, a importância da interpretação conjunta destes com o princípio da boa-fé objetiva como forma de estabelecer a harmonia da relação jurídica entre fornecedor e consumidor e de sua indispensável aplicação no julgamento das contendas levadas à apreciação do Poder Judiciário como mecanismo de limitação e amplamente necessário para identificar e punir fraudes e/ou abusos cometidos pelas partes no âmbito legal.

Palavras chave: Consumidor. Relação de Consumo. Boa-fé Objetiva.

**ABSTRACT**

This work has the purpose to recover the historical evolution of the Consumer Protection Code, highlighting the major changes of Interpretation and application of the Consumer Direct during the twenty-six years after its enactment, exposing this analysis the principles on which are structured the consumers standards must be observed, making the balance between the value of free enterprise and the principle of human dignity, demonstrating also the importance of the joint interpretation of these with the principle of objective good faith in order to establish the harmony of legal relationship between supplier and consumer and its essential application in the trial of disputes brought to the consideration of the Judicial Power as limiting mechanism and widely needed to identify and punish fraud and / or abuse by the parties in the legal framework.

Keywords: Consumer. Consumer relationship. Good faith objective.

**INTRODUÇÃO**

Nas últimas duas décadas, o direito do consumidor sofreu inúmeras mutações, sendo a maioria delas motivadas pelo desenvolvimento da sociedade, da economia e contexto político-social do país.

Em pouco tempo, a legislação – marcada pelo traço protecionista – evoluiu sistematicamente, tendo como maior desafio regulamentar as novas modalidades de comércio (eletrônico e compras coletivas), mitigar os riscos dos contratantes do liame obrigacional e coibir abusos cometidos nas operações mercantis concretizadas fora do tradicional ponto de venda.

Anota-se que o dinamismo dos meios de aquisição de produto e serviços é reflexo do desenvolvimento da tecnologia e da visível mudança do perfil dos consumidores que abandonaram a imagem de hipossuficientes e vulneráveis, passando a ocupar papel de destaque na relação consumerista.

O consumidor que antes dependia da tutela jurisdicional para ver seus interesses atendidos, hoje atua basicamente como fiscal dos fornecedores exigindo, cada vez mais, produtos e serviços de qualidade, aliado a preços baixos, forçando, assim, o empresário a encontrar novas alternativas de satisfazer seus clientes e, ao mesmo tempo, auferir lucro. (OLIVEIRA, 2013, p. 03)

Essa postura crítica e arrojada deve-se à disseminação maciça dos direitos disciplinados no Código de Defesa do Consumidor, por meio de políticas governamentais e criação de órgãos (públicos e particulares) que permitem o oferecimento de denúncias e, principalmente, a punição de empresas responsáveis por práticas ilegais envolvendo consumidores, estatuídas no Art. 4º, inciso II, “b” e “c” e VI do CDC:

“Art. 4º [...] II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

b) incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo

VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”.

Fundado no fortalecimento das normas consumeristas e nos instrumentos repressão garantidos pelo ordenamento jurídico, constantes do Art. 5º do CDC, o consumidor ganhou força e respeito para enfrentar o temido poder econômico dos fornecedores (OLIVEIRA, 2013, P. 02).

A partir daí, a coragem que se mantinha enclausurada foi aos poucos florescendo e, com isso, aumentou significativamente o número de ações postuladas por consumidores no âmbito judicial, o que de certa forma causou uma ruptura no antigo sistema processual, usufruindo livremente do princípio constitucional do acesso à justiça (JÚNIOR, 2005, p.07).

Nesse contexto, os demais integrantes da sociedade, observando o resultado positivo das demandas e os vultosos valores percebidos ao final das lides, foram igualmente articulando estratégias efetivadas pela enchente de processos, o que causou a banalização dos mecanismos de proteção, antigamente representados pela hipossuficiência e vulnerabilidade, tornando-se cada vez mais comum encontrar no judiciário, causas amparadas por vício de fabricação ou simplesmente reparação de danos, considerados pela doutrina como mero dissabor.

Em outras palavras, tratando-se de regramento jurídico (lei nº 8.078/90) instituído especificamente para extirpar a desigualdade gerada pelo sistema capitalismo, a falta de pressupostos claros e objetivos ensejou a equivocada interpretação do ato normativo, em total descompasso com a equidade das relações jurídicas, assegurada no Art. 4º do CDC.

Nesse sentido, o presente trabalho visa esclarecer a importância da boa-fé objetiva na resolução de problemas, sendo este fator indispensável para alcançar o equilíbrio e a aplicação correta dos princípios ditados no CDC.

## **DESENVOLVIMENTO**

O Código de Defesa do Consumidor instituído em 1990, época na qual pouco se arguia a tutela das minorias e todas as celeumas daquele período eram resolvidas com amparo em normas civilistas de cunho basicamente patrimonialista, pautadas em três pilares: propriedade, família e contratos.

Nesse cenário, surge a revolucionária legislação de caráter social alicerçada na lei antitruste americana, visando normatizar o dinamismo do mercado, instituir os direitos metaindividuais estampados no Art. 81, I, II e III do CDC e, mais do que isso, dirimir os

conflitos em patamar de igualdade entre o fornecedor e o consumidor (OLIVEIRA, 2013, p. 01).

A inovação do CDC, tutelando a integração dos entes da sociedade, apresenta-se como alternativa em um momento de constante crescimento da indústria de larga escala e aumento das negociações entabuladas por particulares para circulação de mercadorias e prestação de serviços.

Tanto é assim, que o Poder Constituinte ao promulgar a Constituição Federal, elencou a defesa do consumidor como um dos princípios da Ordem Econômica e Financeira, nos termos do Art. 170, V, da Carta Magna:

“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: [...] V – defesa do consumidor”.

Além do dispositivo legal acima, o direito do consumidor é mencionado em outros três artigos (Art. 5º, inciso XXXII; 24, inciso VIII; 150, §5º) da carta política igualmente importantes e que demonstram a preocupação dos idealizadores da lei suprema com a formação de uma relação sadia e respeitosa entre fornecedores e consumidores que, até então, não atendia as reivindicações de uma sociedade em pleno desenvolvimento (OLIVEIRA, 2013, p. 01).

Percebe-se, por conseguinte, que as normas consumeristas estão diretamente atreladas ao espírito igualitário e consensual ditado na Constituição Federal e tal proteção deu ensejo à criação da Política Nacional das Relações de Consumo materializada no Capítulo II do CDC, especificamente no Art. 4º do citado *Codex*:

“Art. 4º. A política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da qualidade de vida, bem como, a transparência e harmonia das relações de consumidor [...]”.

Não obstante, a mencionada ação governamental tenha o escopo de estabelecer medidas que assegurem a dignidade e as prerrogativas do consumidor frente ao voraz sistema mercantilista, impõe-se aos sujeitos da relação de consumo a observância de condutas leais, transparentes e isentas de interesses econômicos (OLIVEIRA, 2013, p. 01)..

De parte do fornecedor, cuja atividade está calcada no princípio da livre iniciativa, aplica-se a teoria do risco e a responsabilidade objetiva, garantindo a oferta de produto ou serviços que zelem pela saúde e segurança e estejam dentro dos padrões de qualidade.

Por outro turno, o consumidor ao qual é atribuído as características de vulnerável e hipossuficiente, em consonância com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, exige-se, no mínimo, um comportamento honesto segundo os ditames do CDC e a Constituição Federal, aos quais o sistema consumerista deve estrita obediência, tendo em vista que “as normas constitucionais, além de ocuparem o ápice da ‘pirâmide jurídica’, caracterizam-se pela imperatividade de seus comandos, que obrigam não só as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público e privado, como o próprio Estado” (NUNES, 2012, p. 48).

Desse modo, traçado um paralelo entre a dicotomia consumidor-fornecedor, verifica-se que nenhum dos polos de relação jurídica possui livre, ampla e irrestrita aplicação ao caso concreto, visto que ambos encontram respaldo nos fundamentos da República Federativa do Brasil, preconizados no Art. 1º, da CF: “III – dignidade da pessoa humana” e “IV – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” e, do ponto de vista legal estão inseridos no texto magno no mesmo nível hierárquico (NUNES, 2012, p. 47).

Nesse diapasão, cumpre elucidar que “os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper (NUNES, 2012, p 49)”.

Tem-se, portanto, de acordo com a teoria do dialogo das fontes, ou seja, interpretando o complexo microssistema jurídico trazido pelo CDC à luz da Constituição Federal, a cada partícipe do liame consumerista dispõe de direitos tutelados e pautados em princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana e livre iniciativa) de coexistência harmônica, cuja prevalência de um sobre o outro, será definida por aquele que estiver mais próximo da boa-fé objetiva. (NUNES, 2012, p. 50)

Oportuno registrar que o princípio da boa-fé objetiva é fator de equilíbrio entre os pontos de divergência do sistema consumerista, permitindo a exploração da atividade econômica com justiça social, trazendo benefícios ao empreendedor por meio do lucro, bem como ao consumidor que terá preservada sua dignidade e, simultaneamente, satisfazendo aos anseios do destinatário final do produto introduzido no mercado de consumo.

Importante asseverar que sem esse “termômetro”, frise-se, a boa-fé objetiva é extremamente difícil apurar o ato ilícito e eliminar os abusos cometidos por quaisquer das partes, razão pela qual referido princípio foi introduzido na legislação consumerista no patamar de princípio, ou seja, de observância compulsória para atingir a equidade das relações de consumo, conforme preceitua o Art. 4º, III, do CDC: “Art. 4º. (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

Ratificando esse entendimento, NUNES (2012, p. 184) faz apropriada abordagem ao dizer que:

“A boa-fé objetiva é, assim, uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal (justa), disposta como um tipo ao qual o caso concreto deve se amoldar. Ela aponta, pois, para um comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes, a fim de garantir o respeito ao direito da outra. Ela é um modelo principiológico que visa garantir a ação e/ou conduta sem qualquer abuso ou nenhum tipo de obstrução ou, ainda, lesão à outra parte ou partes envolvidas na relação, tudo de modo a gerar uma atitude cooperativa que seja capaz de realizar o intento da relação jurídica legitimamente estabelecida”.

Resta evidente que a configuração da relação de consumo gera um dever recíproco de confiança entre as partes, cabendo a elas efetivar a composição amigável de qualquer litígio – com fundamento na lealdade do laço jurídico – antes se socorrerem à prestação jurisdicional do Estado. (JÚNIOR, 2005, p. 06 apud MARQUES, 1996, p. 74).

No entanto, com o atingimento de níveis inimagináveis de mercantilização e a disseminação do conhecimento, especialmente, dos direitos contidos no CDC, houve um aumento expressivo da judicialização, contrariando os fundamentos da norma consumerista, notadamente, o princípio da boa-fé objetiva que determina a relação mútua de fidedignidade e probidade entre os partícipes da relação consumo.

Nota-se, todavia, que o consumidor – ao invés de procurar pelo fornecedor, por intermédio dos canais de atendimento cada vez mais capacitados e amplamente anunciados nas páginas oficiais das empresas e por outros meios de comunicação – tem ajuizado ações indiscriminadamente, desvirtuando o direito constitucional do livre acesso à justiça (Art. 5, XXXV, da CF).

A movimentação excessiva da “máquina judiciária” tem atrapalhado o andamento do serviço jurisdicional prestado pelo Estado que sobrecarregado com pedidos de

indenização, tenta-se socorrer de medidas alternativas de solução de litígios, tais como, campanhas de incentivo à conciliação, criação do CEJUSC, convênio com instituições de ensino e/ou tribunais arbitrais e, recentemente, com a introdução da mediação no bojo do Novo Código de Processo Civil em vigor desde março do corrente ano (2016).

Em que pese os atuais mecanismos de resolução de conflitos, o consumidor movido pelo desejo espúrio de auferir vantagem econômica indevida, pautado pela banalização do dano moral e na excessiva proteção concedida pelo ordenamento jurídico, permeando livremente o campo judicial com a propositura de ações desprovidas de amparo legal. (NUNES, 2012, p. 842).

Insta consignar que em alguns casos, exemplos este dos muitos que tramitam pela seara jurídica, poderiam ser facilmente solucionados nos termos do Art. 18, §1º, CDC, uma vez que os processos se baseiam na reparação de danos por “vícios de fabricação” que, nos moldes da legislação (CDC), admitem 3 (três) formas de ressarcimento: (i) substituição do produto, (ii) devolução do valor pago, (iii) abatimento proporcional do preço.

Segundo antes dito, com avanço da legislação e o afastamento da boa-fé objetiva, a tutela dos consumidores nos planos judiciais se tornou um verdadeiro “caos”, acarretando (em decorrência do protecionismo exacerbado) na punição de empresas idôneas e preocupadas com a satisfação de seus consumidores que, ao menor sinal de descontentamento, tem a opção de solucionar a questão por meio do estruturado serviço de SAC oferecido por organizações modernas e compromissadas com a função social.

Posto de outra forma, com o perfil litigioso, os atuais consumidores deixam propositalmente de efetuar a mais simples e eficaz medida imposta pela boa-fé objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, ou seja, de acionar extrajudicialmente o fornecedor para que este possa sanar aquilo que estiver em desacordo, com a finalidade postular a verba indenizatória, afrontando o teor do Art. 5º do Novo CPC: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Impende enfatizar, ademais, a existência de ações promovidas por consumidores instruídas com provas fraudulentas e manipuladas no intuito de incriminar o empreendedor, ferindo outros dispositivos legais constante do Novo Código de Processo Civil, a exemplo do Art. 6º que dispõe o seguinte: “Todos os sujeitos do processo deve cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” .

Nesse particular, DIDIEJR (2016, p. 128) corrobora a definição do Princípio da Cooperação previsto no Novo CPC: “[...] convém valer-se de tudo o que já se construiu a respeito dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado. O dever de cooperação é um deles. Os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade, e de proteção. Essa sistematização pode ser aproveitada para compreensão do conteúdo dogmático do princípio da cooperação processual”.

Por derradeiro, trazendo um alento aos defensores da classe empresarial, os Tribunais pátrios observando o comportamento inadequado por parte de alguns consumidores, manifestam nas decisões o inconformismo com a pretensão do requerente, julgando improcedente a controvérsia e afastando a responsabilidade dos fornecedores por hipotéticos prejuízos causados por simples inconvenientes da vida cotidiana e, dessa maneira, diante do mero aborrecimento, os demandantes não são considerados vítimas da relação de consumo.

À toda evidência, vale salientar que o legislador ao elaborar o minissistema jurídico que regulamenta as relações de consumo não cogitou permitir que as reclamações sejam açodadamente levadas ao exame do judiciário com pedidos de elevadas indenizações,

sem prévia observância das sadias regras elencadas no mencionado artigo 18, e seus parágrafos, da Lei 8.078/1990.

### CONCLUSÃO

Assim, do cotejo entre a lei consumerista do início da década de 90 e a mesma norma nos dias atuais, percebe-se claramente que o direito do consumidor elevou sua força probatória no meio jurídico, funcionando exatamente como limitador da atividade econômica e, desse modo, evitando abusos e lesões cometidas por sociedades empresariais contra consumidores, exercendo de fato a função de mandamento constitucional, estampado no rol de Princípios da Ordem Econômica e Financeira (Art. 170 da CF).

Nessa linha raciocínio, por mais que os princípios da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana sejam os precursores da tutela consumerista, a averiguação litígio no âmbito administrativo e judicial levará em consideração os valores que melhor atendam a finalidade da lei, cuja interpretação do ato normativo deve estar em sintonia com a equidade das relações que, neste caso, é representada pela boa-fé objetiva, sendo este considerado a linha mestre do sistema jurídico que, com o decurso do tempo, se sobrepôs a outros princípios constitucionais.

Diante de tais circunstâncias, chega-se a conclusão de que o direito do consumidor vive um momento de transformação e resgate da boa-fé objetiva que assim como outros princípios estatuídos no novo Código de Processo Civil, são de extrema importância para o exercício dos direitos do consumidor, coibindo excessos cometidos por quaisquer das partes e, principalmente, a propositura de ações fraudulentas intentadas por consumidores mal intencionados, amparados pelo protecionismo excessivo, inaplicável na atual conjuntura econômica e social, visto que a boa-fé impõe ao litigante o dever de lealdade, seja ele dentro ou fora do processo, cuja importância dessa medida ensejou na positivação do princípio, recepcionado como um dos alicerces da lei adjetiva civil.

### REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União n. 191, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 Set. 2016.
- BRASIL. Lei 8.078/1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial, 11 set. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 Set. 2016.
- BRASIL. Lei 13.105/2015. Código de Processo Civil. Publicada no Diário Oficial, 17 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 Set. 2016.
- JÚNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, V. 1, 13ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2016.
- JÚNIOR, José Luiz. O CDC e a necessidade de tutelar a relação de consumo. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/>, 25 Abr. 2005. Acesso em: 29 Set. 2016.
- NUNES, Luis Antônio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- OLIVEIRA, Júlio César Prado de. A Proteção e Defesa do Consumidor na Constituição Federal de 1988 e a Política Nacional de Relações de Consumo. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=11230](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11230). 09 Jul 2013. Acesso em: 29 Set. 2016.

\*\*\*

**ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA  
ANTECEDENTE - MECANISMO DE EFETIVIDADE PROCESSUAL**

**STABILIZATION OF THE DECISION OF PROTECTION FOREGOING  
ANTICIPATION - EFFECTIVENESS MECHANISM OF PROCEDURE**

GT4 - JUDICIÁRIO E DEMANDAS SOCIAIS

AUTOR  
EVANDRO IBANEZ DICATI.  
UNIMAR  
evandrodicati@gmail.com

ORIENTADOR  
DR. ARTUR CESAR. DE SOUZA  
UNIMAR  
artur.souza@trf4.jus.br

**Resumo:** Baseando-se na revisão bibliográfica e estudo legislativo, buscou-se estabelecer um análise do sistema de tutelas no sistema processual brasileiro culminando com estudo crítico da técnica da antecipação de tutela. Neste aspecto inovações relevantes foram apresentadas no código de processo civil em vigor que consagrou a reunião da tutela cautelar e da tutela antecipada nas tutelas de urgência, apontando para ambas os mesmos pressupostos de deferimento, diferenciando-as apenas na questão da satisfatividade. Inovou-se ainda, ao prescrever a possibilidade de que uma decisão provisória concedida em antecipação de tutela provisória gere efeitos plenos sem uma tutela definitiva ratificadora, situação esta apresentada no trabalho, juntamente com os reflexos e divergências práticas desta técnica monitoria estabelecida. Indiscutivelmente a técnica posta em vigor aponta no sentido de se buscar a efetividade processual no plano real, posição está mais relevante ao jurisdicionado.

**Palavras-chave:** Antecipação. Antecedente. Efetividade.

**Abstract:** Based on the literature review and legislative study, we sought to establish an analysis of the guardianship system in the Brazilian legal system culminating in critical study of early relief technique. In this respect relevant innovations were presented in the Code of Civil Procedure in force that established the meeting of injunctive relief and injunctive relief in emergency guardianships, both pointing to the same assumptions differing differentiating them only on the issue of satisfatividade. It innovated even, when prescribing the possibility that an interim decision granted interim protection of anticipation generate full effects without a permanent guardianship, this situation presented in the work, along with the reflections and practical differences established this monitoring technique. Arguably the technical points put into effect in order to seek procedural effectiveness in the real plane, a position more relevant to claimants.

**Keywords:** Anticipation. Antecedent. Effectiveness

## **INTRODUÇÃO**

A prestação de uma tutela jurisdicional plena e efetiva vem em discussão de longa data entre os processualistas e consagra as disposições do vigente sistema processual. Pode-se dizer claramente que o instituto ora válido de direito processual civil não trouxe apenas simples alterações procedimentais, mas inova na concepção dos mecanismos de prestação da tutela jurisdicional. O resultado útil do processo alinhado à cooperação entre as partes na solução do litígio exige uma atuação mais efetiva do julgador.

A maturidade do processo apto de ser julgado é notadamente necessária para a prestação da solução jurisdicional, todavia, este tempo necessário não deve sempre ser um ônus para a parte autora. Incumbe, pois, ao juiz estabelecer as situações onde o ônus do tempo processual deve ser repassado ao réu, com a prestação das chamadas tutelas provisórias com posterior aplicação das tutelas definitivas.

Prestigiando, pois, a tutela jurisdicional tempestiva, o sistema processual possui todos os mecanismos ora necessários para que o Judiciário deixe de ser clamado como lento e pouco efetivo, possibilitando a prestação de decisões que primam pela efetividade em qualquer momento e imediatamente após o surgimento da necessidade.

Estuda-se, assim, neste trabalho a viabilidade das tutelas provisórias como demarcação de uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, amoldando-se às expectativas atuais de atuação do Poder Judiciário.

### **DESENVOLVIMENTO**

Os termos duração razoável do processo e efetividade processual não são situações novas no sistema processual. Há muito tempo entende-se que a solução jurisdicional do conflito não pode ser eternizada ou demasiadamente postergada, sendo assim, a duração razoável do processo passou a ser, inclusive, uma regra constitucional a partir da Emenda à Carta Magna de nº 45/2004.

Nestes termos, o vigente Código de Processo Civil também trouxe em sua estrutura normativa a obrigação de se buscar uma duração razoável do processo (art. 4º) juntamente com a ordem clara de que o processo judicial deve prestar ainda uma atividade satisfativa ao pleito apresentando em juízo.

Pela efetividade processual:

O princípio da efetividade do processo, neste sentido – e diferentemente dos demais –, volta-se mais especificamente aos *resultados* da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo. É inócuo falar em um “*processo justo*” ou em um “*processo devido*”, dando-se a *falsa* impressão de que aqueles atributos tendem a se esgotar com a tão só observância da correção do *meio* de produzir a decisão jurisdicional apta a veicular a tutela jurisdicional. O “justo” e o “devido”, com efeito, vão além do *reconhecimento* jurisdicional do direito.

É essa a razão pela qual me parece mais adequado propor, para substituir a tradicional expressão “efetividade do processo”, outra, que coloca ênfase onde ela deve ser posta: efetividade *do direito pelo e no* processo. Não se trata, enfatizo, de entender “efetivo” o processo em si mesmo considerado. A efetividade do processo mede-se pela sua capacidade de tornar reais (concretizados) os direitos controvertidos, ameaçados ou lesionados. É o que, na perspectiva do próprio modelo constitucional, é suficientemente alcançado pelo inciso LXXVIII do art. 5º, que rotulo, no número anterior, de *eficiência processual*. Na exata medida em que a autotutela é vedada e que a sua contrapartida é a tutela jurisdicional, é irrecusável a conclusão de que a tutela daqueles direitos depende do processo. Sem processo não há direito efetivo. A efetividade, destarte, é do direito e não do processo. (BUENO, 2016).

A respeito da duração razoável do processo:

Diante da evidência do mal causado pela morosidade dos processos, a Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004, incluiu mais um inciso no elenco dos direitos fundamentais (CF, art. 5º): o de nº LXXVIII,



segundo o qual, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo* e os meios que garantam a *celeridade* de sua tramitação”. [...]

A fiel aplicação da garantia constitucional em apreço exige das partes um comportamento leal e correto, e, do juiz, uma diligência atenta aos desígnios da ordem institucional, para não se perder em questões formais secundárias e, sobretudo, para impedir e reprimir, prontamente, toda tentativa de conduta temerária dos litigantes. (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 77).

Quanto à efetividade sustenta Luiz Guilherme Marinoni:

Na sociedade contemporânea existe uma série de direitos de conteúdo não-patrimonial. Tais direitos são típicos da sociedade atual em que se toma consciência cada vez mais nítida da necessidade da sua efetiva consagração como bens imprescindíveis à vida digna das pessoas. [...] Para tanto, são necessários procedimentos com técnica de antecipação, sentenças de tipos diferentes daquelas que fazem parte da classificação trinária, e meios de execução que possam permitir a obtenção concreta da tutela preventiva. (MARINONI, 2002, p. 76/77).

Neste sentido, a eficácia da atuação Estado-juiz está jungida a um processo que tenha uma solução que seja a mais rápida possível, mas também, que possa exercer a cognição necessária para aquele caso, não deixando que o tempo impossibilite a melhor aplicação do direito material.

Deve-se registrar a melhor interpretação da duração razoável do processo é no sentido de que ele deve ter o tempo necessário de maturação para julgamento.

Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional. Bem pesadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, a uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sinta saudade deles. (DIDIER, 2014, p. 62).

No mesmo sentido:

O tempo já foi visto como algo neutro ou cientificamente não importante para o processo. Certamente por isso foi jogado nas costas do autor, como se a demora fosse exclusivamente problema seu. Acontece que o tempo é uma necessidade: é uma necessidade do juiz, que dele precisa para formar sua convicção, e uma necessidade democrática, advinda do direito de as partes participarem

adequadamente do processo, direito esse que tem expressão no princípio do contraditório. (MARINONI, 2011, p. 229/230).

Em suma, tais princípios não estabelecem que o juiz deve atropelar procedimentos na busca de uma decisão célere, mas sim, lhe cabe estabelecer um procedimento participativo e cooperativo (arts. 6º e 357, §3º do NCPC) para a correta e viável instrução processual, fazendo assim com que o processo tenha sua solução dentro do prazo necessário para uma decisão madura e mais justa possível.

Importante ensinamento do professor Artur Cesar de Souza:

A somatória de fatores, portanto, será um importante critério para avaliar se determinado processo teve ou não uma razoável duração, uma vez que se está diante de um conceito indeterminado.

Assim, a razoável duração do processo deve ser avaliada pela justiça do processo, entendida como resultado final da resposta do juiz à demanda da parte e sua efetiva concretização.

O novo C.P.C. garante o direito a uma razoável duração do processo, tanto para a solução integral da lide, como para a satisfação integral do direito material reconhecido.

Assim, a razoável duração do processo diz respeito às atividades satisfativas exercidas pelo juiz no processo, que podem decorrer de uma antecipação provisória de tutela (tutela de urgência) quanto da execução definitiva da tutela prestada. (SOUZA, 2016).

Como forma de facilitar e diminuir o tempo de trâmite processual, importantes mecanismos postos na legislação processual garantem claramente ao juiz a oportunidade de prestar a tutela efetiva e de propiciar ao processo o trâmite no tempo necessário, sem atropelos, mas também sem desídia (das partes, juízes, auxiliares da justiça, etc.) ou mecanismos protelatórios dos mesmos envolvidos. Objetiva-se trazer a satisfatividade tanto no plano jurídico quanto no plano fático que é o mais almejado. (BUENO, 2016, p. 137)

Não há dúvida de que os preceitos normativos da duração razoável do processo e da satisfatividade da tutela jurisdicional estão ainda intimamente ligados com o Acesso à Justiça, mormente na terceira onda de sua aplicação conforme ensinamentos de Mauro Capelletti:

O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do Mundo Ocidental. [...]. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’. (CAPELLETTI, 1998, p. 12).

Pode-se estabelecer ainda, nas lições de Olavo de Oliveira Neto:

Embora se trate de conceito bastante elástico, os meios que garantem a celeridade processual devem ser compreendidos como toda técnica que pode ser utilizada, no âmbito do processo, para obter a prestação de uma tutela jurisdicional mais rápida e eficaz, desde que respeitados

os princípios do contraditório e da ampla defesa. (OLIVEIRA NETO, 2015, p. 111).

Desta feita, as técnicas processuais colocadas à disposição do julgador respeitam o devido processo legal se encontram como mecanismos efetivamente satisfativos e de garantia da duração razoável do processo. Compreendem uma linha de efetividade do acesso à justiça a garantem ao jurisdicionado a satisfação de seu direito no plano real e não apenas no sistema judicial.

Com base nas premissas estabelecidas, tem-se que na sistemática adotada pelo Código de Processo Civil em vigor importante técnica processual foi constituída ao prescrever a chamada estabilização dos efeitos da decisão provisória.

Pela técnica instaurada, uma vez concedida a antecipação de tutela de forma antecedente, o réu é citado do processo e intimado para dar cumprimento à decisão. Neste caso, surge a obrigação de que ele interponha o recurso cabível contra a decisão.

Não havendo interposição do “recurso” no prazo legal, o processo é extinto e a decisão liminar que concedeu o pleito antecipatório se estabiliza, ou seja, gera plenos efeitos e somente poderá ser revista caso haja pessoa interessada neste sentido mediante propositura de ação competente.

Portanto, a exordial que pleiteia tutela antecedente deverá unicamente: requerer a tutela antecipada; indicar qual será o pedido da tutela definitiva a ser formulado no prazo de aditamento; indicar a lide e sua probabilidade jurídica, bem como, perigo da demora na concessão do pleito; valor da causa; e indicar precisamente que a parte pretende se valer da técnica da tutela antecipada antecedente. (DIDIER, 2015, p. 602/603)

Havendo deferimento pelo juiz da antecipação de tutela, a parte requerida será citada, devendo, pois, apresentar recurso, enquanto o autor será intimado para aditar a exordial com a apresentação dos demais mecanismos para viabilizar o trâmite processual com sentença em cognição exauriente. Cite-se, que a estabilização decorre principalmente da escolha do autor, isto porque, caso o autor tenha indicado na exordial que mesmo com o deferimento da liminar pretende o julgamento final de mérito de forma exauriente, não haverá estabilização e o processo deverá ter prosseguimento. (DIDIER, 2015, p. 606)

Da mesma forma, a decisão deve ser concedida de forma liminar (*inaudita altera parte*) ou após justificação. Concessão após prazo para defesa, por exemplo, não justificaria a estabilização da decisão provisória.

Importante análise a respeito:

Se o juiz indeferiu a providência, e o autor emendou a petição inicial com a formulação do pedido de tutela final (art. 303, §1º, I), restou descaracterizada a possibilidade de aplicação do art. 304 [...].

Restaria saber se a tutela provisória foi deferida em 2º grau de jurisdição, após o manejo de agravo de instrumento contra a decisão de 1º grau que indeferiu a providência (art. 1.015, I) e antes que tenha havido o aditamento da peça inicial (art. 303, §1º, I). Fiel à premissa aqui acolhida, entendo que se ao tempo da decisão do tribunal o autor não houver ainda promovido a emenda à peça inicial, com a formulação do pedido de tutela final (art. 303, §1º, I), pode-se cogitar da estabilização da decisão (monocrática ou colegiada) que houver deferido a medida em grau recursal (hipótese em que o réu será intimado da decisão para que se lhe dê oportunidade de recorrer). (SICA, 2015).

Desta decisão judicial proferida que se estabilizou, poderá o interessado (inclusive o autor) promover no prazo decadencial de dois anos a contar da ciência da sentença de

extinção, ação judicial de revisão, reforma ou invalidação da medida provisória estabilizada, que terá cognição plena e exauriente.

Na vigência do CPC-1973, o autor, ao obter uma tutela antecipada do seu direito já provável, carregava o ônus de dar início ou prosseguimento ao processo em busca de tutela definitiva. Com o CPC-2015, no caso da tutela provisória satisfativa antecedente, esse ônus é transferido para o réu. Isso porque o autor, ao obter uma tutela antecipada em caráter antecedente do seu direito já provável, conta com a sua estabilização e conseqüente extinção do processo em caso de inércia do réu. É o réu que assume o ônus de propor uma nova ação no intuito de reverter a medida, podendo, inclusive, no bojo desta mesma ação pedir a revisão, reforma ou invalidação antecipada da medida, mediante demonstração da probabilidade do direito que afirma ter e do risco de dano ou ilícito ou de inutilidade do resultado final. (GRECO, 2014).

Sobre o procedimento:

A pretensão em tela será deduzida em juízo como nova ação, diretamente voltada para a composição definitiva do litígio, mediante cognição plena e exauriente, capaz de revestir-se da autoridade da coisa julgada material. Esse novo julgamento poderá rever, reformar ou invalidar a tutela primitiva, ou seja, poderá confirmá-la, modificá-la ou cassá-la.

Em qualquer caso, o juízo que deferiu a tutela provisória estabilizada conservará, por prevenção, a competência para a nova ação (art. 304, § 4º, *in fine*). (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 682).

Portanto, ao interessado em discutir a decisão que estabilizou seus efeitos em cognição sumária caberá ajuizamento de nova ação, onde caberá inclusive aplicação de eventual tutela de urgência. Esta ação deve ser ajuizada no mesmo local onde tramitou o processo da decisão estabilizada.

Decorrido o prazo de dois anos, nada mais pode ser discutido a respeito daquela decisão estabilizada. Transcorrido referido prazo legal (2 anos), os efeitos gerados pela decisão se tornam estáveis e não passíveis de alteração, o que não pode ser confundido com a coisa julgada, já que neste caso, é o conteúdo da decisão que se faz imutável e indiscutível. Por conta disto, descabe ação rescisória contra a decisão estabilizada. (DIDIER, 2015, p. 612/613).

Desta feita, não há dúvida do acerto em estabelecer que a decisão estabilizada não gera coisa julgada material, mas sim, apenas seus efeitos restarão plenos e impossíveis de discussão judicial em razão do transcurso do prazo decadencial expresso em lei.

## **CONCLUSÃO**

A duração razoável do processo e a efetividade processual passam a ser uma marca dos juízos iniciais que devem prestar uma tutela tempestiva aos jurisdicionados. Por tutela tempestiva deve-se compreender a análise do direito material e a concessão da ordem judicial no momento oportuno, seja através de uma tutela definitiva ou de uma tutela provisória.

A tutela provisória se consubstancia como uma medida indispensável para proporcionar o resultado útil do processo. Para tanto, o julgador dispõe de ampla liberdade estrutural para conceder tudo o que o for necessário, em qualquer momento do processo, inclusive na pendência de recursos, objetivando sempre a tempestividade da tutela jurisdicional.

Esta tempestividade é relevante porque não significa simplesmente uma decisão rápida, mas sim, uma decisão de que salvguarde os direitos e interesses daqueles que precisam e buscam o Poder Judiciário.

As tutelas de urgência e a tutela de evidência se mostram como mecanismos a serem usados sempre que possível e necessário para que não haja perecimento de um direito ou garantia. O tempo do processo, necessário para uma decisão sadia, justa e coerente, deve ser suportado pelas duas partes, e não apenas pela parte autora como sempre ocorrido.

Tais premissas encontram-se claramente na terceira onda do acesso à justiça que exige a participação de todos para a solução dos conflitos da forma mais viável possível. A cooperação processual exige que todos os membros da relação processual atuem de forma coerente e ética para obtenção da tutela jurisdicional baseada na melhor aplicação da norma ao caso concreto. Para tanto, sempre que viável o ônus do tempo do processo deve ser suportado também pelo réu, utilizando-se o julgador da premissa das tutelas provisórias.

Neste importante contexto estrutural processual, a antecipação de tutela, que consiste, como delineado, na concessão da pretensão satisfativa da parte (que pode ser tanto o autor como o réu - cite-se o caso de uma contestação em ação de cobrança onde o réu pede a exclusão de seu nome de cadastros de inadimplentes), ganhou uma estrutura mais ágil e coerente com seus objetivos, qualificando-se como uma das medidas a serem concedidas da pendência de um dano irreparável ou de difícil reparação (situação de urgência).

Ainda neste arcabouço, o legislador foi mais longe e trouxe a possibilidade de uma decisão provisória concedida em cognição exauriente projete seus efeitos sem que haja uma decisão de cognição exauriente que a ratifique. Trata-se de notável e relevante avanço procedimental ao se reconhecer que uma decisão judicial não precisa ser ratificada por sentença de mérito para projetar efeitos ao longo do tempo.

Trata-se, como apontando, de uma relevante transformação da técnica monitoria, baseando-se unicamente na inércia do requerido para gerar plenos efeitos.

Não havendo interesse do requerido na geração da lide efetiva, a decisão em cognição sumária gerará efeitos ao longo do tempo, sendo desnecessário todo o trâmite processual até que seja proferida sentença. Garante-se, assim, claramente, que no desinteresse da lide pelo requerido, decisão judicial provisória garante plenamente e de forma eficaz os interesses pleiteados em juízo.

## REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1998.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Jus Poivmm 2015, v.2.

. *Curso de Direito Processual Civil*. 16. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014. V.1. p. 62.

GRECO, Leonardo. A tutela de Urgência e a de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, 2014, n. 14. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541/15862>>. Acesso em 13 jun. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

. *Teoria Geral do Processo*. 5 ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Curso de Direito Processual Civil*. 1.ed. São Paulo; Verbatim, 2015.

SICA, Heitor V. Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. Rio de Janeiro, n.55, jan./mar. 2015. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. P.85-102 disponível em <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/96668/doze\\_problemas\\_onze\\_sica.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/96668/doze_problemas_onze_sica.pdf)> Acesso em 28 set. 2016.

SOUZA, Artur Cesar de. *Tutela Provisória - Tutela de Urgência e Tutela de Evidência*. São Paulo: Almedina, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1.

\*\*\*

**O DESVIRTUAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUAS  
CONSEQUÊNCIAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL  
GRUPO DE TRABALHO**

**THE DISTORTION OF PUBLIC POLICY AND ITS CONSEQUENCES IN  
LABOR RELATIONS IN BRAZIL**

**GT3 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**Lourival José de Oliveira<sup>1</sup>**

**Resumo**

O presente estudo inicia-se com o conceito de Políticas Públicas, demonstrando a necessidade de adequação das referidas políticas ao contexto constitucional valorativo, em especial à valorização do trabalho humano. Para tanto, o administrador público na criação e efetivação das mesmas políticas tem a obrigação de cumprir como controle e a avaliação continuada das ações públicas compreendidas dentro das chamadas Políticas Pública. Também, é necessário contar com a participação efetiva da sociedade no planejamento das referidas políticas, não podendo ser tratadas como ações isoladas de Estado. Levando-se em conta os parâmetros aqui estabelecidos, ficou demonstrado que os programas sociais que foram implantados, em especial os de redistribuição de renda dos últimos dez anos, não cumpriram com os parâmetros ou requisitos instituídos, como por exemplo, planejamento administrativo/financeiro e participação da sociedade. Por consequência, houve o desvirtuados dos valores constitucionais, transformando-se em procedimentos indevidos e inconstitucionais de intervenção do Estado no mercado econômico com o conseqüente prejuízo às relações de trabalho. Adotou-se o método dedutivo, com pesquisas na área jurídica e ciências afins.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC-SP); docente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília; docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina; docente de Cursos de Especialização; advogado em Londrina. Vinculado ao Projeto de Pesquisa intitulado “Empresa, desenvolvimento e cidadania” subgrupo “Competitividade empresarial e relações de trabalho em um mundo globalizado”, vinculado à Universidade de Marília (projeto em andamento); e-mail do autor: Lourival.oliveira40@hotmail.com

Palavras chaves: Intervenção do Estado; Políticas Públicas; valorização do trabalho humano.

#### Abstract

This study begins with the concept of public policy, demonstrating the need to adapt those policies to evaluative constitutional context, particularly the enhancement of human labor. Therefore, the public administrator in the creation and execution of such policies has the obligation to comply with the control and continuous evaluation of public actions included within the so-called Public Policies. Also, we need to have the effective participation of society in the planning of these policies can not be treated as isolated actions of state. Taking into account the parameters set forth herein, it was demonstrated that the social programs that have been implemented, especially the redistribution of the last ten years, did not meet the parameters or set requirements, such as administrative / financial planning and participation. Consequently, there was misapplied the constitutional values, turning into undue and unconstitutional procedures of state intervention in the market economy with the consequent damage to the employment relationship. It was adopted the deductive method, with research in the legal and related sciences.

Key words: State intervention; Public policy; value of human labor.

#### **INTRODUÇÃO**

O Estado brasileiro possui como objetivos principais, na forma do artigo 3º da Constituição Federal, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e promover o bem de todos.

Dessa forma é fácil compreender que o Estado brasileiro pode ser classificado como um “Estado Social”, considerando principalmente que os valores ou objetivos acima referidos.

No momento atual (2016), várias unidades da federação, como exemplo o estado do Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro, não conseguem mais cumprir com o pagamento dos seus servidores públicos e outros estados estão praticamente paralisados em termos de investimentos em infraestruturas básicas para a sociedade. Em outras palavras, nem mesmo as obrigações básicas, como por exemplo, pagamento dos seus servidores diretos, estão sendo cumpridas sem falar na quase completa ausência de investimento em Políticas Sociais.

Considerando as bases constitucionais estabelecidas, dentre elas, a valorização do trabalho humano, como as políticas públicas nesse sentido se comportaram? Pode ser afirmado que as referidas políticas públicas distributivas de renda tornaram-se uma forma de intervenção inconstitucional do Estado de forma direta na ordem econômica?

São essas as questões que serão debatidas e analisadas no presente trabalho no intuito de apontar para possíveis reparações no plano jurídico político constitucional.

Para atingir referido objetivo toma-se como início a tentativa de conceituar políticas públicas, a sua amplitude e constitucionalidade. Após, a redução do emprego no Brasil ocorrida a partir de 2009 e possivelmente sustentada através dessas mesmas políticas.

Na continuidade, será também analisado o pouco empenho do Estado na criação de verdadeiras políticas de incentivo à empregabilidade e por último os resultados enfrentados nos dias atuais quando se aponta para a redução dos gastos públicos em setores sociais.

Adotou-se o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas, dando-se relevo para as áreas afins, como por exemplo, a economia e ciências políticas, no intuito e construir um estudo multidisciplinar, como também foram analisados dados estatísticos, principalmente os compilados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística,

referente a índices de desemprego, bem como outros índices fornecidos por órgãos públicos.

### **DESENVOLVIMENTO**

Parte das justificativas usadas para a “falência” do setor público foi o grande volume de recursos gastos com as chamadas Políticas Públicas, bem como a falta de planejamento administrativo dentre outros fatores. Contudo, estudos apontam que os investimentos feitos em áreas como a saúde, educação e previdência são ineficientes, muito embora uma quantidade elevada de recursos tenham sido gastos nessas áreas.<sup>1</sup>

No setor privado, as obrigações sociais não cumpridas se juntam à crise da arrecadação tributária, contribuindo sobremaneira para o aumento do desemprego dentro de um compasso que pode comprometer as garantias dos direitos mínimos trabalhistas tanto no setor público como no privado. Em outras palavras, a redução dos gastos públicos, ainda que investidos de forma ineficiente, constitui-se em um dos fatores que está afetando diretamente o setor privado. Inclusive, as próprias políticas públicas, na forma em que vem sendo aplicadas estiveram de certa forma causando problemas diretos no setor formal da economia, em especial no mercado de trabalho, por conta do seu emprego indevido com graus elevados de ineficiência.

A questão aqui apresentada são os efeitos e o comprometimento das chamadas Políticas Públicas de distribuição de renda no cenário econômico nacional, seu grau de interferência no mercado de trabalho e as consequências por elas trazidas quando se tem o Estado sem a capacidade de poder de mantê-las.

Ocorre que a contar de 2009 o Estado brasileiro vem obtendo uma redução no produto interno bruto sem contar com o aumento do desemprego, ainda que não tenha ampliado na mesma proporção o número de empregos. Na verdade, foi criado um meio artificial, ou seja, não verdadeiro, que foi capaz de atenuar os índices alarmantes provocados pela redução da economia? Teria havido, por exemplo, desvio de finalidade nas práticas das Políticas Públicas?

Com o endividamento do Estado, tudo indica que a crise do desemprego tende a avançar, apontando para o final de 2016 índices bastante expressivos, fazendo com que produzam o recuo das garantias mínimas de trabalho na iniciativa privada como também para setores do serviço público.

### **CONCLUSÃO**

Buscou-se nesse estudo demonstrar que o Estado Democrático Social de Direito é por excelência um Estado constitucional devendo sua atuação se pautar nos estritos parâmetros estabelecidos na própria constituição, incluindo-se principalmente as chamadas Políticas Públicas, que não se trata de ações desvinculadas da ordem de valores previamente previstos, devendo ser cumpridos todos os requisitos que norteiam as ações administrativas.

Na medida em que o Estado se envereda nas práticas de ações públicas, ainda que envolvidas pelo manto de ações sociais, sem planejamento, sem legitimidade, não havendo a participação da sociedade civil, ou seja, desvinculada dos princípios que norteiam a administração pública, corre-se o risco da produção de efeitos casuísticos

---

<sup>1</sup>PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. o Brasil gasta três vezes mais que a China per capita na área de saúde, mas tem indicadores semelhantes de mortalidade infantil e expectativa de vida; o Brasil gasta mais do que a Coréia do Sul em ensino universitário, no entanto a proporção de jovens brasileiros matriculados na universidade é de 18%, enquanto que a de sul-coreanos é de 82%; os gastos previdenciários equivalem a 11% do PIB no Brasil e a 6% do PIB nos Estados Unidos, sendo que a proporção da população norte-americana acima dos 60 anos (16% da população total) é o dobro da brasileira (8% da população total). Capturado em 09/04/2016 <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento/noticias/comparacao-internacional-de-gastos-governamentais>



que podem não atingir os objetivos reais que deveriam ser buscados através das chamadas Políticas Públicas, podendo se constituir em mais uma forma de intervenção inconstitucional do Estado na ordem econômica.

As justificativas encontram-se nos resultados negativos que determinadas Políticas Públicas causaram, em especial às relações de trabalho. Fazendo um recorte dos últimos 10 anos e apanhando duas das principais, tanto no setor público como no setor privado, a situação atual demonstra que a intervenção errônea no mercado de trabalho através de ações sociais teve um forte impacto na geração do desemprego e na própria precarização das relações de trabalho no Brasil.

Ressalta-se ao mesmo tempo para a necessidade de construir mecanismos jurídicos de correção de referidas práticas. As decisões políticas sobre quais ações devem ser desenvolvidas ou implantadas deve contar com uma análise jurídica de qualificação, como também com a participação efetiva da sociedade, não podendo se tratar de ações isoladas baseadas em critérios meramente políticos.

## REFERÊNCIAS

Agência Brasil. Capturado em 10/04/2016 <http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2015-03/com-r-27-bilhoes-anuais-bolsa-familia-nao-sofrera-com-ajuste-diz-ministra> Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Capturado em 12/04/2016 <http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia/o-que-e-como-funciona>

DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31 jul/set. 2003.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil**. Colóquio internacional Direito e Justiça no Século XXI, Coimbra, Maio de 2003, página 15, <http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>, capturado em 05/02/2016.

FREITAS, José Cleber de (org). **Políticas públicas de Qualificação: desafios atuais**. São Paulo: Comunicação, 2007.

MATTOS, Fernando A. M. **Emprego público no Brasil: aspectos históricos, inserção no mercado de trabalho nacional e evolução recente**. Texto para Discussão 1582. Brasília (DF): IPEA, fev. 2011.

MILESKI, Helio Saul. **O Controle da Gestão Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Revista Exame 009/09/2014. Capturado em 03/04/2016. <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/matriculas-no-ensino-superior-aumentam-85-6-em-10-anos>

PRONI, Marcelo Weishaupt. **O paradoxo do pleno emprego no Brasil**. Revista ABET, São Paulo, v. 12, n. 01, página 98-118, dezembro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Fátima Valéria Ferreira. De Planfor a PNQ: permanecem os dilemas da política de qualificação profissional. **Serviço Social e Sociedade**. São Paulo: Cortez, jan./Mar. 2009.

SOUZA, Celina. **O Estado da Arte da Pesquisa em Políticas públicas**. Políticas Públicas no Brasil, Fiocruz: Rio de Janeiro, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

## CICATRIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

### CONSTITUTIONAL HEALING

#### GT3 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA, Professor Assistente Doutor na  
Universidade de Marília, E-mail: borgesdeoliveira@usp.br

#### RESUMO

Pode a Constituição se curar? O que persegue o presente artigo é a resposta sobre como lidar com as ofensas perpetradas em face da Constituição que se constroem sobre situações fáticas consolidadas. Muitas vezes a simples declaração de inconstitucionalidade, seja desde o início, na teoria da nulidade, seja para o futuro, na teoria da anulabilidade, ou seja, em conjugação de ambos, com a modulação temporal de efeitos, não apresentará respostas positivas à ofensa constitucional. Ao contrário, o reconhecimento de inconstitucionalidade, ainda que para o futuro, poderá gerar efeitos mais danosos econômica, política, social e juridicamente do que a manutenção do ato ofensivo. Algumas vezes, a teoria da constitucionalização superveniente poderá responder adequadamente, com a mudança do paradigma constitucional. Mas o que fazer quando a Constituição sequer é alterada? A metodologia para o desenvolvimento do trabalho é eminentemente bibliográfica e jurisprudencial.

#### Palavras-Chave

1. Constitucionalização superveniente. 2. Cicatrização constitucional. 3. Força normativa dos fatos.

#### ABSTRACT

Can the Constitution be healed? The aim of this article is the answer on how to deal with offenses committed in the face of the Constitution which are built on consolidated factual situations. Often the simple declaration of unconstitutionality, either from the beginning, the theory of nullity, or for the future, in annullability theory, or in conjunction both with the temporal modulation effects will not show positive responses to the constitutional offense. On the other hand, the recognition of unconstitutionality, although for the future, could lead to more harmful economic, political, social and legal effects than maintaining the offensive act. Sometimes the theory of constitutionalising supervening can respond appropriately, with the change of the constitutional paradigm. But what to do when the Constitution is even changed? The methodology for the development work is eminently literature and case law.

#### Keywords

1. Incidental constitutionalisation. 2. Constitutional healing. 3. Normative force of facts.

#### INTRODUÇÃO

A tormentosa questão da nulidade da lei constitucional tem gerado discussões profundas no direito constitucional, no Brasil e ao redor do mundo. Até alguns anos atrás, insistíamos na ideia mais concisa de que a lei inconstitucional nasce morta, sendo nula desde seu início. Ou como abordaria a máxima do *judicial review* norte-americano, *the unconstitutional statute is not law at all* (WILLOUGHBY, 1910, p.9-10).

Ideia que, frise-se, remonta, justamente, ao controle de constitucionalidade ianque, já que no modelo de jurisdição constitucional europeu, desde a concepção kelseniana, tem-se optado pela ideia de anulabilidade das leis, opondo-se ao regime segundo o qual a lei

inconstitucional não deveria ter produzido qualquer efeito, mesmo que tivesse atuado por muito tempo sobre a vida das pessoas.

Mas mesmo o sistema do *judicial review* viu o tempo como grande inimigo das declarações de simples nulidade, sobrepondo-se ao modelo uma ideia de política judiciária e de discussão, justa, acerca dos efeitos das declarações frias de inexistência de qualquer efeito, durante anos, da lei inconstitucional.

Mais do que isso, as Cortes responsáveis pelo controle de constitucionalidade, exclusivamente ou não, começaram a lidar com questões ainda mais problemáticas: casos em que, a despeito da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, a sua declaração, ainda que *ex nunc*, poderia gerar efeitos mais danosos do que a sua manutenção, no campo jurídico, econômico, político e social.

Nessa seara, com inegável contribuição do Tribunal Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) desenvolveram outras técnicas de controle que tinham por escopo buscar no Legislativo o apoio para a superação da situação até então inconstitucional. Dentre essas técnicas, destacaram-se a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*) e o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), que preferia a lógica mais adequada de leis ainda constitucionais (*noch verfassungsgemäss*), vista como uma “peculiar **sentença de rejeição de inconstitucionalidade**”, com conteúdo preventivo, “operando no ‘campo preliminar da patologia constitucional’” (MENDES, 2007, p.406).

Para além, existem situações em que a inconstitucionalidade, nem mesmo para o futuro, pode salvaguardar as relações consubstanciadas em seu regime, tidas, por assim dizer, como consumadas, mas com efeitos pujantes *ad eterno*. Um desses casos, entre nós, é o *leading case* do Município Luís Eduardo Magalhães (ADI 2.240/BA), em que o STF teve de lidar com questões que levam ao repensar sobre os efeitos da lei inconstitucional, mormente quando os fatos conduzem ao Direito, e não o contrário. E, especialmente, quando o Congresso promulgou a Emenda Constitucional 57, de 2008, convalidando os Municípios criados sem as diretrizes constitucionais.

Essas mesmas questões nos conduzem a uma aceitação tímida, num primeiro momento, da *teoria da constitucionalização superveniente*, algo até então rechaçado por nosso modelo de controle de constitucionalidade, embora essa teoria dependa da mudança posterior do próprio paradigma constitucional. Há situações, no entanto, que a Constituição sequer é alterada e, diante disso, ainda nos perguntamos se a situação admitiria o estancamento da sangria constitucional.

Nota-se que não se trata de dar sobrevida ao teor inconstitucional, esperando que o Legislador faça as correções necessárias, mas aceitar que o mal causado pela norma inconstitucional já cicatrizou e a situação, antes de ofensa, passa a ser aceita pela consolidação fática, desde que, evidentemente, não tenha tido a intenção clara de ofender a Constituição e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sejam social, política, econômica ou juridicamente piores do que a sua manutenção.

## **O PROBLEMA DO MODELO DE CONTROLE E A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA NULIDADE-ANULABILIDADE**

Como é cediço, o Brasil adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, mas que fora inaugurado pelo sistema difuso, em 1891, adotou-se o método praticado nos Estados Unidos de 1803. Posteriormente, em 1965, passamos a adotar também o modelo de jurisdição constitucional concentrada europeu.

Todavia, por influência clara do primeiro sistema adotado (*judicial review*), o Brasil acabou se enamorando pela doutrina da nulidade da lei inconstitucional, vista como algo que nunca deveria ter produzido qualquer efeito jurídico, ante sua clara inexistência de

razão de ser. Isto é, aquilo que nasce em desacordo com a Constituição, na realidade, não nasceu.

Mas até mesmo a criadora do modelo, a Suprema Corte, resolveu dobrar-se à lógica de que a pecha de nulidade nem sempre responde adequadamente aos problemas de inconstitucionalidade. Em *Linkletter v. Walker*, 1965, concluiu que “a Constituição não proíbe nem exige efeito retroativo”. A questão da retroatividade ou não do efeito do julgado passaria a ser questão de política judiciária, e não mais uma vinculação à declaração de nulidade.

Como afirma Gilmar Mendes, a doutrina constitucionalista norte-americana evoluiu de um primeiro momento de declaração de inconstitucionalidade com efeitos amplos, limitados e retroativos (*limited retrospectivity*) para um momento de admissão de superação prospectiva da inconstitucionalidade (*prospective overruling*), limitada (*limited prospectivity*) ou ilimitada (*pure prospectivity*), diferenciando ambas acerca da aplicação no caso concreto e futuro ou nem mesmo para aquele caso concreto (MENDES, 2012, p.575-576).

A questão, desde o princípio, é tratada de forma diferente pelo modelo austríaco kelseniano. Naquele caso, é reconhecida a função do Tribunal enquanto legislador negativo, constituindo-se a nulidade e não apenas declarando-a. Como já dissemos, para “o *Verfassungsgerichtshof*, a Corte Constitucional Austríaca, a lei inconstitucional é ato com força jurídica até que ocorra sua cassação” (BORGES DE OLIVEIRA, 2015, p.225). Assim, a anulação do ato contestado é pronunciada pelo Tribunal como consequência de sua decisão (KELSEN, 2007, p.177). Excepciona-se quanto ao efeito declarativo, o próprio caso concreto submetido a exame, em que poderá operar retroatividade.

Em território espanhol, mesmo diante da inexistência de regulação temática, a Corte Constitucional admite a decisão de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade. Assim, por exemplo, na STC 13/92/17, a Corte reconheceu que graves perturbações ou prejuízos aos interesses coletivos, como situações consolidadas e políticas econômicas ou financeiras, podem justificar uma decisão desse tipo (MENDES, 2012, p.578-579). Diferentemente, Portugal admite expressamente, no artigo 282 de sua Constituição, que razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo justifiquem a modulação da decisão para que não produza efeitos retroativos.

Na Alemanha, embora prepondere o entendimento acerca da nulidade da lei declarada inconstitucional, desenvolveram-se técnicas para driblar os efeitos retrospectivos de tal declaração, como a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade* (*Unvereinbarkeitserklärung*) e o *apelo ao legislador* (*Appellentscheidung*)<sup>2</sup>.

Como ressalta Mendes (2012, p.583), ainda no começo do século passado, sob a égide da Constituição de Weimar, Triepel sustentava no caso *Referat* que questões com alto índice político, quando submetidas à Corte, deveriam receber respostas fora da tradição processual, em face da incompatibilidade desta em atender aquelas questões. Ainda, Walter Jellinek já defendia que a declaração de nulidade deveria ser utilizada apenas quando bastasse para a solução do problema submetido à análise do *Reichsgericht*.

Mais emblemático entre os norte-americanos, em *Colegrove v. Green*, em 1946, o juiz Frankfurter entendeu que os distritos eleitorais, como estavam divididos, eram inconstitucionais, mas a decisão de nulidade seria um mal pior do que a manutenção da divisão, ante o fato de que o Estado de Illinois ficaria sem uma divisão válida, aguardando-se, enfim, uma solução do legislador (O'BRIEN, 1991, p.111).

---

<sup>2</sup> O termo fora criado pela juíza Emmi Agathe Karola Margarete Wiltraut Rupp-von Brünneck, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em artigo de 1970 intitulado *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?*

No Brasil, como é cediço entre os constitucionalistas, a possibilidade de modulação se desenvolveu a partir dos artigos 27 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/99, admitindo-se que razões de *segurança jurídica ou excepcional interesse público* poderiam justificar a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Nota-se que, ao redor do mundo, a dicotomia da anulabilidade-nulidade, decorrente do sistema de controle adotado, acabou perdendo seu sentido, mormente em países como o nosso que acabaram adotando um sistema misto de controle de constitucionalidade. No mais, mesmo países de controle difuso, que sempre defenderam a nulidade da lei inconstitucional, tiveram de lidar com a realidade da decisão útil, isto é, aquela em que não se recomenda a nulidade porque seus efeitos seriam perniciosos diante dos fatos consumados.

### **CONSTITUCIONALIZAÇÃO SUPERVENIENTE E CICATRIZAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Entre nós, ademais, o Supremo teve em exame uma questão bastante tormentosa em que a principal discussão acabou se tornando justamente o efeito a ser conferido à declaração de inconstitucionalidade. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240/BA.

Nesta ação buscou-se a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual da Bahia 7.619/00, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães<sup>3</sup>, posteriormente à Emenda Constitucional 15/96, que exige Lei Complementar Federal a determinar as diretrizes para a criação de novos municípios, como a necessidade de consulta prévia, mediante plebiscito, das populações envolvidas, divulgação de Estudos de Viabilidade Municipal e períodos, conforme artigo 18, §4º, CF, sem que a referida lei estadual tivesse obedecido qualquer dessas diretrizes.

Ora, o desrespeito às diretrizes da EC 15 na criação do referido município, em uma leitura tradicional, comportaria o entendimento de que não apenas a sua própria criação seria nula, como todos os atos municipais praticados desde então. Estariam rasgados, com a declaração, 16 anos de atos públicos locais.

O Supremo visualizou uma hipótese excepcional, em face de sua consolidação desde 2000, e a nulidade no atual estágio municipal acarretaria grave risco à segurança jurídica. Pior do que isso: a nulidade, com a justificativa de respeito à Constituição, implicaria em um mal ainda maior do que a manutenção do estado de coisas. Na ocasião, o STF preferiu sair pela tangente, concedendo-se prazo de 24 meses para a regularização jurídica do Município, nos termos da EC 15<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> O Município fora fundado em 30 de março de 2000 e, conforme o Censo de 2015, possui população de 79.162 habitantes.

<sup>4</sup> “1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada - embora ainda não jurídica - não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da

Houve uma clara opção pela situação consolidada de fato, optando-se pela apresentação posterior dos requisitos constitucionais como medida para atender às exigências da Constituição, referendando-se os fatos.

Ocorre que o legislador constituinte acabou escolhendo a saída da *constitucionalidade superveniente*. Para compreender, primeiramente, o conceito, devemos ter em mente que, em algumas situações, a lei é inconstitucional diante do parâmetro – texto constitucional – válido no momento de sua criação. Posteriormente, advém mudanças no texto constitucional – ou mesmo uma nova Constituição – e aquela lei que era inconstitucional não é mais incompatível com o texto atual, “constitucionalizando-se”.

Como já dissemos, em face da adoção da teoria da nulidade, pela qual a lei inconstitucional nasce morta, não haveria possibilidade de constitucionalização superveniente. E nosso Supremo Tribunal sempre inclinou nesse sentido<sup>5</sup>. Mas, diante das modulações apresentadas e com prisma na anulabilidade, permitir-se-ia que a mudança de parâmetro atingisse a lei que antes era inconstitucional<sup>6</sup>, desde que não tenha sido a mesma declarada com eficácia *erga omnes*.

Por sinal, foi esse o caminho adotado pelo legislador constituinte com a promulgação da Emenda Constitucional 57 que incluiu o artigo 96 no ADCT com a seguinte redação: “Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”, opondo-se frontalmente ao teor da EC 15 de 1996 que modificou o artigo 18, §4º, da Constituição Federal<sup>7</sup>.

Vê-se, pois, que no caso em questão, a solução é apresentada pela constitucionalização superveniente, mas não se negue a existência de diversos outros elementos a contornar o *hard case* que mereceriam análise dedicada não fosse a EC 57, tais como a segurança jurídica, a situação fática consolidada e a boa-fé objetiva. E chamamos essa atenção porque parece-nos que são elementos que devem ser considerados em outros casos quando não estiver presente a mudança do parâmetro constitucional.

---

normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção - apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia”. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240/BA. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento: 8 mai 2007.

<sup>5</sup> RE 390.840, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15.08.2006.

<sup>6</sup> “Portanto, alterado o parâmetro constitucional, deixa de existir uma ameaça à supremacia da Constituição vigente, afastando-se a possibilidade de exercício do controle abstrato de constitucionalidade” (NOVELINO, 2011, p.155).

<sup>7</sup> § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Melhor dizendo, será possível salvar a lei inconstitucional mesmo quando a Constituição não for alterada para adequar a norma ao parâmetro?

Em primeiro lugar, deve-se frisar que se trata de uma situação absolutamente excepcional. Não deve a teoria servir de escudo ao legislador para perpetrar ofensas deliberadas ao texto constitucional, aguardando que a inércia, no futuro, consolide a ofensa e torne os atos válidos. Não deve uma teoria que busca a salvaguarda da Constituição de fato se prestar a justificar violações constitucionais, servindo de guarida às inconstitucionalidades.

No julgamento da ADI 2.240, em questão, o STF consignou que a situação de inconstitucionalidade se instalou pela força normativa dos fatos, mormente em vista da inércia do Legislativo em criar a lei complementar que regularia a criação de novos Municípios, o que, por si só, já se apresentava enquanto inconstitucionalidade por omissão. Vê-se que se o Direito não puder acompanhar os fatos, estes continuarão caminhando mesmo contra o Direito.

Ademais, a situação fática se instalou com aparente respeito às populações envolvidas e à decisão política de criação e manutenção municipal ou, como diria Georg Jellinek (2000, p.319), a partir da *força normativa dos fatos* (*normative Kraft des Faktischen*), isto é, “aquilo que permite compreender a origem e a existência da ordem jurídica, pois na vida do Estado as relações reais precedem as normas em função delas produzidas” (VIEIRA; BRASIL, 2007, p.306-307).

Ao depois, deve-se salientar que, embora na seara pública, a análise da inconstitucionalidade merece os olhos da *boa-fé objetiva* ou, na visão de Karl Larenz (2001, p.91), da confiança, ressaltando-se que o ordenamento jurídico é um princípio ético, em que as pessoas devem mostrar-se fiéis aos seus propósitos e retilíneas na confiança que lhes fora outrora depositada<sup>8</sup>. Da mesma forma deve se portar o Estado. Se a situação se consolidou sob os olhos do próprio ente público, não caberia, posteriormente, alegar a impossibilidade de correção constitucional.

Assim, parece-nos que a cicatrização constitucional pode se ofertar como resposta para as situações excepcionais que, ancoradas na confiança estatal, no princípio ético e na consolidação dos fatos, recomende a cura natural da Constituição, pois a formalidade à risca apresentará impactos desditosos ainda maiores.

## CONCLUSÃO

Abrimos nosso texto com a pergunta acerca da cura da Constituição violada por atos de ofensa ao seu texto. Antes de mais nada, pretendemos saber se o tempo pode fechar as feridas da Constituição sem que esta seja ao menos modificada.

É que nas situações em que o parâmetro é alterado, como vimos, a teoria da constitucionalização superveniente pode oferecer boas respostas ao fenômeno, aceitando-se que, pela anulabilidade, a lei ainda não declarada inconstitucional mantenha-se intacta e já sob o novo parâmetro não possa mais receber a pecha de inconstitucionalidade.

A compreensão acerca da resposta ao questionamento perpassa pela desvinculação do nosso modelo misto da teoria da nulidade, amplamente aceita, mas já excepcionada entre nós. Como vimos, mesmo o modelo do *judicial review* tem se inclinado para a

---

<sup>8</sup> “A Defesa da fidelidade e a manutenção da confiança formam o fundamento do tráfego jurídico e especialmente das relações jurídicas especiais. Em razão disso, o princípio (da boa-fé) não é limitado às relações jurídicas obrigacionais, mas se aplica segundo entendimento hoje pacífico, como um princípio geral do direito, aplicável sempre onde exista ou esteja preparada na relação jurídica especial. Diante desses requisitos, assim, também no Direito das Coisas, no Processo Civil e no Direito Público” (LARENZ, 1987, p.127).

possibilidade de que a inconstitucionalidade não seja solucionada simplesmente pela nulidade.

Ademais, a análise acerca da lei inconstitucional invariavelmente nos carrega para o caminho do contexto fático e político da situação. Não que os fatos possam sempre justificar a conduta inconstitucional. E, na realidade, a cicatrização proposta é extremamente excepcional. Mas é preciso admitir que certas questões, como a confiança, a situação fática consolidada e a força normativa dos fatos possam fazer repensar a mera declaração de inconstitucionalidade.

É de bom grado sempre ressaltar a ideia de Jorge Miranda (2011, p.212), para quem “a ideia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os fatos, a legitimidade a legalidade”.

Mesmo diante de questões não respondidas pela mudança de parâmetro constitucional – *constitucionalização superveniente* – não deve o intérprete se render à sedução simplista da nulidade. Por vezes, o próprio povo, que tanta base oferece ao poder constituinte originário, não pretende se dobrar à nulidade, aceitando o caminho que menos mal lhe traga.

## REFERÊNCIAS

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. *Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na evolução da democracia*. Curitiba: Juruá, 2015.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. 2.ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 2000.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Lehrbuch des Schuldrechts*. München: Verlag C. H. Beck, 1987. Band I: Allgemeiner Teil.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and Politics*. New York: W. W. Norton, 1991. v. 2: Civil Rights and Civil Liberties.

VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. A força normativa dos fatos como ferramenta do ativismo judicial utilizada para alargamento da competência do Supremo Tribunal Federal após a EC 45/04. *Verba Juris*, a.6, n.6, jan./dez. 2007, p.301-321.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The constitutional law of the United States*. New York: Baker, Voorhis, 1910. v. 1.

\*\*\*

## GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA: REPERCUSSÕES DOS TRIBUTOS NA CRISE ECONÔMICA

### GLOBALIZATION, LAW AND ECONOMICS: REPERCUSSIONS OF TAXES IN THE ECONOMIC CRISIS

#### GT2 - GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

UNIMAR



[mfat@sercomtel.com.br](mailto:mfat@sercomtel.com.br)

Projeto de Pesquisa: GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

### **RESUMO:**

O presente projeto de pesquisa analisa a interface entre direito e economia, detectando e analisando, de forma crítica, os pontos de contato, com foco na reformulação de pilares econômicos, na funcionalização e novas limitações estabelecidas pela Ordem Econômica constitucional. A análise passa pela discussão do papel do Estado contemporâneo no desenvolvimento econômico, e, sua posição intervencionista, com vistas ao equilíbrio das atividades econômicas e seus reflexos. Nesse sentido, pode ser questionado até que ponto o sistema tributário brasileiro permite a alteração da política fiscal para intervenção no setor econômico? As mudanças na legislação tributária são constantes, e uma revisão dos mecanismos e novas possibilidades são imprescindíveis. A crise atual já vinha sendo sinalizada desde o final dos incentivos fiscais concedidos em 2008/09. O que mudou na política econômica e tributária no Brasil de 2008 para cá? Quais as ações do governo que foram efetuadas para conter a inflação e diminuir os gastos públicos? Quais os efeitos fiscais produzidos pela crise econômica de 2008 e as principais ações do governo federal como medidas anticíclicas?

Palavras-chave: Crise econômica. Gastos públicos. Incentivos fiscais.

### **ABSTRACT:**

This research project examines the interface between law and economics, detecting and analyzing, critically, the contact points, with a focus on reformulating economic pillars, the functionalization and new constraints established by the Economic Order constitutional. The analysis involves the discussion of the contemporary state's role in economic development, and its interventionist position, in order to balance the economic activities and their effects. In this sense, it can be questioned to what extent the Brazilian tax system allows the change of fiscal policy for intervention in the economic sector? Changes in tax laws are constant, and a review of mechanisms and new possibilities are essential. The current crisis had already been signed since the end of tax incentives in 2008/09. What has changed in the economic and fiscal policy in the 2008 Brazil here? What government actions that have been made to curb inflation and reduce public spending? What are the tax effects resulting from the economic crisis of 2008 and the main actions of the federal government as countercyclical measures?

Keywords: Economic crisis. public spending. tax breaks.

### **INTRODUÇÃO**

O presente projeto de pesquisa analisa a interface entre direito e economia, detectando e analisando, de forma crítica, os pontos de contato, com foco na reformulação de pilares econômicos, na funcionalização e novas limitações na Ordem Econômica da Constituição Federal.

O tema indicado para discussão no 1º semestre de 2016 foi sobre os desafios do Estado na construção do desenvolvimento tendo como centro da discussão as receitas tributárias.

Diante a crise econômica atual que assumiu dimensões globais, os sistemas contemporâneos exigem medidas tributárias interventivas mais ostensivas. Tais medidas, embora em um primeiro momento, representam uma saída para diminuir a crise, abre possibilidade de restabelecer o equilíbrio orçamentário em períodos posteriores, quando da recuperação econômica. Daí questionar: Até que ponto a crise

financeira internacional interfere no Sistema Tributário brasileiro? A concessão de incentivos fiscais vem prejudicando os repasses dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios?

### **DESENVOLVIMENTO:**

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 do mercado atual, para contribuir para o desenvolvimento social e econômico.

A análise passa pela discussão do papel do Estado contemporâneo no desenvolvimento econômico, e, sua posição intervencionista, com vistas ao equilíbrio das atividades econômicas e seus reflexos. Vale destacar as lições de Aliomar Baleeiro (1984, p. 171) quando afirma que 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. E adianta que *se houver hipertrofia de qualquer desses aspectos em detrimento dos outros, várias perturbações podem suceder com penosas conseqüências para a coletividade.*

O tema indicado para discussão no 1º semestre de 2016 foi sobre os desafios do Estado na construção do desenvolvimento tendo como centro da discussão as receitas tributárias.

Diante a crise econômica atual que assumiu dimensões globais, os sistemas contemporâneos exigem medidas tributárias interventivas mais ostensivas. Tais medidas, embora em um primeiro momento, representam uma saída para diminuir a crise, abre possibilidade de restabelecer o equilíbrio orçamentário em períodos posteriores, quando da recuperação econômica. Daí questionar: Até que ponto a crise financeira internacional interfere no Sistema Tributário brasileiro?

E no segundo semestre a discussão temática envolve questões relacionadas à concessão de incentivos fiscais pela União (IPI e IR) que vem prejudicando os repasses dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios. São constitucionais estes incentivos? A economia brasileira mostra desequilíbrios com a alta de preços que não corresponde a um aumento nos salários, demissões, redução de benefícios entre outras situações. Essa tendência afeta também a Grécia, a Itália, a Espanha, Portugal entre outros países, com a alta da inflação e a queda no crescimento do Produto Interno Bruto – PIB. No Brasil o governo federal está implementando um ajuste fiscal, o que significa o aumento de alguns tributos. Os contribuintes já começaram a sentir o efeito da crise que é visível com o aumento da carga tributária.

Assim, o sistema tributário deve ter como objetivos o desenvolvimento econômico e social, sem que comprometa a criação de empregos, a redução da dependência de capitais externos, a eliminação da pobreza, as justiça fiscal e social, a diminuição das desigualdades regionais, citando estes, apenas como referências. Nesse sentido, pode ser questionado até que ponto o sistema tributário brasileiro permite a alteração da política fiscal para intervenção no setor econômico? As mudanças na legislação tributária são constantes, e uma revisão dos mecanismos e novas possibilidades são imprescindíveis.

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.

### **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

A crise atual já vinha sendo sinalizada desde o final dos incentivos fiscais concedidos em 2008/09. Após esse período o governo brasileiro deveria ter tomado outras

medidas, alterando o rumo da economia, evitando com isso o panorama caótico atual. A política econômica demonstrava, desde então, a necessidade de um planejamento público com previsão de investimentos e organização orçamentária, com controle da inflação e dos gastos públicos para evitar que a situação tributária, fiscal e monetária ficasse tão crítica. O que mudou na política econômica e tributária no Brasil de 2008 para cá? Quais as ações do governo que foram efetuadas para conter a inflação e diminuir os gastos públicos? Quais os efeitos fiscais produzidos pela crise econômica de 2008 e as principais ações do governo federal como medidas anticíclicas?

### **CONCLUSÃO**

Para compensar esses desequilíbrios apontados, desde o final de 2014 e no primeiro semestre de 2015, diversas medidas de ajustes fiscais foram editadas pelo governo federal por meio de medidas provisórias e decretos, como forma de controle da inflação, dos juros, do crédito, dos investimentos, das despesas e dos encargos sociais como o seguro desemprego, auxílio doença, pensões e o sistema de aposentadoria. Referidas medidas vêm sendo tomadas em caráter de urgência para evitar maior gravidade da situação econômica. Tais medidas de urgência estão em sintonia com o princípio da segurança jurídica como proteção constitucional do contribuinte?

De certa forma, para o desenvolvimento econômico nacional, neste contexto de globalização, deve salientar 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

### **REFERÊNCIAS:**

- ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. *Política Fiscal e a Crise Econômica Internacional in Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional – 2010*, pág. 6 a 41.
- BALEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- FALCÃO, Maurin Almeida. *A Trílice Convergência dos Sistemas Tributários in Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, vol. 1, nº 2, 2006, p. 29 a 57.
- MACHADO, Hugo de Brito. *A Função do Tributo nas Ordens Econômica, Social e Política*, in *Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*, Fortaleza, 28 (2), julh-dez, 1987.
- NABAIS, José Casalta. *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Almedina, Coimbra, 2011.

\*\*\*

### **A REFORMA POLÍTICA BRASILEIRA À LUZ DOS INSTITUTOS PLEBISCITO E REFERENDO: MAIS UMA PROPOSTA A DEMOCRACIA**

### **BRAZILIAN REFORM POLICY IN THE LIGHT OF THE INSTITUTES AND REFERENDUM REFERENDUM: A PROPOSAL MORE DEMOCRACY**

GT3 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

GLEISSA MENDONÇA FARIA CARDOSO  
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
[gleissafariaadv@bol.com.br](mailto:gleissafariaadv@bol.com.br)

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
*[mariadefatimaribeiro@uol.com.br](mailto:mariadefatimaribeiro@uol.com.br)*

**RESUMO:** O Brasil é regido por um modelo de democracia participativa, especificamente a participação direta, modelo este, denominado democracia semidireta, porque ao lado da representatividade admite-se, de forma esporádica, a interferência direta do povo em certas deliberações do governo. A presente pesquisa objetiva analisar, qual instituto da democracia semidireta, plebiscito ou referendo é o mais adequado a ser utilizado numa reforma política no Brasil. Especificamente buscou analisar o contexto histórico político e social para o exercício da democracia no Brasil, conceituar plebiscito e referendo e sua aplicabilidade nas Constituições brasileiras. O método de estudo figura-se dedutivo, o qual parte de uma ideia geral para uma ideia particular, Tem-se, como conclusão para o presente estudo, que o plebiscito é o instituto que melhor oportuniza a democracia participativa no Brasil, visto que vivemos num Estado democrático, e sendo o povo detentor do poder soberano, deve ser ele que deverá definir os rumos políticos do país, evidentemente, o Plebiscito é o mais adequado instrumento de participação popular em caso de uma possível reforma política no Brasil.

**Palavras chave:** Democracia. Plebiscito. Referendo.

**ABSTRACT:** Brazil is governed by a model of participatory democracy, specifically the direct participation, this model, called semi-direct democracy, because next representativity is admitted to, sporadically, the direct interference of the people in certain decisions of the government. This research aims to analyze, which institute of semi-direct democracy, plebiscite or referendum is the most suitable to be used in political reform in Brazil. Specifically aimed at analyzing the political and social historical context for the exercise of democracy in Brazil, conceptualize plebiscite and referendum and its applicability in Brazilian Constitutions. The method of study figure is deductive, which part of a general idea for a particular idea, It has been, as a conclusion to this study, the plebiscite is the institute that best provides opportunities participatory democracy in Brazil, since we live a democratic state, and being the holder of sovereign power people should be he who should define the political direction of the country, of course, the Plebiscite is the most appropriate instrument of popular participation in the event of a possible political reform in Brazil.

**Keywords:** Democracy. Plebiscite. Referendum.

## **INTRODUÇÃO**

No Brasil as práticas de governo são regidas por um modelo de democracia participativa, especificamente a participação direta, modelo estedenominado democracia semidireta, porque ao lado da representatividade admite-se, de forma eventual, a interferência direta do povo em certas deliberações do governo.

Tais deliberações ocorrem, conforme previsão da Constituição Federal de 1988, por meio dos institutos de participação popular do plebiscito, referendo e da iniciativa popular. O texto constitucional prevê no artigo 1º, parágrafo único, e no artigo 14, que a soberania popular faz-se por meio do sufrágio universal e os institutos supracitados de acordo com previsão legal.

A presente pesquisa objetiva analisar qual instituto da democracia semidireta, plebiscito ou referendo é o mais adequado a ser utilizado numa reforma política no Brasil. Especificamente buscou analisar o contexto histórico político e social para o exercício da democracia no Brasil, conceituar plebiscito e referendo e sua aplicabilidade nas Constituições brasileiras.

O método de estudo figura-se dedutivo, o qual parte de uma ideia geral para uma ideia particular. Tem-se como hipótese que é o plebiscito o mais adequado instrumento de participação popular em caso de uma possível reforma política no Brasil.

Para tanto, trata-se de pesquisa teórica, qualitativa que teve como fonte primária a Constituição Federal Brasileira de 1988 e como fontes secundárias livros, artigos de periódicos e estudos já realizados anteriormente por outros pesquisadores.

## **DESENVOLVIMENTO**

Democracia é o regime político adotado pelo Estado Brasileiro em sua atual Carta Magna de 1988, conhecida como governo de muitos, conduz a vontade do povo, perpetua a máxima de que o poder está nas mãos do povo e evidencia a importância da participação popular nas decisões do governo e se tornou um símbolo de igualdade e soberania.

Democracia é um termo de origem grega, deriva de *Demos = Povo e Kraiten = governo*, daí, surgiu à expressão governo do povo, a essência desse fenômeno político era a participação dos governados no governo. É o governo para o povo, o que significa que o governo atua no interesse da população. (SANTANA, 1995, grifo do autor).

Podem-se destacar três modalidades de democracia notadamente denominadas por democracia direta (não representativa), democracia indireta (representativa) e democracia semidireta (mista) que mescla a democracia direta e a indireta.

Sobre a origem histórica da Democracia, verifica-se que as primeiras manifestações concretas de governo democrático ocorreram nas antigas repúblicas gregas e romanas. A democracia inicialmente foi almejada e praticada na forma direta, ou seja, o povo governava por si, em assembleias gerais em praças públicas. (MALUF, 2003).

A democracia direta é aquela na qual os participantes de uma sociedade votam diretamente as leis que o governam, ou seja, em sociedades pequenas eles exprimiriam a vontade geral da comunidade, se autogovernariam independentemente de representação. Em face disso, o aspecto demográfico possibilitava o exercício das práticas da democracia, já que a população participante era reduzida. (SANTANA, 1995).

A democracia direta foi se tornando inviável, devido à grande expansão dos territórios e o excesso de população dos Estados modernos, surgindo o modelo da representatividade política. A democracia indireta ou representativa baseia-se no princípio da delegabilidade da soberania popular em sua máxima expressão, pois os eleitores escolherão os candidatos previamente selecionados pelos partidos políticos para exercerem, por delegação, o integral cumprimento das promessas feitas.

Entre as modalidades de democracia existentes, a semidireta, considerada um sistema misto, uma democracia representativa com particularidades e características da democracia direta, predomina no Brasil. A Constituição Brasileira procura conciliar a representatividade e a participação direta denominada semidireta, porque ao lado da representatividade admite-se, de forma esporádica, a interferência direta do povo em certas deliberações do governo, conforme consta no artigo 1º parágrafo único “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição”, prevendo como instituições de participação direta o plebiscito e o referendo.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 14 “caput”, incisos I e II, prevê expressamente que uma das formas de exercício da soberania popular é a realização direta de consultas populares, mediante plebiscitos e referendos, disciplina ainda, em seu artigo 49, inciso XV, que caberá privativamente ao Congresso Nacional autorizar referendos e convocar plebiscitos,

O processo para realização de plebiscito e referendo está disciplinado na Lei nº. 9.709/98. São convocados mediante decreto legislativo, e a proposta deverá possuir, no

mínimo, um terço dos membros de qualquer uma das Casas do Congresso Nacional (art. 3º). A consulta popular será realizada pela Justiça Eleitoral, sendo aprovada ou rejeitada por maioria simples. Convocado o plebiscito, susta-se a tramitação do projeto legislativo ou da medida administrativa cuja matéria constitua objeto da consulta popular.

Vale ressaltar que, a única forma de alterar a vontade do povo seria submetê-los a nova consulta popular, a ser convocada ou autorizada por decreto legislativo do Congresso Nacional, com fulcro no artigo 49, inciso XV da Constituição Federal de 1988.

O plebiscito é um instituto utilizado modernamente, às vezes para obter previamente a opinião do povo sobre futura iniciativa legislativa em cogitação, outras vezes para que se conheça a opinião do povo sobre ponto fundamental ao qual se pretenda alterar na política de governo.

Sobre os efeitos e a eficácia produzida pelos institutos plebiscito e referendo, Adrian Sgarbi, (1999), explana que o referendo tem eficácia vinculativa no que concerne à decisão tomada, e que o plebiscito não desfruta de igual repercussão.

No que concerne à aplicabilidade do plebiscito no constitucionalismo brasileiro, verifica-se que, nos regimes de democracia semidireta ou mista ele configura um instrumento de decisão popular sobre determinada matéria, no entanto, se constata ao longo da trajetória constitucional brasileira que esse mecanismo importante para o exercício da soberania popular, foi pouco utilizado.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 adota o plebiscito como importante mecanismo de exercício da soberania popular (artigo 14 inciso I), além de ser um instrumento sobre matérias legislativa, constitucional ou administrativa é também relacionado a assuntos sobre a subdivisão ou desmembramento para anexar a outros, ou formar novos Estados ou Territórios Federais e manifestar-se sobre criação, incorporação, fusão e o desmembramento de Municípios, conforme preceitua o artigo 18, § 3º e 4º da Carta Magna de 1988.

No Brasil a primeira manifestação do plebiscito na história republicana brasileira, foi em 21 de abril de 1993. Esta consistia na escolha da forma e sistema de governo, ou seja, entre a Monarquia ou República e parlamentarismo ou presidencialismo. Essa consulta afirmou a forma e o sistema de governo na atualidade, mais precisamente República e Presidencialismo, e teve sua regulamentação no artigo 2º do ACDT.

Anos mais tarde realizou-se plebiscito no Estado do Pará, nos termos dos decretos legislativos nº 136/2011 e nº 137/2011, no dia 11 de dezembro de 2011 para versar sobre a possibilidade de desmembramento do Estado do Pará e da criação dos Estados de Carajás e Tapajós. Restou definido, que os eleitores paraenses foram desfavoráveis a tal proposta.

Na defesa do plebiscito, como o mais legítimo e o mais adequado numa possível consulta popular para decisões de suma importância para o País, nos casos de Reforma Política, Almino (1997, p. 30), impõe que a consulta plebiscitária seria: mais legítima, porque indagara ao próprio povo, fonte originária do poder; mais transparente, sem riscos das adesões negociadas; mais digna, porque não exporia o Presidente da República à incômoda posição de reivindicante. Em sua concepção, sempre que os interesses do povo prevaleçam e haja vontade política, recorrer-se-á ao plebiscito.

A trajetória do referendo marcou relevantes decisões nos contextos de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. Primeiramente destaca-se por ter sido o primeiro instituto a ser utilizado em uma decisão de grande relevância para a nação, que nortearia o trajeto político da história brasileira.

Alexandre de Moraes (2011) afirma que o referendo consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratificá-lo, ou no sentido de conceder-lhe eficácia ou ainda, para retirar-lhe a eficácia.

O primeiro referendo realizado no Brasil, o qual ocorreu no dia 06 de janeiro de 1963, com intuito de analisar a continuidade do parlamentarismo no país, que neste ato foi rejeitada pelo povo. Que optaram pela volta do presidencialismo.

No dia 23 de outubro de 2005, o povo foi convocado novamente a exercer sua soberania popular, através do referendo, essa consulta consistia na modificação do art. 35 da Lei nº 10.826/2003, sobre a proibição de comercialização de arma de fogo e munição em todo o território brasileiro, exceto nos casos do art. 6º do Estatuto. Os brasileiros decidiram pela rejeição da alteração, ou seja, o comércio de armas de fogo e munição continua permitido no Brasil, nos termos da Lei nº 10.826/2003 e por força do referendo.

Evidentemente se constata que, o Brasil não é um país com tradição na utilização de mecanismos de participação popular, foram poucos os exemplos de prática desses institutos, ao que pressupõe que os políticos profissionais, preferem manter o povo dependente de representantes, receiam perder atribuições legislativas com a utilização constante desses mecanismos e buscam restringir sua prática.

Denota-se que a educação política através da participação em processos decisórios de interesse público, como em referendos, plebiscitos e iniciativas populares, é importante em si, independentemente do resultado do processo. As campanhas que precedem às consultas populares têm uma função informativa e educativa, de valor inegável, tanto para os participantes do lado “do povo”, quanto para os próprios dirigentes e lideranças políticas. (BENEVIDES, 1998).

Percebe-se que, os cidadãos descepcionados com a política e também por não se sentirem representados, reivindicam há décadas uma ampla e efetiva Reforma Política no Brasil, capaz de proibir a corrupção eleitoral e garantir a ampliação da participação popular no governo. Mesmo com a realização da Minirreforma eleitoral em 2015 (Lei nº 13.165), não foi suficiente para contentar os cidadãos. A minirreforma teve muitas críticas, pois ela não abordou amplamente todos os aspectos necessários, conforme aduz a seguir: “A minirreforma política (...) foi criticada por deputados estaduais, que consideram o projeto um ‘arremedo’ e insulta a vontade popular”. (PORTAL NO AR, 2015).

Evidencia-se, diante de todo exposto que, uma efetiva e ampla reforma política brasileira não constitui somente uma necessidade de evolução, mas de modificação substancial nos mecanismos de acesso e desempenho de mandatos. A realidade atual, ultrapassada tanto ética quanto instrumentalmente, determina uma significativa recomposição para viabilizar o resgate da Política como atividade honrada e importante que hoje se encontra desacreditada.

Diante de discussões acerca da reforma política no Brasil a Ex-presidente Dilma Rousseff sugeriu que uma consulta popular, na forma de plebiscito, para que o povo pronuncie sobre as linhas mestras que devem balizar a reforma política que o país tanto necessita. (BRASIL, Palácio do Planalto, 2013).

O presidente do Partido Progressista, senador Ciro Nogueira, apresentou um documento defendendo que a reforma política seja feita por meio de um referendo. O documento diz que "o plebiscito, por natureza, deve estar restrito a poucos temas, sendo difícil adequar à amplitude de itens que devem necessariamente ser abordados em uma proposta de reforma política". (RIBEIRO, 2013).

O ministro Ayres Brito ressalta que no caso do plebiscito exige perguntas feitas com muita clareza. É preciso que a pergunta seja compreendida instantaneamente pela população. Por isso, não é conveniente convocar plebiscitos sobre temas que demandem uma conceituação muito elaborada. (HAIDAR, 2013).

Na defesa do Plebiscito como o instituto mais adequado numa ampla reforma política no Brasil, a Ex-presidente do Brasil argumenta veemente que: a reforma política é algo muito importante para o país e que, ao se tratar desta, é fundamental ter como alicerce a

consulta popular. Neste ponto o plebiscito seria a mais adequada das alternativas previstas legalmente, pois ao contrário, no referendo, o povo manifestaria simples concordância ou não a um modelo já previamente definido, impossibilitando o povo de uma ampla discussão e compreensão da melhor forma de elaborar o sistema eleitoral. (BRASIL, Palácio do Planalto, 2013).

Neste mesmo sentido de defesa ao plebiscito, e descartando a proposta de referendo aludida por alguns parlamentares, deparamos com o posicionamento do ministro da Educação, Aloizio Mercadante, pois afirma que a possibilidade da realização de um referendo para o povo definir sobre a reforma política, não seria o mais viável, visto que o Congresso Nacional definiria previamente as mudanças na lei e restaria à população decidir se aprova ou rejeita o deliberado pelos parlamentares. No referendo, a população apenas vai dizer sim ou não à proposta feita pelo parlamento. A população não tem uma interferência direta na construção da reforma política. Já no plebiscito proposto pela presidenta, a população optaria sobre qual modelo tomar em cada ponto central da referida reforma, após, incumbiria ao Congresso verificar a decisão nas urnas em uma nova legislação. (CASTRO, 2013).

Portanto, o povo deve exercer sua cidadania, com liberdade para exercer seus direitos, participando do exercício do poder por meio de um processo eleitoral. Os mecanismos de participação direta devem ser utilizados para assegurar a prática da soberania popular. Em especial, o plebiscito configura-se o mais adequado a uma reforma política no Brasil, visto que estamos num Estado democrático, e sendo o povo detentor do poder soberano, torna-se primordial ouvir previamente os cidadãos brasileiros para definir os rumos políticos do país. Para isso, não limitar-se a anuir com a pauta preestabelecida e manipulada pelos governantes, no caso do referendo, e somente discordar ou não dos itens, em temas impregnados e alterados por interesses que nem sempre visa o interesse do povo.

## **CONCLUSÃO**

É absolutamente prioritário, no que tange o contexto histórico político e social brasileiro, esclarecer que o regime político adotado pelo Estado é a democracia, conhecida como governo de muitos, que conduz a vontade do povo.

Torna-se fundamental, salientar que, a Carta Magna de 1988, em seu artigo art. 1º, parágrafo único, mesmo timidamente previu a participação direta dos cidadãos nas decisões nacionais, afirmando que todo o poder do Estado emana do povo, que o exerceria por intermédio de seus representantes eleitos ou diretamente, e estabeleceu os direitos políticos, especialmente no tocante à soberania popular, além de garantir a existência do sufrágio universal e os instrumentos de participação popular nomeados como plebiscito, referendo e iniciativa popular, expressos no art.14º da Constituição Federal de 1988.

É importante elencar que, a democracia semidireta, é a que predomina no Brasil, considerada um sistema misto. Uma democracia representativa com particularidades e características da democracia direta, que permite a participação direta do povo, através de seus institutos plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Evidentemente se constata que o Brasil não é um país com tradição na utilização de mecanismos de participação popular, foram poucos os exemplos de prática desses institutos, ao que pressupõe, é que os políticos profissionais, que preferem manter o povo dependente de representantes, receiam perder atribuições legislativas com a utilização constante desses mecanismos e busca restringir sua prática.

Uma efetiva e ampla reforma política é desejada por muitos cidadãos, mas só existe na vontade do povo a dezenas de anos, o que deixa transparecer uma grande inercia por



parte do governo. Dessa forma, propicia uma distância e incentiva um significativo desinteresse do povo na vida política do país.

A Ex- presidente Dilma Rousseff, sugeriu a realização de uma reforma política, que fosse feita através de plebiscito, para incluir a participação popular no processo. E o plebiscito seria o mais adequado das alternativas previstas legalmente, pois ao contrário, no referendo o povo manifestaria em uma simples concordância ou não de um modelo já previamente definido, impossibilitando o povo de uma ampla discussão e compreensão da melhor forma de elaborar o sistema eleitoral, por outro lado, a oposição política, argumenta que, não é conveniente convocar plebiscitos sobre temas que demandem uma conceituação muito elaborada. E defendem que seria muito mais correto e prático, no caso da reforma política, seria a utilização do referendo popular.

Diante de todo exposto, resta evidenciado que o instituto de participação direta mais adequado, numa ampla e efetiva reforma política no Brasil, é o Plebiscito, visto que estamos num Estado democrático, e sendo o povo detentor do poder soberano, devem-se ouvir previamente os cidadãos brasileiros, para definir os rumos políticos do país, e não limitar-se a anuir com a pauta já pré-estabelecida e manipulada pelos governantes, no caso do Referendo, e somente discordar ou não dos itens, em temas impregnados e alterados por interesses que nem sempre visa o interesse do povo.

## REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. **A cidadania Ativa: Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular**. 3º ed. São Paulo: Editora Ática, 1998.

BRASIL, Palácio do Planalto, **Mensagem enviada aos presidentes da câmara dos deputados Henrique Eduardo Alves e do Senado Renan Calheiros**. Brasília. 2013. Disponível em <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/notas-oficiais/notas-oficiais/mensagem-enviada-aos-presidentes-da-camara-dos-deputados-henrique-eduardo-alves-e-do-senado-renan-calheiros-em-02-de-julho-de-2013>. Acesso em: 30 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Discurso da Presidenta da República, Dilma Rousseff, durante reunião com governadores e prefeitos de capitais**. Brasília. 2013. Disponível em <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/discursos/discursos-da-presidenta/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-reuniao-com-governadores-e-prefeitos-de-capitais>. Acesso em: 01 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, **Plebiscitos e Referendos**. Brasília. 2014. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos>>. Acesso em: 25 set. 2016.

CASTRO, Gabriel. **Logística pode impedir plebiscito no curto prazo no Brasil**, Veja, 26/06/2013. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/logistica-pode-impedir-plebiscito-no-curto-prazo>>. Acesso em:30 set. 2016.

Haidar, Rodrigo. **Prática plebiscito reforma política inviável**. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-03/pratica-plebiscito-reforma-politica-inviavel>>. Acesso em:30 set. 2016.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, Atual. 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação Constitucional**, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTANA, Jair Eduardo. **Democracia e cidadania: o referendo como instrumento de participação política**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SGARBI, Adrian. **O referendo**: Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 402.p.

PORTAL NO AR: Disponível em: <<http://portalnoar.com/deputados-criticam-minirreforma-eleitoral-e-atacam-janela-partidaria/>>. Acesso em:01 out. 2016.

\*\*\*

## PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

### PRINCIPLE OF PERSON HUMAN DIGNITY AND THEIR APPLICATION IN THE CONSUMER AFFAIRS

GT5 - RELAÇÕES DE CONSUMO E SUSTENTABILIDADE

SÍLVIA FERREIRA PATERLINI NERILO  
Mestranda do Programa de Mestrado em Direito  
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR  
[silvianerilo@hotmail.com.br](mailto:silvianerilo@hotmail.com.br)

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER  
Docente do Programa de Mestrado em Direito  
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR  
[walkiriamf@terra.com.br](mailto:walkiriamf@terra.com.br)

**RESUMO:** O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto na Constituição Federal de 1988, tem por fim tutelar a dignidade da pessoa em todas as relações jurídicas e sociais, visando assegurar uma vida digna assim também nas relações de consumo, sendo o consumidor parte vulnerável e mais sujeito a sofrer com o possível desequilíbrio nas relações contratuais, diante de parte mais forte, em regra o fornecedor, sendo assim primordial para o bom e adequado equilíbrio em relação ao interesse das partes.

**Palavras- Chave:** Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Aplicação. Relações de Consumo.

**ABSTRACT:** The Principle of Dignity of the human person provided for in our legal system is one of the most important constitutional principles in the Federal Constitution of 1988, whose goal is the dignity of the human person to a decent life and consumer relations present in every way in our daily life this constitutional principle is a rule essential for the good and perfect balance between the parties.

**Keywords:** Principle of Human Dignity. Application. Consumer Relations.

### INTRODUÇÃO

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é inerente e específico de cada pessoa, favorecidos pelo valor moral e espiritual inseparável da pessoa. A Dignidade deve estar presente em todas as relações, pois é através dela que se valoriza o indivíduo, como um ser humano digno de sua personalidade e de uma vida digna.” As pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio (objetos), foi assim que se formulou tal princípio. No reino dos fins, tudo tem seu preço ou uma dignidade”. (Kant,2007, p.77). Durante muito tempo o Direito Público e o Direito Privado caminhavam de formas distintas nas relações sociais jurídicos dentro da sociedade, sendo que em dado momento verificou-se que o Estado intervisse nessas relações para dar o equilíbrio necessário para uma sociedade justa e igualitária. O direito despatrimonializado, no enfoque em relação os contratos, demonstra essa nova tendência de recepcionar, onde que se apresente necessário, o amparo dos princípios

constitucionais elencados na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor.

### **DESENVOLVIMENTO**

A defesa do consumidor vem apresentada de modo expreso na Constituição Federal, nos artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V (defesa do consumidor e princípio da ordem econômica), e também nos dispositivos aplicados nas relações de consumo como a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º inciso III da Constituição Federal. Essa junção das normas de defesa do consumidor no texto constitucional dá a ideia principal da reinterpretação sob a visão constitucional. O ordenamento se aproxima dos valores constitucionais a partir do instante que é iluminado pelas normas constitucionais (SARMENTO, 2010).

Mediante os princípios da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana e da realização plena de sua personalidade parecem ser os pressupostos justificadores da incidência dos mecanismos de defesa do consumidor às relações interprivadas (TEPEDINO, 2004, p.233).

Tendo como de natureza multidisciplinar, tendo em vista garantir a dignidade nas relações de consumo, a defesa do consumidor engloba normas e princípios de distintos ramos jurídicos como é o caso do Direito Constitucional e ao basear-se nos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, o artigo 4º do CDC, tratou como entre outros temas, da dignidade dos consumidores.

Aplicar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas relações de consumo nada mais é do que o reflexo dos dias atuais, com o crescente aumento do consumo entre as pessoas, o consumidor parte mais vulnerável e hipossuficiente desta relação e as mudanças frequentes nas mais variadas formas de consumir a proteção ficou cada vez mais clara.

Verifica-se que o Brasil-República Federativa do Brasil- define-se como entidade política constitucionalmente organizada, tal como a constitui o texto de 1988, enquanto assegurada, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, **a dignidade da pessoa humana**. Por outro, significa que a ordem econômica mencionada pelo art. 170, caput do texto constitucional-isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) - deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar". (GRAU, 2010, pag. 198)

Essa proteção com a aplicação do princípio constitucional supra citado é muito mais vista e claramente usada na prática de decisões judiciais quando o consumidor provoca o Judiciário para dirimir tais conflitos. Na resolução da Ementa do Relator desembargador do TJMG DR. Rogério Medeiros dentre sua decisão diz que:

**Negar ao segurado o tratamento vai de encontro os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção ao consumidor, além de frustrar o saúde próprio objetivo da contratação em questão, qual seja, o de tornar possível o restabelecimento da do segurado. Destaco, ainda, o princípio que adoto ao julgar casos análogos, qual seja, função social do plano de saúde.**"(MEDEIROS, Rogério. Processo Apelação Cível 1.0024.10.124240-2/002, Acórdão, 14ª Câmara Cível, TJMG).

Todo ser humano tem intrinsecamente sua dignidade e tal como merecedor de atenção e tutela pelo Estado e dos demais órgãos de proteção ao consumidor. Assegurando ao consumidor direitos e deveres, mas o protegendo contra atos humilhantes e desumanos guardando, desta maneira, as condições mínimas para que tenham uma existência digna participativa em uma sociedade primada pela liberdade.

Embora assumida concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos, isto é, relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) -deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar. Observa-se ademais, neste passo, que a dignidade da pessoa humana, apenas restará plenamente assegurada se enquanto viabilizado o acesso de todos não apenas as chamadas liberdades formais, mas sobretudo, às liberdades reais”. (GRAU,2010, pag. 197).

Nesta assertiva de ser diligente quanto a funcionalidade, estende-se a proteção de uma existência digna aos consumidores concretizada através do Princípio da Dignidade e da tutela do Consumidor.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

É notório que em uma relação de consumo existe o consumidor (sujeito que adquire um produto ou serviço) e o fornecedor (sujeito que fornece os produtos e serviços).

Na relação de consumo pode-se surgir o abuso de poder desequilibrando ambas as partes, ultrapassando os limites do exercício do direito.

A aplicabilidade de tais princípios e do CDC se faz necessária diante de tais situações como no caso específico de uma relação de consumo quando adquirido um plano de saúde, e se limita o tempo de internação de um paciente.

A restrição e a interrupção da internação hospitalar caracteriza abuso e são ilegais é o que dispõe o art. 51, IV, XV, parágrafo 1º, incisos I e III do Código de Defesa do Consumidor e Portarias 4/98, 3/99, 5/02 e 7/03 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça). Já existem várias decisões que consideram abusivas tais práticas pelos planos de saúde, portanto cláusula nula do contrato; o médico deverá indicar para o plano de saúde o tempo necessário para o paciente permanecer internado para o seu pronto restabelecimento.

Surge aí também a violação ao princípio da Dignidade Humana com o constrangimento de ser retirado de um leito de um hospital.

Há Sumulas a respeito: Súmula 302 – É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.” (Súmula 302, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004 p.425).

O atendimento digno do consumidor, amparado pela Carta Magna, em conformidade com os princípios estabelecidos pelo CDC, constitui um direito da pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

O não atendimento ao comando de um princípio é a forma mais grave de inconstitucionalidade ou ilegalidade, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. (JÚNIOR,1992, págs. 44-77).

É na dignidade da pessoa humana que está compreendida a isonomia que possibilita que os objetivos da sociedade sejam alcançados, reconhecida sua vulnerabilidade no mercado de consumo. A defesa do consumidor assegura a dignidade da pessoa humana do consumidor, fundamentada no Estado Democrático de Direito (Art.1º, III, CF).

Todo ser humano tem intrinsecamente sua dignidade e tal como merecedor de atenção e tutela pelo Estado e dos demais órgãos de proteção ao consumidor. Assegurando ao consumidor direitos e deveres, mas o protegendo contra atos desumanos e humilhantes guardando, desta maneira, das condições mínimas que tenham para uma existência digna participativa em uma sociedade primada pela liberdade.

O Código de Defesa do Consumidor em seu Capítulo II, Da Política de Relações de Consumo, traduz que: Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

Através deste artigo do Código de Defesa do Consumidor a aplicabilidade do atendimento digno ao qual os consumidores têm por direito ao acesso para o bom desenvolvimento de uma sociedade justa e digna.

Sobre a dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana figura não como direito natural metapositivo, mas como concretização constitucional dos direitos fundamentais. Baseia-se esse posicionamento no Brasil com a previsão do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, o qual não se trata de uma norma programática, mas supra princípio constitucional em amplitude ou dimensão da dignidade da pessoa humana norteadora dos demais princípios e regras do ordenamento jurídico brasileiro. (SARLET,2013, pag. 64).

Por derradeiro, cabe remarcar a extensão do princípio sob comento, como nuclear da proteção constitucional dos direitos fundamentais.

## **CONCLUSÃO**

Nota-se que cabe ao consumidor preterido em seu direito buscar respaldo junto ao Estado para dirimir tais conflitos. Em uma relação de consumo a qual a dignidade do consumidor vem a ser tolhida muitas vezes por contratos lesivos a uma só parte o consumidor parte vulnerável que se encontra nesta relação precisa que sua tutela seja protegida.

Contra os abusos nesta ordem específica, que se encontram os planos de saúde fornecedores no caso, a aplicabilidade do Princípio Constitucional e o CDC, não geram dúvidas de sua eficácia:

Essa tutela cabe ao Estado aplicar sempre que acionado pelo prejudicado em um não atendimento a sua dignidade e ao seu direito de consumidor.

## **REFERÊNCIAS**

CÓDIGOS TRIBUTÁRIOS PROCESSO CIVIL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Editora Saraiva, 7º edição, São Paulo, 2011.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Editora Saraiva,7º edição, São Paulo, 2013.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988(Interpretação e Crítica). Editora Malheiros, 14º edição. São Paulo – SP, 2010.

JUNIOR, Néilson Nery. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista do Consumidor. São Paulo, 1992. N°03. Páginas 44-77.

KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. Coleção Os Pensadores, Editora Abril. 1993.

MEDEIROS, Rogério. Processo Apelação Cível 1.0024.10.124240-2/002, 14ª Câmara Cível, TJMG. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=Plano%20Saude&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaRelator=2-](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=Plano%20Saude&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaRelator=2-2881555&dataPublicacaoInicial=03/05/2012&dataPublicacaoFinal=11/05/2012&dataJulgamentoInicial=01/05/2012&dataJulgamentoFinal=03/05/2012&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&)

2881555&dataPublicacaoInicial=03/05/2012&dataPublicacaoFinal=11/05/2012&dataJulgamentoInicial=01/05/2012&dataJulgamentoFinal=03/05/2012&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&

>Acesso em 06/10/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Periódicos Edições UESB. Bahia. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARMENTO, Daniel. Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira. Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3º edição. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro Editora Renovar, 2004.

\*\*\*

## **A PEJOTIZAÇÃO DOS MÉDICOS SOB O ENFOQUE TRIBUTÁRIO**

### **THE MEDICAL “PEJOTIZAÇÃO” ON THE TAXATION FOCUS**

JORDANA VIANA PAYÃO  
[jordanavpayao@hotmail.com](mailto:jordanavpayao@hotmail.com)  
Universidade de Marília

JONATHAN BARROS VITA  
[jbvita@gmail.com](mailto:jbvita@gmail.com)  
Universidade de Marília

#### **RESUMO**

O presente trabalho tem como objeto a análise da crescente prática da pejotização, ou seja, a constituição de pessoas jurídicas para a prestação de serviços de profissões regulamentadas em substituição ao prestador de serviços pessoa física, em especial na classe médica. A pejotização representa um desvirtuamento do contrato de trabalho, portanto é fundamental elucidar a motivação tributária para a sua disseminação. O método utilizado na abordagem da temática foi o dedutivo, conjuntamente à técnica da pesquisa bibliográfica.

Palavras chave: Médicos. Pejotização. Tributação.

#### **ABSTRACT**

The presente study will analyze the growing practice of “pejotização”, in other words, the constitution of corporations to provide services in the regulated professions in place of the services provide by tprivate individuals, especially among doctors. The “pejotização” represents one distortion of the employment contract, therefore it’s elementary elucidate the tributary motivation to the dissemination of it. . The method

used in the thematic approach was the the deductivetogether with the literature technique.

Key words: Doctors. “Pejotização”. Taxation.

## **INTRODUÇÃO**

A globalização sustenta um mercado econômico altamente competitivo e consequentemente introduz mudanças de paradigma nos diversos setores da economia e, no que diz respeito às relações trabalhistas, é possível observar movimentos voltados à flexibilização das normas trabalhistas, que são em sua maioria de natureza protetiva e a pejotização enquadra-se como tal.

Primariamente serão analisadas definições e a contextualização do fenômeno pejotização, bem como, o papel que ocupa no cenário das relações trabalhistas atuais. Em um segundo momento, será abordado o impacto além da esfera trabalhista, considerando a finalidade primordial do presente estudo, alcançando os efeitos da prática da pejotização na tributação, bem como, a elucidação da motivação tributária por trás da disseminação do referido mecanismo, principalmente, no âmbito dos profissionais médicos.

Para tanto a pesquisa será desenvolvida conforme o método de abordagem dedutivo, partindo-se de teorias e leis para a análise e explicação de fenômenos particulares (geral para o particular), utilizando-se de fontes secundárias e primárias, bem como a técnica da pesquisa bibliográfica.

A abordagem da temática justifica-se primeiramente pelo fator quantitativo com que a prática da pejotização tem se disseminado no mercado de trabalho, especialmente em hospitais públicos e privados e, principalmente, elucidar a motivação tributária do fenômeno. Ademais, faz-se pertinente a análise do papel e do grau de conhecimento dos Conselhos, órgãos de classe e do próprio profissional inseridos no contexto em debate.

## **DESENVOLVIMENTO**

O fenômeno da *pejotização* evolui em um contexto de globalização, cujo substrato econômico consiste no aumento dos lucros e na redução potencial dos custos.

O termo “pejotização”, em si, deriva do instituto pessoa jurídica, posto que implica na possibilidade de uma empresa substituir o vínculo empregatício convencional, pautado na legislação trabalhista, por um contrato de prestação de serviços estabelecido com uma pessoa jurídica e, portanto, de natureza cível. Para tanto, o empregador condiciona o contrato de trabalho à constituição de uma pessoa jurídica por parte do empregado.

Por meio do processo de pejotização o empregador exige que o trabalhador constitua uma pessoa jurídica (empresa individual) para a sua admissão ou permanência no emprego, formalizando-se um contrato de natureza comercial ou civil, com a consequente emissão de notas fiscais pelo trabalhador, não obstante a prestação de serviços revelar-se como típica relação empregatícia.

Com a introdução da Lei n. 11.196/2005 no ordenamento jurídico brasileiro, houve a viabilização da prática da pejotização, conforme é possível extrair da redação do artigo 129:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (BRASIL,2005)

Ao estabelecer que a legislação aplicável às pessoas jurídicas seja a mesma aplicável às prestadoras de serviços de natureza intelectual, opera como uma espécie de permissivo

legal, fomentando a utilização da pessoa jurídica para ocultação de típica relação de trabalho, sob a forma de contrato de prestação de serviços entre sociedades empresárias. Consequentemente há um aparente amparo legal para a contratação de serviços de natureza intelectual de profissões regulamentadas por intermédio de pessoas jurídicas, sob o argumento da validade e aplicabilidade do referido dispositivo de lei.

Em obra a respeito do tema Pereira pontua:

Com a previsão legal, diversos empregadores passaram a contratar mão de obra para a prestação de serviços intelectuais, sob a “máscara” de pessoa jurídica, sem relação de emprego, desrespeitando, dessa forma, os princípios basilares do Direito do Trabalho. Os empregadores-contratantes alegam que o trabalhador, por livre iniciativa e vontade, aceita a condição de prestador de serviço, ao constituir pessoa jurídica e assinar contrato de prestação de serviços. (PEREIRA, 2015, p.77)

Portanto, é inevitável vincular a pejetização ao direito do trabalho, mais especificamente, a flexibilização dos direitos trabalhistas, entendida como a possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou norma coletiva negociada, de atenuação da força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. (DELGADO,2015, p.69)

A mitigação dos direitos trabalhistas implica na redução dos custos do empregador fato que se harmoniza ao mercado econômico globalizado, afinal, há a redução do imposto de renda e contribuição previdenciária, excluindo-se parcela do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e direitos como o décimo terceiro salário, férias, horas extras etc. A empregabilidade e a precarização do emprego protagonizam um dos grandes confrontos da atualidade.

Em que pese as implicações inerentes á esfera trabalhista é fundamental avaliar o impacto experimentado pela esfera tributária, afinal, a redução da incidência dos tributos está entre as finalidades do fenômeno da pejetização. Há um desvirtuamento do uso da pessoa jurídica, como sociedade empresária, o fato de uma única pessoa prestadora de serviços intelectuais ser equiparada á uma sociedade empresária típica, que emprega trabalhadores e mantém demais fatores de produção, o exercício da atividade econômica é muito mais complexa.

Portanto, não é razoável conceber que a tributação incidente sobre uma típica sociedade empresária seja adequado á pessoa jurídica cujo único sócio é o prestador do serviço, sem agregar qualquer outro fator na produção, a incidência tributária que recai sobre a pessoa jurídica empresária é incompatível com a incidência sobre o prestador de serviço de natureza intelectual.

A comparação entre a carga incidente sobre o serviço contratado de uma pessoa jurídica e a carga sobre o mesmo serviço contratado segundo as legislações trabalhistas, fiscal e previdenciária revela um hiato existente em razão dos fatos díspares que determinam a forma distinta de concepção desses modelos. A diferença na incidência tributária motiva os agentes econômicos a adotarem fenômenos atípicos, tal como a pejetização, visando a vantagem fiscal obtida com a contratação dos serviços intelectuais por intermédio de pessoas jurídicas, ainda que seja economicamente inapropriado considerar essa relação como típica entre empresas.

Na área da saúde a incidência da pejetização é usual, em especial a pejetização do profissional médico, na condição de prestador de serviços aos hospitais públicos e privados, favorecendo a multiplicidade de vínculos e a referida redução da carga tributária, porém, os direitos trabalhistas são negligenciados e há maior fragilidade no vínculo.

O fenômeno perpassa pelo Direito de Empresa, antes de qualquer análise de Direito do Trabalho. Vejamos: nas sociedades criadas para a contratação dos profissionais de



saúde, não existe, entre seus sócios, seu elemento primordial e característico que é a *affectio societatis*. É dizer, são empresas criadas sem a comum intenção dos sócios de compartilhar lucros e perdas, de assumir as responsabilidades e os riscos do empreendimento, enfim, de partilhar a sorte da empresa. Nenhum daqueles sócios, profissionais de saúde, tem a verdadeira intenção de montar uma empresa, pelo contrário, quando o fazem, pretendiam apenas trabalhar em determinado hospital, o qual exige-lhes que sua contratação o seja por empresa interposta. (COELHO, 2014, p.133)

O posicionamento da Receita Federal é contrário á pejetização, em especial considerando o crescente déficit da previdência social, a profusão de pessoas jurídicas criadas em todos os setores da economia e a discrepância entre o pagamento das contribuições previdenciárias por profissionais liberais, incluídos os médicos e outros prestadores de serviços na área da Saúde. O médico e demais profissionais liberais da área da saúde só podem trabalhar em hospitais com carteira assinada ou por meio de prestação de serviços como autônomo. (FENAM, 2016)

A atuação das pessoas jurídicas constituídas por profissionais da saúde não é vedada, porém, só serão lícitas se mantiverem uma estrutura empresarial, com sede, funcionários, contador, faturista, área comercial etc. Também deverá prestar serviços a mais de um tomador– não vinculação a um único hospital, por exemplo.

Não obstante a proibição a pejetização, a prática é crescente na área médica e é pertinente questionar qual seria o papel dos órgãos e conselhos de classe, tal como os Conselhos Regionais de Medicina, diante disso. Afinal, é inegável que decorre daí uma desvalorização do profissional e obstáculos ao inseri-los no mercado de trabalho.

Desse modo, diante da complexidade de mecanismos que estão sendo criados para desconstruir um sistema trabalhista baseado na proteção e garantia de direitos dos médicos, cumpre destacar a importância da atuação dos sindicatos, no sentido de debater essas questões, enfrentando e assegurando ao profissional médico o conhecimento do que representam para o trabalhador essas opções (terceirização, pejetização, cooperativismo) que vêm sendo apresentadas

Relevante é também a postura dos órgãos públicos de defesa dos interesses individuais homogêneos da classe trabalhadora, cabendo-lhes o papel de fiscalizar e combater a disseminação do processo de precarização do trabalho, inclusive, quando necessário, punindo os responsáveis.

Essa precarização, no cenário de trabalho dos médicos, descortinou-se por meio da utilização, exacerbada, de roupagens contratuais frágeis e nitidamente prejudiciais à categoria médica. Revelou-se estratégias e expedientes fraudulentos que, por motivações econômicas de racionalização e redução de custos, objetivam desvirtuar a legislação trabalhista, através de modelos simulatórios de contratação, com vistas tão somente a mascarar o contrato de emprego dos profissionais médicos. (CARVALHO, 2010, p.133).

É fundamental analisar o custo-benefício na pejetização dos médicos, em termos valorativos, sob o ponto de vista eminentemente tributário que, aparentemente, é determinante na disseminação dos contratos fraudulentos. A fiscalização e inibição por parte dos órgãos e conselhos administrativos seria suficiente ou a seriam necessárias previsões legislativas específicas?

A princípio a conscientização do profissional da área da saúde a respeito dos seus direitos trabalhistas e previdenciários, bem como, seus deveres tributários e profissionais parece ser fundamental e pouco valorizada.

## **CONCLUSÃO**

A pejetização consiste na contratação do prestador de serviços de natureza intelectual na condição de pessoa jurídica, resulta na descaracterização da relação de trabalho e, por

consequente, na precarização dos direitos trabalhistas. Entretanto, é crescente na classe profissional dos médicos, frequentemente condicionados á constituir pessoas jurídicas prestadoras de serviços médicos para a inserção nos quadros hospitalares.

O permissivo legislativo instituído pela Lei n. 11.196/2005 fomenta a prática da pejetização, contudo, é certo que a motivação tributária é o fator determinante, consequência da significativa vantagem tributária e redução do custo com as obrigações trabalhistas.

É fundamental a atuação incisiva dos órgãos e conselhos de classe responsáveis pela fiscalização e tutela dos direitos e prerrogativas dos profissionais médicos no combate à multiplicação da pejetização na área.

O cenário globalizado incentiva a competitividade no mercado econômico e, por conseguinte, a busca por alternativas á redução dos custos e aumento dos lucros, logo, o campo é fértil a pejetização, daí a premente necessidade de conscientização daqueles sujeitos a tais práticas.

### **REFERÊNCIAS**

BRASIL, Lei Federal n. 11.196 de 21 de novembro de 2005. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2005/lei/111196.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111196.htm)> Acesso em 28 set.2016.

CARVALHO, Maria Amélia Lira de. Pejetização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador – Bahia. 2010. Disponível em <[http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UCSa\\_0fb90a9e7a641e7c85cf5081439b1ac3/Details](http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UCSa_0fb90a9e7a641e7c85cf5081439b1ac3/Details)> Acesso em 28 set. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 26<sup>a</sup> Ed. Saraiva. São Paulo. 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14<sup>a</sup>. Ed. LTr. São Paulo. 2015.

FENAM. Pejetização de médicos na mira da Receita Federal. 2016. Disponível em <<http://www.fenam.org.br/noticia/5190>> Acesso em 02 de out. 2016.

PEREIRA, Leone. Pejetização: o trabalhador como Pessoa Jurídica. Ed. Saraiva. São Paulo. 2015.

\*\*\*

## **FILOSOFIA E PRINCÍPIOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

## **PHILOSOPHY AND PRINCIPLES IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015**

VALMIR BUFALARI

UNIMAR – Universidade de Marília

[valbyy@yahoo.com.br](mailto:valbyy@yahoo.com.br)

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Prof. Dr. ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO

UNIMAR – Universidade de Marília

[elias.marques@cosan.com](mailto:elias.marques@cosan.com)

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Prof. Dra. WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER

UNIMAR – Universidade de Marília

[nap@unimar.br](mailto:nap@unimar.br)

## ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

**RESUMO:** trata-se de refletir com a contribuição do argumento filosófico-jurídico sobre a consolidação histórica dos Princípios como potência norteadora da atuação do Poder Judiciário, um esforço acadêmico e educacional de ética e compreensão ampla sobre os princípios com intenção de se emancipar no âmbito cultural por meio de uma prática jurídica justa, eficiente, e atualmente cooperativa, com uma apresentação verdadeiramente clara acerca do espírito do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), a partir do texto constitucional de 1988. Com a contribuição de um dialeto jusfilosófico o trabalho se debruçará para uma compreensão clara da profundidade sobre a reflexão principiológica, um assunto que tem se tornado meramente didático ou tímido, frente à necessidade de se conhecer o significado, o valor e a importância da justiça, caminho desafiador para o direito brasileiro e seus desafios atuais. É importante, para que se compreenda o sucesso e êxito das propostas éticas, tanto a CF/88 como o CPC/2015, que a postura adotada aqui não reconhece uma hierarquia rígida de princípios, e tampouco se abandona a postura positivista, por completo, de uma prática jurídica, porém deve ser fundamentada pelas noções de princípio, não a partir do que foi positivado na norma, mas sim a partir de um norte orientador, uma ética máxima incapaz de ser reduzida somente aos fatos, que muitas vezes são isolados e distantes da noção mínima de justiça.

Palavras-chave: Direito. Justiça. Princípios.

**ABSTRACT:** it is to reflect the contribution of the philosophical and legal argument on the historical consolidation of the Principles as the guiding power of the judiciary acting, an academic and educational work ethic and broad understanding of the principles intended to emancipate the cultural sphere by through a fair legal practice, efficient, and currently co-operative, with a truly clear presentation about the spirit of the Code of Civil procedure of 2015 (Law 13,105 / 2015), from the Constitution of 1988. with the contribution of a jusfilosófico dialect the work will look for a clear understanding of the depth of the principled reflection, a subject that has become merely didactic or shy in front of the need to know the meaning, the value and the importance of justice, challenging way to Brazilian law and its current challenges. It is important to understanding the success and success of ethical proposals, both CF / 88 as the CPC / 2015, the posture adopted here does not recognize a rigid hierarchy of principles, nor abandons the positivist stance completely, a legal practice, but should be substantiated by the principle of notions, not from what was positivado the norm, but from a supervisor north, a maximum ethics unable to be reduced only to the facts, which are often isolated and far from the slightest notion of justice.

Keywords: Right. Justice. Principles.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, o método de argumentação de nossos magistrados e demais profissionais da Ciência do Direito, sofrem grande impacto e transformação com uma nova proposta sobre os princípios à luz do Código de Processo Civil/2015, pois de acordo com os fatos e acontecimento da história e principalmente da atuação do Poder Judiciário, quando um princípio perde sua capacidade reflexiva de ética e justiça, as decisões não passam de meras intenções humanas e institucionais de modos de aceitação de normas sem significados se tornando uma regra unicamente prática sobre um determinado ato ou circunstância.

O Código de Processo Civil/2015 vem com o intuito de fomentar o espírito de uma sociedade que avança em sua democracia, com objetivo de transformar sua prática e seu dialeto jurídico enraizado nos princípios do CPC/2015 ameaçados de não se validarem na História caso se tornem mais uma lei ou norma sem causar impacto e motivação em nossos magistrados ou profissionais do Direito.

Enquanto um princípio possui intenso grau de generalidade e abstração, uma regra ou norma diz respeito à uma conduta ou ação, mas é claro que não se trata de reunir esforços para se provar uma separação definitiva entre elas, pois sabe-se que uma norma define exatamente uma atuação ou situação comportamental, porém a Ciência se desenvolve quando descobre que possui razões imperativas para agir e orientar o mundo da prática, ética e moral, segundo princípios.

A receptividade do CPC/2015 pelos profissionais de direito deve ser realizada dentro desse rol de princípios que não são meras representações em forma de regra ou lei, pois os art. 1º ao 12 apresentam ao intérprete um profundo significado sobre os seus princípios para que a justiça e a eficiência façam parte da realidade social brasileira.

Novas propostas foram cuidadosamente elaboradas pelo CPC/2015 em busca de novos caminhos consensuais de solução de conflitos, mediação e conciliação, respeito ao princípio do contraditório, e tantas outras propostas na criação de um diálogo constante capaz de ser extraído de um necessário alinhamento entre os princípios fundamentais, o Direito Constitucional e o Direito Processual. O fio condutor é o diálogo e o suporte ético de justiça deve ser oferecido pelas bases dos princípios gerais do CPC/2015 para que os processos alcancem efetividade e justiça.

## **DESENVOLVIMENTO**

Não se discorrerá aqui todos os doze artigos do CPC/2015, pois o objetivo do presente resumo é, primeiramente, de se descartar uma hierarquia rígida ou proposta meramente didática sobre os princípios, pois independente do nome “princípio”, “norma” ou “regra” sofrerem interpretações, esse trabalho busca reconhecer a importância de conhecer um princípio enquanto um *dever*, ou seja, uma potência valorativa social que oferecerá suporte para um resultado justo e razoável que a norma tenha condições e justificativas para representar”, um vir a ser que aponta para a justiça necessariamente como potência universal e social. Dessa forma, não importa a nomenclatura que se dá ao princípio e seu profundo grau de generalidade e abstração, e sim o reconhecimento de sua força valorativa e justa capaz de orientar as regras e normas por possuírem menor grau de generalidade, eis o motivo da contribuição de uma reflexão filosófico-jurídica.

A compreensão e a refinada base principiológica do CPC/2015 vêm apresentar uma ação normativa que nasce de uma reflexão de princípios como destaca seus primeiros doze artigos, essa proposta é de âmbito social e educacional, mas se faz importante explicitar o que se entende pela nomenclatura “conceito” já que se está utilizando da reflexão filosófica para ressaltar a importância de princípios no âmbito jurídico.

É valioso e de grande contribuição o pensamento adquirido na área da Filosofia do Direito onde a prática da justiça necessita de valores capazes de transcenderem a própria razão para que se justifique uma prática processual com isonomia, boa-fé e justiça, como afirmou o ilustre pensador Georg Wilhelm Friedrich Hegel, nascido em Stuttgart no ano de 1770. Segundo o pensador pode-se abordar um entendimento sobre a palavra “conceito” e até mesmo a palavra “juízo”, pois o conceito possui uma capacidade de formar e criar, é um movimento que vai além da própria razão humana, e por isso é responsável por orientar a racionalidade dos Homens, o conceito é capaz de superar as finitudes e ir além delas, uma intenção absoluta chamada pelo pensador como uma “potência livre” capaz de orientar e dar significado de justiça. (REALE, 2005, p.120-121).

Por meio de uma nova proposta de reflexão de espírito dinâmico, circular e contínuo que um princípio deve receber suporte e significado no mundo do Direito, através do conceito enquanto valor a ser emancipado em uma educação jurídica voltada para princípios, pois um princípio não pode estar restrito a uma prática individual ou a uma visão particularizada com manifestações padronizadas que servem para qualquer caso, ou em casos específicos. Os métodos e justificativas jurídicas tomadas até o momento pelo Poder Judiciário não foram suficientes para garantir isonomia processual e buscar justiça, o hábito brasileiro de conceituar atitudes providas limitadamente de valores morais ou institucionais fizeram com que a sociedade hodierna se deparasse com decisões processuais desprovidas de significados e valores éticos construídos, fato que preocupa o Poder Judiciário brasileiro diante da necessidade de atuar em prol de uma sociedade mais justa a partir de reflexões sobre o motivo e a justificativa dos Princípios em superação da burocracia, morosidade, injustiça, acesso, e tantos outros fatores emergenciais.

Acredita-se que a partir da afirmação de que as informações ficaram mais acessíveis, com o avanço da tecnologia e da democracia a sociedade passou a adquirir maiores informações sobre a realidade dos fatos, assim, nota-se o crescimento e a expansão do Poder Judiciário na sociedade brasileira em detrimento dos demais poderes da União, fato que chama a atenção dos doutrinadores e estudiosos da Ciência do Direito em busca de estudar e construir métodos e estratégias para uma atuação mais eficiente e justa conforme exigência Histórica e social da nação brasileira.

Quando se trata de conceituar princípios de acordo com a nova exegese do CPC/2015 significa aceitar o desafio de valorizar a humanidade, fortalecer as práticas utilizando dos princípios como conquistas sociais por meio dos dispositivos do direito, pois são os valores e virtudes refletidos, capazes de construir uma ponte de entendimento entre o profissional de direito e a justiça. Esse é o esforço especial em que se debruçará para a busca de emancipar o entendimento sobre a importância dos princípios do CPC/2015. Há que se repudiar as várias afirmações levianas, principalmente no mundo acadêmico, sobre as considerações acerca dos princípios como uma questão meramente didática, tal afirmação reduziria o conceito valorativo do espírito inovador do CPC/2015, uma visão reducionista resultado de uma sociedade imediatista, com uma educação tecnicista e pseudoindividualista, onde o cidadão nada mais é que um produto de sucesso do capitalismo, voltado única e exclusivamente pelo impulso de lucrar para consumir e não de refletir com mais justiça e equidade.

É um trabalho acadêmico voltado para o dinamismo do mundo jurídico organizado pelo novo documento civil, capaz de se desfazer da visão obscura daqueles que defendem o positivismo e uma hierarquia rígida da lei ou princípio, pois seria incapaz de contribuir para a celeridade, efetividade e razoabilidade processual da sociedade hodierna do século XXI.

Há necessidade de propagar valores culturais por meio da afirmação de que se pode contrariar ou violar uma norma ou regra, mas não se pode violar um princípio, tal propagação depende diretamente do reconhecimento reflexivo e humano, da importância de um princípio e seus valores para a justiça social, pois enquanto nossa educação teórica e prática tratar uma matéria sobre princípio como algo meramente didático, é porque esse valor nunca foi conhecido profundamente como princípio e sim como um valor corrompido e com uma ética limitada à individualidade das pessoas ou interesses das instituições.

É preocupante a forma como nossos profissionais do direito muitas vezes criam nomenclaturas infinitas sobre as variadas regras e comportamentos como se fossem princípios, essa ocorrência desastrosa na cultura brasileira tem que se desfazer através da atuação dos profissionais de direito, na busca de mecanismos capazes de mediar

conflitos entre as pessoas, instituições no cenário das desigualdades sociais, para que o Poder Judiciário desenvolva suas práticas segundo princípios de virtude e justiça. Tal papel de busca e emancipação de valores universais deve ser refletido por meio da orientação oferecida pelo CPC/2015 e a necessidade de despertar o interesse pela prática do princípio da cooperação, assunto que será aprofundado especificamente.

O ilustre pensador e filósofo Platão da Idade Antiga alertava aos intelectuais da época afirmando que a democracia e a justiça estariam em risco por se corromperem com decisões e com uma educação que não contemple virtudes, pois se tratava, segundo ele, de uma democracia disfarçada de hierarquia capaz de dispensar e ignorar todas as virtudes da alma de um cidadão e seus fins sociais, o pensador utilizou desse pensamento crítico para exaltar sua insatisfação com as injustiças da época na Cidade-Estado conhecida como Atenas. Assim, nos dias de hoje se pode afirmar que o Poder Judiciário necessita de caminhar à luz das virtudes e princípios em prol da isonomia, da boa-fé processual, da eficiência e da celeridade.

### **CONCLUSÃO**

É nessa linha ética reflexiva que as injustiças e as desigualdades devem ser repensadas pelo profissional de direito do século atual, com intuito de retomar o significado dos princípios, não como meras conduta ou regra, mas orientar as condutas e regras por meio de virtudes em prol de uma sociedade justa, pois o CPC/2015 vem apresentar à sociedade moderna maior flexibilidade e entendimento de tais princípios para que sejam intuídos ou interiorizados pelos profissionais da Ciência do Direito em busca de maior celeridade, efetividade, razoabilidade e cooperação no devido processo legal.

Atualmente a sociedade jurídica moderna pratica a mesma lesão aos princípios na qual denunciou o filósofo Platão, pois quando oferecemos nomenclaturas às regras, leis, comportamentos morais com justificativas institucionais, ocorre que essa prática corrompida se desenvolve em detrimento dos princípios, no intuito de justificar fatos e ações impetrados, dentro de uma hierarquia rígida positivista, disfarçada de nomenclaturas que nem sempre podem corresponder à virtude e ao espírito da justiça, na busca pelo Devido Processo Legal.

Entende-se por princípio uma reflexão intuitiva capaz de orientar normas, uma esfera de valores que vão além da capacidade racional humana a fim de praticar a maior justiça possível entre os Homens, e simplesmente pelo fato de uma norma, conduta ou regra serem reconhecidos e reafirmados como um princípio, esse equívoco demonstra a necessidade de reflexão para que a cultura brasileira não continue tímida diante da proposta do CPC/2015, é a reflexão e a visão de equidade principiológica capaz de impactar uma cultura com desafios da contemporaneidade para rever seus próprios valores criados em busca de construir um Poder Judiciário capaz de organizar os procedimentos com maior efetividade.

Faz parte da crise jurídica moderna o reexame das teorias do positivismo que considera a lei como um sistema fechado de regras, pois estamos em uma época de novas relações que superaram uma visão positivista diante da moral, do direito e da política.

O raciocínio jurídico é a capacidade do profissional do direito em interpretar e justificar a lei embasada em princípios, uma nova potencialização retórica e dialética capaz de se aproximar da justiça e da equidade, e quando se trata de convencer o interlocutor da tese formulada os princípios são fundamentais para tal justificativa, ao invés de normas e regras fechadas em si mesmas incapazes de transcender os interesses de um grupo.

É nesse contexto que se evidencia a reflexão sobre os princípios do CPC/2015 em prol da minimização de conflitos, da maior participação das partes no processo, do princípio do contraditório e da ampla defesa, da maior interação do magistrado com as partes, a produção de provas, o envolvimento das partes no processo, a celeridade processual,

enfim, uma prática jurídica no processo civil fundamentada pelo reconhecimento da das partes envolvidas no processo e ao mesmo tempo exercendo o direito de serem partícipes direto da decisão proferida pelo juiz a partir da conscientização das partes, uma nova estratégia da busca pela justiça quando se trata de direitos e deveres.

O conceito de princípio deve ser proposto com a máxima intencionalidade universal e necessária possível, ao mesmo tempo em que uma norma coerente é aquela exercitada por meio de abstração da própria norma em face de um princípio, esse exercício deveria ser rotineiro para os profissionais das diversas áreas de que trata o direito, pois se assim fosse não estaria o Poder Judiciário corrompido pelos interesses de um grupo ou uma classe, desprezando os fins sociais do direito e a justiça.

## **REFERÊNCIAS**

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Efetividade processual, princípio da cooperação e poderes instrutórios. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p.175-190, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232549>>.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O procedimento extrajudicial pré-executivo: Lei n. 32 de 30 de maio de 2014: inspiração para o sistema processual do Brasil. São Paulo: Verbatim, 2015.

REALE, Giovanni. *História da Filosofia*. São Paulo: Paulus, 2005, p.120-121.

<https://jus.com.br/artigos/51949/codigo-de-processo-civil-propoe-novo-comportamento-etico>. Acesso em outubro 2016.

\*\*\*

**REFORMA NA PREVIDÊNCIA SOCIAL: A necessidade do debate democrático entre garantia ao direito social x déficit contributivo.**

**REFORM IN SOCIAL SECURITY: The need for democratic debate between the social security rights x contributory deficit.**

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS - GT3

AUTOR

BRUNO H. M. PIROLO, UNIMAR/SP, brunopirolo@hotmail.com

ORIENTADOR

DANIEL BARILE DA SILVEIRA, UNIMAR/SP, danielbarile@hotmail.com

## **RESUMO**

O presente artigo pretende, através da apresentação de ponderações e concepções encontradas em pesquisas históricas-bibliográficas utilizando-se o método dedutivo, estimular uma maior reflexão sobre a garantia ao direito à previdência social em relação ao alegado déficit causado às contas públicas pela estrutura da instituição. Necessário que cada um elabore senso crítico quanto aos temas indicados, fazendo com que surjam mais interessados em participar ativamente das discussões quanto as mudanças, quanto a garantia e usufruto dos serviços da autarquia e sobre o suposto déficit causado por tal. O instituto da previdência social é um dos poucos no nosso

Estado Democrático onde praticamente todos os cidadãos irão desfrutar de seus benefícios, não havendo distinções sociais, culturais e econômicas quanto ao seu alcance. Sendo assim, se torna o principal objetivo do trabalho a demonstração da importância da presença de toda sociedade e, principalmente, dos operadores do direito na composição dos debates e cobranças sobre a análise do real déficit apresentado pelo governo em consonância com a garantia a previdência social como direito fundamental e social previsto na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Alterações legislativas. Direitos fundamentais. Equilíbrio econômico

### **ABSTRACT**

This article aims, through the presentation of weights and concepts found in historical-bibliographical searches using the deductive method, stimulate further reflection on the guarantee of the right to social security in relation to the alleged deficit caused the public accounts for the structure of the institution. Each one has to develop critical thinking about the given themes, so that arise more interested in actively participating in discussions about the changes, as the guarantee and enjoyment of the municipal services and the alleged deficit caused by such. The Institute of Social Security is one of the few in our democratic state where almost all citizens will enjoy its benefits, with no social, cultural and economic distinctions in scope. Thus, it becomes the main objective of the study demonstrating the importance of the presence of the whole society and especially of law professionals in the composition of the debates and demands on the analysis of the real deficit presented by the government in line with ensuring social security as fundamental and social rights provided for in the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Legislative changes. Fundamental rights. Economic balance

### **INTRODUÇÃO**

O discurso de déficit na previdência social é antigo, sendo que muitos governos que passaram pela administração pública já o utilizavam como explicação para defasagem orçamentária. Destarte, nunca houve realmente grandes discussões, debates e estudos para verificar a veracidade dessa alegação.

E, assim, o que se pretende aqui não é esgotar e/ ou aprofundar nos temas centrais, ou seja, na garantia ao direito à previdência social e na grande problematização hoje no Estado Brasileiro que seria o déficit causado às contas públicas pela estrutura da previdência social. O que se almeja é instigar uma reflexão sobre a importância do tema, fazendo com que surjam mais interessados em participar ativamente das discussões quanto as mudanças na previdência, sobre a garantia e usufruto do sistema previdenciário e o suposto déficit causado por tal.

A reforma na previdência social sempre se apresentou com caráter impopular, fazendo com que os governos nunca materializassem suas argumentações. Entretanto, no momento de crise (política e econômica) que assola o país, a previdência social e seus custos se tornaram uma das principais causas alegadas pela falência estatal e estão prestes a serem abolidos de forma unilateral, sem qualquer verificação de veracidade e proporcionalidade quanto ao problema apresentado.

Alguns estudiosos defendem que a previdência social não ocasiona déficit orçamentário, conforme Gentil (2006, p. 205/206), já outros confirmam essa alegação, todos baseados em procedimentos científicos, sendo que essa importante contradição é matéria a ser debatida em um outro momento.

Que o sistema previdenciário brasileiro atual, talvez, necessite de algumas alterações/ adequações, não se pode refutar. Destarte, a alegação do déficit também se apresenta possível, sendo assim, o que se torna necessário são os debates, discussões e estudos sérios e realizados por todos que formam um Estado Democrático de Direito, sobre



quais os limites das alegações realizadas e das mudanças necessárias. O que não se pode é passivamente aceitar as alegações e as imposições do governo sem a menor apresentação de veracidade dos dados, informações completas e da comprovação da necessidade da reforma na medida em que se propõe.

Portanto, o objetivo central do trabalho é a instigação da sociedade para que participem dos debates e cobranças, com a justificativa de que caso haja qualquer reforma na previdência social, que seja devidamente comprovada sua necessidade, proporcionalidade e devidamente compreendida pelos cidadãos.

## **DESENVOLVIMENTO**

Como ponto de partida é interessante conceituar e indicar onde estão previstas as naturezas jurídicas dos temas aqui abordados e, sendo assim, o direito mais importante de nosso ordenamento jurídico é aquele previsto no art. 1º, PU, da CF/ 88: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”, o qual significa que no regime democrático vigente em nosso Estado é o povo que tem o poder nas mãos para ou eleger aqueles que vão lhe representar no poder executivo e legislativo ou de forma autônoma e direta tomar (cobrar) as decisões sobre o andamento do Estado, dentro de debates e participações diretas.

A previdência social brasileira, que está incluída juntamente a saúde e a assistência social no conceito de seguridade social, foi positivada pela primeira vez através do Decreto Eloy Chaves em 1923, posteriormente repassada a LOPS – Lei Orgânica da Previdência social de 1960 e, por fim, instituída pelas leis 8.212/91 e 8.213/91, sendo que as leis atuais se basearam em diversos dispositivos previstos na CF/88, como o art. 6º, que legisla sobre direitos sociais e o título VII que legisla sobre a seguridade social.

Por sua vez, a discussão sobre o déficit orçamentário causado pelos gastos da previdência social nasceu juntamente ao próprio nascimento da previdência social, e hoje se encontra inserido no conteúdo orçamentário, econômico e tributário da CF/88 entre outras legislações pertinentes, além de repetidamente estar sendo escancarada para toda sociedade através de todos os meios de mídias, como imprensa e redes sociais.

A opinião pública tem sido influenciada por uma visão negativa da previdência pública que não corresponde à realidade. Desmistificar esse panorama sombrio que se construiu em torno da previdência social não é uma tarefa fácil, em função do “bombardeio” de informações e opiniões distorcidas que são cotidianamente veiculadas. (GENTIL, 2006, p. 30)

Cada um desses temas por si só é capaz de gerar grandes estudos e discussões e por esse motivo, como já orientado, o trabalho foca apenas na questão da necessidade de se ocorrer um maior debate com a presença da população nas decisões sobre a garantia ao direito da previdência e sua relação com gastos públicos.

Percebam que a sociedade em um todo é quem paga pela previdência e quem dela usufruirá através das garantias (benefícios) previstos e, assim, não pode o governo (como se fosse um terceiro alheio) de forma unilateral adotar medidas que tragam prejuízo a própria sociedade, inclusive, sendo ela a detentora do poder do próprio Estado.

São muitas as possibilidades para que os cidadãos tidos como “comuns” possam não ter apenas o conhecimento sobre fatos políticos/econômicos, mas, também, participar e exigir a garantias de seus direitos mínimos.

Há uma relação direta entre os movimentos sociais, a democracia, a população (num todo ou particularmente), a minoria “excluída” e a própria estrutura da política, entre outros conceitos, para a efetivação da real democracia e do cumprimento e existência dos direitos fundamentais. (ALVES, 2003, p.)

A garantia a previdência social e a necessidade de reformas ao longo dos anos são indiscutíveis, já que a previdência é uma conquista social garantida através de muitas revoluções e evoluções da humanidade que visam dar apoio aqueles que já contribuíram para a sociedade com seu trabalho, suor e/ ou sejam necessitados em determinado momento.

Por sua vez as reformas também são necessárias para que os direitos e deveres sempre se apresentem atualizados e proporcionais as ganâncias da sociedade naquele determinado período. Não somente alterações positivas são válidas, sendo que para um determinado momento alterações que retrocedem direitos podem e devem ser válidas, respeitando o mínimo já consolidado e a proporcionalidade de tal mudança.

E, ainda, “Não há dúvida de que os problemas da previdência social transcendem a sua exclusiva responsabilidade, mas é certo também que antes de tentar soluções externas os seus administradores devem resolver os problemas internos, ou então ataca-los simultaneamente.” (STEPHANES 1993, p. 450)

Agrande problemática da discussão reside na questão de quando as alterações são para trazer mais benefícios são poucos ou quase nenhuma oposição, mas quando se trata de mudanças que irão trazer retrocesso, imposição de barreiras a materialidade dos direitos ou outras dificuldades a cautela se torna peça fundamental na aceitação da mudança.

Cautela esta que se conceitua na necessidade de amplo estudo, diálogo e debate entre toda sociedade (população, instituições, governo e outros), não podendo as alterações serem impostas sem ao menos a demonstração e comprovação de que ela é realmente necessária para aquele momento.

Sendo que é essa imposição discricionária que o governo faz, representando o Estado Democrático de direito, que está incorreto, pois, não demonstra a real necessidade e nem abre a discussão aos diálogos necessários.

Os benefícios previdenciários gozam de validade e de eficácia frente os cidadãos, não podendo serem “mutilados” de qualquer maneira, “A disposição constitucional visa, como deve se tratar de um sistema de seguridade social, a proporcionar benefícios a todos, independentemente de terem ou não contribuído.” (MARTINS, 2014, p. 60).

Realmente seria necessário e proporcional instituir idade mínima de 65 anos para uma pessoa se aposentar no Brasil? Reduzir valores de benefícios a margens inferiores ao salário mínimo (ao contrário do previsto na CF/88)? Porque não se faz a redução de salário e previdência militar ou de cargos considerados importantes? Porque não se faz um estudo sobre a tributação e a ordem econômica da previdência, principalmente quando sabemos da caótica situação tributária do país, ocasionado pela própria ineficiência do governo?

São pelas respostas para essas e outras perguntas que se torna imprescindível que o governo busque uma margem bem maior de diálogo que apresenta hoje, e também, que a população saia da inércia e se apresente como debatedores e cobradores do sistema em vez de apenas aceitar passivamente e as decisões erradas e unilaterais impostas pelos governantes.

Conforme Stephanes (1993, p. 22) a previdência social é viável, mas carece de uma boa administração, sendo esse o ponto de partida para enfrentar seus problemas fundamentais, aliado as garantias mínimas já consolidadas e compatíveis com o anseio da sociedade.

## CONCLUSÃO

É imprescindível no momento em que passa não só o Brasil, mas todo o mundo, que o diálogo e a cautela sejam conceitos fundamentais para o bom futuro de todos.

E, nesta linha, conclui-se que os diálogos devem ser de todos: do Estado representado pelo governo, das instituições, da própria sociedade (direta e indiretamente) e de outros diversos seguimentos. E, ainda, de que é necessário que a população “comum” e aqueles que atuam nesta esfera saiam da inércia e possam contribuir para a busca de melhores soluções para o problema.

Ou seja, o governo não pode impor seus ideais sem o devido senso, do mesmo modo que a sociedade não poderia instigar fatos sem a devida discussão com o governo, sendo que o Estado é feito para e pelo povo.

Quanto a reforma na previdência social e o suposto déficit no orçamento (se realmente há déficit causado pela previdência, sendo que muitos discordam de tal afirmação e isso é matéria para outras discussões), fica demonstrado que o governo quer impor mudanças sem qualquer debate, visando apenas tampar sua ineficiência administrativa, já que se tem muitos outros caminhos a serem aplicados para melhorar a parte orçamentária, tributária e de garantia da previdência social.

Desta maneira, como sociedade e como operadores do direito se percebe que não podemos aceitar tais medidas unilaterais e ao menos devemos requerer maior diálogo e debate para a devida comprovação e necessidade de mudança nos moldes que se pleiteia, garantindo assim o cumprimento do Estado Democrático de Direito, dos direitos fundamentais e dos direitos sociais.

## REFERÊNCIAS

ALVES. Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

Acesso em: 01 Out. 2016.

GENTIL. Denise Lobato. *A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira – análise financeira do período de 1990- 2005*. Disponível em: [http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/teses/2006/a\\_politica\\_fiscal\\_e\\_a\\_falsa\\_a\\_crise\\_da\\_seguridade\\_social\\_brasileira\\_analise\\_financeira\\_do\\_periodo\\_1990\\_2005.pdf](http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/teses/2006/a_politica_fiscal_e_a_falsa_a_crise_da_seguridade_social_brasileira_analise_financeira_do_periodo_1990_2005.pdf)

Acesso em: 04 Out. 2016.

MARTINS. Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 35.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

STEPHANES. Reinhold. *Previdência Social: uma solução gerencial e estrutural*. 1. ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1993.

\*\*\*

## OS RECURSOS DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE INVESTIMENTO NAS AÇÕES DE DEFESA SOCIAL

## THE COMMITMENT OF RESOURCES OF CONDUCT ADJUSTMENT AS AN INSTRUMENT OF INVESTMENT IN SOCIAL DEFENCE ACTIONS

**GEILSON NUNES**  
**UNIVERSIDADE DE MARÍLIA**  
capgeilson41@gmail.com

**JEFFERSON APARECIDO DIAS**  
**UNIVERSIDADE DE MARÍLIA**  
<jeff.bojador@gmail.com>

## **RESUMO**

A presente pesquisa, utilizando do método hipotético-dedutivo, tem por finalidade o estudo do instituto jurídico do Compromisso de Ajustamento de Conduta, autorizado com o advento no ordenamento jurídico pátrio da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e instituído em 1990 sob a égide do Estatuto de Criança e do Adolescente (ECA) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC), tornando-se, portanto, uma inovação na ordem jurídica ao admitir que os órgãos públicos legitimados, tivessem a competência de tomar o compromisso com os causadores do dano coletivo. O Compromisso de Ajustamento de Conduta é estabelecido nos princípios constitucionais da atuação da administração pública, tem força de título executivo extrajudicial, sendo um dos legitimados o Ministério Público para realizar o acordo direcionando os recursos nas áreas de interesses difusos, dos quais a defesa social, reforçando o papel do Estado como provedor do direito fundamental da segurança pública, tendo como resultadouma resposta mais célere aos interesses coletivos inerente à manutenção do Estado Democrático de Direito. Conclui-se que o compromisso de ajustamento de conduta trata-se de importante instrumento à disposição da sociedade capaz de suprir lacunas na promoção da paz social se bem empregados e direcionados seus recursos.

**Palavras-chave:** Coletivo. Dano. Segurança.

## **ABSTRACT**

The present research, using the hypothetical-deductive method, has the purpose to study the legal institute of the commitment to conduct adjustment, authorized with the advent of the legal paternal of Law 7.347/1985 (Law of Public Civil Action) and established in 1990 under the auspices of the Statute of Children and Adolescents (ECA) and the Code of Consumer Protection (CDC), thus becoming an innovation in the legal order to admit that public agencies legitimated, they had te competence to take the commitment with the damage provocateur.The Commitment to Conduct Adjustment is based in the constitutional principles of public administration, and has the strength of an extrajudicial executive title, being the Public Prosecutor one of the legitimated to perform the agreement, directing the resources to the areas of diffuse interests, of which the social defense, strengthening the role of the State as provider of the fundamental right, of public security, having as a result a faster response to collective interests inherent in the maintenance of the democratic rule of law. It is concluded that the commitment to conduct adjustment it is important tool available to the society able to supply gaps in the promotion of social peace if well employed and directed its resources.

Keywords: Collective. Damage. Security.

## **INTRODUÇÃO**

A evolução tecnológica da sociedade pós-moderna, trouxe um grande desenvolvimento empresarial, fincado na livre iniciativa e na livre concorrência, devendo, contudo, manterem o primado da valorização do trabalho humano e o desenvolvimento social,

contribuindo para o atingimento dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Nesta esteira se situa o problema onde a expansão dos empreendimentos empresariais lesa os interesses da coletividade, devendo a sociedade assumir seu papel que é coletivo para sanar as lesões provocadas.

O Compromisso de Ajustamento de Conduta, estabelecido com base nos princípios do direito processual coletivo e nos princípios constitucionais da atuação da administração pública, tem a força de título executivo extrajudicial, tendo a configuração de ato administrativo negocial, sendo desvestido de natureza transacional

O estudo do compromisso de ajustamento de conduta deve estar pautado nos aspectos de sua existência e validade, capacidade das partes, agente legitimado para celebrar o compromisso, a licitude do ato e as formas que se procederá a concretização para sua efetividade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seu art. 37, consagra de forma imperiosa que cabe à administração pública direta e indireta dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de forma que, somente quando o ente estatal cumpre os princípios basilares inseridos no texto constitucional é que se poderá dar a necessária legitimidade aos seus atos, estes, devendo ser aplicados de maneira integral quando da celebração do compromisso de ajustamento de conduta.

O compromisso de ajustamento de conduta, também chamado de termo de ajustamento de conduta, é largamente utilizado pelo Ministério Público, legitimado a produzir o compromisso, que, tomando a feição de título executivo extrajudicial, objetiva de forma rápida e efetiva a execução dos exatos termos pactuados na busca do maior e melhor interesse da coletividade.

Como problemática deste instituto jurídico, pode-se pontuar quanto a destinação dos recursos oriundos efetivamente executados, no sentido de se estabelecer qual a forma e critérios de sua aplicação nas diversas áreas de interesse público, dentre as quais, situa-se aquelas ligadas a Defesa Social, mormente a Segurança Pública que, no Estado Democrático de Direito, ganha contornos relevantes por ser um dos principais pilares para o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Nesta esteira, tem o presente trabalho a finalidade de demonstrar como os recursos oriundos do compromisso de ajustamento de conduta podem ser investidos de forma eficiente e eficaz nas ações de defesa social em seu sentido amplo e na defesa do meio ambiente, sendo um reforço ao papel do Estado como provedor constitucional da segurança pública, conforme estabelece a norma mandamental da carta magna em seu art. 144.

## **DESENVOLVIMENTO**

Em conformidade com a Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), em seu art. 5º § 6º, inserido pelo Código de Defesa do Consumidor, (Lei 8.078/90), autoriza que os órgãos legitimados tomem o compromisso de ajustamento de conduta dos interessados na forma de título executivo extrajudicial.

Autorizado no ano de 1985 pela Lei 7.347/85, o compromisso de ajustamento de conduta somente foi instituído no ano de 1990 através da Lei 8.069/90 que inaugurou o Estatuto da Criança e do Adolescente, onde estabelece em seu art. 211 a formação do compromisso de ajustamento de conduta para a tutela dos interesses individuais e coletivos relativos à proteção da criança e da juventude. Noutra parte, o CDC, tratava do assunto no art. 82 § 3º com foco na relação consumerista, sendo posteriormente revogado, prevalecendo o art. 113 do mesmo diploma, de forma mais abrangente, relacionado a qualquer matéria de proteção aos interesses difusos.

De acordo com Nery (2012, p. 41), em meio à onda de proteção a direitos transindividuais, na busca de contribuir para uma tutela mais adequada a estes direitos, surge o compromisso de ajustamento de conduta como instrumento de acesso à justiça e complemento à atividade jurisdicional, nos casos em que seja mais apropriada e mais eficiente e, como ato bilateral que envolve a administração pública e o interessado, devem estar presentes cumulativamente, sob pena de ineficácia, os seus elementos constitutivos, sendo o agente, a vontade e a causa.

Segundo Nery, o compromisso de ajustamento de conduta pode ser assim conceituado:

Transação híbrida, lavrado por instrumento público ou privado, celebrado entre o interessado e o poder público, por seus órgãos públicos, ou por seus agentes políticos, legitimados à propositura da ação civil pública, por cuja forma se encontra a melhor a melhor solução para evitar ou por fim a demanda judicial que verse sobre ameaça ou lesão a bem de natureza metaindividual. (NERY, 2012, p.216).

Mazzilli (2005, p.227), especifica que o objeto do compromisso de ajustamento pode versar sobre qualquer obrigação de fazer ou não fazer, com objetivo de tutelar qualquer interesse difuso, coletivo e individual, podendo ser tomado pelos órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva, não tendo natureza contratual, sendo um ato administrativo negocial.

Na ótica de Bucci (2013, p. 192), está ocorrendo uma modernização mundial no processo judicial, inclusive no Brasil, buscando corresponder os anseios sociais, tendo como exemplo os processos coletivos, tratamento dos interesses difusos e coletivos e outras inovações procedimentais, em face dos litígios sociais, na busca de uma maior efetividade do acesso à justiça.

Conforme o art. 3º da Lei 7.347/85, a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Já o art. 5º deste mesmo diploma elenca os legitimados e dentre estes, o Ministério Público que, em seu § 1º é categórico que este órgão intervenha no processo como parte ou com fiscal.

Dispõe o art. 13 da norma supra citada que ocorrendo a condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

A norma em comento é bem clara e expressa que os recursos não podem ser direcionados pelo critério de discricionariedade do Promotor de Justiça e sim, ter a primeira destinação que seria um fundo, responsável para a gestão destes.

Na conformidade com os dispositivos citados, o Estado de Minas Gerais instituiu através da Lei Estadual nº 14.086/2001 o Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FUNDIF) e através da Lei complementar nº 67/2003, cria o Fundo Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (FUNEMP) que, dentro de suas atribuições, conforme art. 3º, VII consta que os recursos do fundo são valores e bens oriundos de termos de ajustamento de conduta firmados no âmbito das promotorias que atuam na proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, ressalvados aqueles oriundos de órgãos e entidades públicos estaduais e municipais, e respectivos agentes políticos.

A Corregedoria Geral do Ministério Público de Minas Gerais, através do Ato Normativo nº 1 de 28 de Março de 2014, estabelece em seu art. 175, I, que os valores pecuniários

oriundos do compromisso de ajustamento de conduta sejam destinados aos órgãos ou a entidades públicas estaduais ou municipais que tenham sofrido a lesão.

Como se pode perceber, os bens difusos lesados são de diversas naturezas conforme estabelece a lei, devendo os recursos serem aplicados para sanar uma lesão localizada, pois, sem este foco, perde-se o objetivo do instituto.

O problema surge no ato de distribuição destes recursos que, atualmente utilizados em grande escala, tem tomado caminhos mais céleres e sido direcionados diretamente pelo Ministério Público a órgãos ou entidades estaduais e municipais sem passar pelo fundo determinado pela norma.

No caso específico da área de defesa social, vive-se atualmente a onda de aplicação de recursos dos compromissos de ajustamento de conduta para o aparelhamento logístico das forças policiais na prevenção criminal e no combate ao crime organizado, bem como na fiscalização ambiental, cobrindo uma lacuna deixada pelo Estado de prover a força pública de recursos em tempo mais ágil para dar resposta à sociedade.

Não se pode conceber uma sociedade democrática e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão sem a devida garantia da segurança, vetor importantíssimo para a paz social e o cumprimento do fundamentos da república e deste modo, devem ter suporte para tal desiderato.

Esta utilização destes recursos, direcionados pelo Ministério Público, após pormenorizado projeto de aplicação no local afetado, não deve ser entendido como descumprimento de norma legal, considerando que não deixam de serem observados os princípios constitucionais estabelecidos no art. 37 da CRFB/88.

## **CONCLUSÃO**

Durante este trabalho, procuramos analisar o compromisso de ajustamento de conduta, sua legalidade, viabilidade, exequibilidade e eficácia para a sociedade na defesa dos interesses da coletividade. Trata-se de uma ferramenta importante para o acesso à justiça e a celeridade processual, além de proporcionar um retorno imediato à sociedade que tenha sido lesada por infrações coletivas.

Diversas são as áreas de interesse público em que os recursos podem ser aplicados e na linha deste trabalho, o foco foi da Defesa Social, mormente a Segurança Pública, preceito mandamental inserido no art. 144 da CRFB/88, interesse coletivo vetor de cumprimento dos direitos e garantias fundamentais.

Investir recursos do compromisso de ajustamento de conduta em ações de defesa interna é cuidar de interesse difuso destinado à toda sociedade a ainda, uma via de suprir de alguma maneira certa inércia do Estado e desta forma, a sociedade cumpre seu dever constitucional de responsabilidade pela segurança pública.

Conclui-se que o compromisso de ajustamento de conduta, embora ainda esteja caminhando para atingir um maior grau de eficiência, pode ser considerado um grande avanço na resolução de conflitos e a cada dia torna-se um instrumento importante e eficaz na tutela dos interesses da coletividade, contribuindo para a paz social e o atingimento de uma sociedade justa e pacífica de acordo com os ditames dos objetivos da república.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Lei da Ação Civil Pública. Brasília, DF, 1985. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 04 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 1990. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 04 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF, 1990. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 04 out. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** 1.ed.São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades - atuação do ministério público.** Revista Direito e Liberdade – ESMARN – Mossoró - v. 1, n.1, p. 225 – 246 – jul/dez 2005.

MINAS GERAIS. **Lei Estadual Nº 14.086, DE 6 de dezembro de 2001.** *Cria o Fundo Estadual de Defesa de Direitos Difusos e o Conselho Estadual de Direitos Difusos.* Belo Horizonte, MG, 2001. Disponível em:<<http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/4171>>. Acesso em: 04 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 67, de 22 de janeiro de 2003.** Cria o Fundo Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Funemp. *Belo Horizonte, MG, 2003.* Disponível em:<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:minas.gerais:estadual:lei.complementar:2003>> Lei complementar nº 67, de 22 de janeiro de 2003</a> Acesso em: 04 out. 2016.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos.** 2.ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2012.

\*\*\*

## TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO NO BRASIL

### TAXES ON CONSUMPTION IN BRAZIL

#### GT2 - GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

RODRIGO EVANGELISTA ALVES, UNIMAR,

[rodrigoalves.contador@yahoo.com.br](mailto:rodrigoalves.contador@yahoo.com.br)

(Grupo de Pesquisa: GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA)

MARISA ROSSIGNOLI, UNIMAR, [mrossinholi@uol.com.br](mailto:mrossinholi@uol.com.br)

(Grupo de Pesquisa: GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA)

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo analisar e refletir a atual tributação sobre o consumo no Brasil. Além de abordar sobre o conceito de tributo, suas espécies e sua classificação, também foram apreciados dados apresentados pela Receita Federal do Brasil, que revelaram quanto à arrecadação de tributos no Brasil representou do Produto Interno Bruto (PIB) no ano de 2014. Foi observado que o sistema tributário brasileiro precisa ser reavaliado, pois a tributação sobre o consumo onera aquele que tem uma renda menor, o que torna uma tributação injusta. Com base no princípio constitucional da capacidade contributiva, entende ser a forma de tributação mais justa, aquela com maior tributação sobre a renda e patrimônio, diminuindo a tributação sobre consumo, onerando quem ganha mais e possui um patrimônio maior.

**Palavras chave:** Consumo, Tributos, Vendas.



**Abstract:** This study aims to analyze and reflect the current taxation on consumption in Brazil. In addition to addressing on the concept of tribute, their species and their classification, were also examined data provided by the Internal Revenue Service of Brazil, revealed that when the collection of taxes in Brazil represented the Gross Domestic Product (GDP) in the year 2014. It has been observed the Brazilian tax system needs to be re-evaluated, because the tax on consumption levied on one that has a lower income, which makes an unjust taxation. Based on the constitutional principle of ability to pay, it considers it a fairer form of taxation, the one with higher taxation on income and assets, reducing the taxation on consumption, burdening those who earn more and have a greater equity.

**Keywords:** Consumption, Taxes, Sales.

## INTRODUÇÃO

Para cumprir com suas obrigações perante a sociedade, o Estado precisa de recursos financeiros, recursos esses que se obtêm através de arrecadação de tributos. A arrecadação de tributos no Brasil recai na renda do cidadão, na folha de salários, na propriedade, no consumo e nas transações financeiras.

Os tributos são pagos por pessoas físicas e jurídicas, denominados de contribuintes.

Os contribuintes são considerados sujeitos passivos e são eles os responsáveis pelo pagamento de tributos. É o Estado que possui a função de instituir, cobrar e administrar os recursos adquiridos com a cobrança dos tributos, assim é chamado de sujeito ativo.

A arrecadação de tributos é fundamental para o desenvolvimento econômico e social do país. O montante arrecadado é utilizado pelo Estado para custear investimentos nas áreas da saúde, educação, saneamento básico, transportes públicos, segurança pública, entre outros. Por esse motivo é obrigação do Estado agir com honestidade e transparência na aplicação dos mesmos sem que haja enriquecimento injusto e o abuso do poder tributar. Neste sentido, o presente trabalho tem como finalidade identificar o que são tributos, quais os tipos de tributos existentes na legislação brasileira, como são classificados, quais são os tributos incidentes sobre o consumo e atribuição dos tributos indiretos sobre o preço de vendas.

Para melhor desenvolvimento da temática, o trabalho será apresentado em três itens O primeiro irá abordar sobre tributos e carga tributária no Brasil, o segunda classificação de impostos e o terceiro tributação sobre consumo.

A metodologia adotada para o estudo é a pesquisa bibliográfica fundamentada em livros da área do Direito, Contabilidade, legislação e sites disponíveis sobre o assunto pesquisado.

## 1 TRIBUTOS E CARGA TRIBUTÁRIA NO BRASIL

A obrigatoriedade de pagamento de tributos surge através de lei elaborada e instituída pelo sujeito ativo (Estado), onde o sujeito passivo (Contribuinte) deve recolher o tributo em moeda corrente do país. Em razão do princípio da legalidade, nenhum tributo poderá ser cobrado sem existência de lei.

O Código Tributário Nacional (CTN) traz no *caput* do artigo 3º, o conceito de tributo:

Tributo como toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção por ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (BRASIL, 1966)

Amaro (2014, P. 47) define tributo como “prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público”.

Visando equilibrar as contas públicas, o Estado muitas vezes recorre para o aumento de tributos. Contudo, nota-se, que esses aumentos trazem grande insatisfação da população, visto que, comprometem cerca de 40% da renda dos cidadãos brasileiros. De acordo com o relatório da pesquisa realizada pelo o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT, 2016), os brasileiros já trabalharam em 2016, cerca de 153 dias para pagar tributos, e, o que mais entristece o cidadão, é que, apesar de toda essa carga tributária, não se percebe o retorno em benefícios, tais como: educação, saúde e segurança pública.

Entende-se que a melhor maneira de mensurar a carga tributária, é compara-la com o total da riqueza gerada pelo sistema econômico em um determinado período.

Ressalta-se, que o total dessa riqueza é obtido através do Produto Interno Bruto (PIB) que representa a somatória dos valores adicionados de todas as riquezas produzidas pelos seus agentes econômicos (pessoas físicas, pessoas jurídicas, associações, fundações, entidades).

Neste sentido, segue os percentuais da carga tributária sobre o PIB apontados pela Receita Federal do Brasil (RFB) no ano de 2014 (quadro 1):

Quadro 1: Percentual da Carga Tributária sobre o Produto Interno Bruto em 2014.

<b>Componentes</b>	<b>R\$ bilhões</b>
Produto Interno Bruto	5.521,26
Arrecadação Tributária Bruta	1.847,74
Carga Tributária Bruta	33,47%

Fonte: RFB (2014) – Elaboração Própria.

Ressalta-se, segundo os dados apresentados, a carga tributária do ano de 2014 atingiu 33,47% de toda riqueza gerada em nosso país.

De acordo Oliveira (2014, p. 5) “[...]o Sistema Tributário Nacional está estruturado de forma a permitir ao Estado a cobrança de: impostos, taxas e contribuições de melhoria”. Pela definição de Carvalho (2007, p. 36), o imposto é “[...] o tributo que tem por hipótese de incidência (confirmada pela base de cálculo) um fato alheio a qualquer atuação do Poder Público”.

Ao analisar essa definição e compara-la com o a legislação tributária, percebe-se que está em consonância com o artigo 16, do CTN, que reza: “imposto é tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.” (BRASIL, 1966)

Acompanhando esta linha de raciocínio, entende-se que a incidência de impostos não tem nenhuma vinculação à atuação do Estado, mas sim ao fato gerador realizado pelo contribuinte, que podem ser: a circulação de mercadorias, a industrialização de produtos, a prestação de serviço, práticas de operações financeiras, auferimento de rendas, entres outras atividades.

Quanto à competência de instituir impostos, a Constituição Federal distribuiu, entre a União, Estado, Distrito Federal e Municípios. Sendo de competência da União os apresentados no artigo 153 da Constituição Federal de 1988: importação de produtos estrangeiros; exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; renda e proventos de qualquer natureza; produtos industrializados; operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; propriedade territorial rural; grandes fortunas, nos termos de lei complementar. (BRASIL, 1988).

Compete aos Estados e Distrito Federal a Constituição Federal dispôs em seu artigo 155: transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;propriedade de veículos automotores. E competência dos municípios os apresentados no artigo 156: propriedade predial e territorial urbana;transmissão "*inter vivos*", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;serviços de qualquer natureza. (BRASIL, 1988).

Diferentemente que os impostos, as taxas são tributos vinculados à ação estatal. Sua incidência é sempre atrelada a uma atuação do Estado,sendo utilizadas para retribuir o ônus inerente ao exercício regular do poder de polícia e os serviços específicos e divisíveis.

Carvalho (2007, p. 37, 38) leciona que:

Taxas são tributos que se caracterizam por apresentarem, na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de uma atividade estatal, direta e especificadamente dirigida ao contribuinte. Nisso diferem dos impostos, e a análise de suas bases de cálculo deverá exibir, forçosamente, a medida da intensidade da participação do Estado [...].

Além dos impostos e das taxas, a Constituição Federal permite que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios cobrem contribuições de melhoria por benefício financeiro trazido aos proprietários de imóveis por realização de obras públicas.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, além dos impostos, taxas e contribuições de melhoria, o legislador institui as contribuições sociais, buscando recursos para o Estado investir nessa área. Essas contribuições têm como base de incidência o lucro das entidades, o rendimento dos empregados e o faturamento das empresas.

Oliveira(2014, p.5) apresenta que “atualmente, são subdivididas em Contribuições ao INSS, Contribuição Sindical, Contribuição ao PIS/Pasep, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e Contribuição para o fundo de investimento social (Cofins)”.

## **2 CLASSIFICAÇÃO DE IMPOSTOS**

Os impostos podem ser classificados em impostos diretos e indiretos.Os impostos diretos incidem sobre o patrimônio e a renda, e são considerados tributos de responsabilidade pessoal.

Os impostos indiretos são aqueles que incidem sobre a produção e a circulação de bens e serviços e são repassados para o preço, pelo produtor, vendedor ou prestador de serviço.

SegundoSabbag (2014, p.424):

(...) o imposto indireto é aquele cujo ônus tributário repercute em terceira pessoa, não sendo assumido pelo realizador do fato gerador. Vale dizer que, no âmbito do imposto indireto, transfere-se o ônus para o contribuinte de fato, não se onerando o contribuinte de direito (exemplos: ICMS e IPI).

Além doICMSe o (IPI), também são considerados tributos indiretos as contribuições para o PIS/PASEP e a Cofins, uma vez que carga tributária desses tributos são repassadas para o preço e o ônus financeiro suportado pelo consumidor ou usuário final. No Brasil, esses tributos são a principal fonte de arrecadação de recursos financeiros. Á respeito, vale destacar os valores de arrecadação no ano de 2014, apresentado pelo RFB

Quadro 2: Fonte de Arrecadação do Sistema Tributário Brasileiro em 2014

<b>Tipo de Base</b>	<b>R\$ milhões</b>	<b>%</b>
<b>Total da Receita Tributária</b>	<b>1.847.739,70</b>	<b>100%</b>
Tributos sobre a Renda	332.879,71	18,02%
Tributos sobre a Folha de Salários	465.301,80	25,18%
Tributos sobre a Propriedade	77.077,43	4,17%
Tributos sobre Transações Financeiras	29.819,44	1,61%
Tributos sobre Consumo	942.666,55	51,02%
Outros Tributos	- 5,23	0,00%

Fonte: RFB, 2014 – Elaboração Própria.

Ao analisar os valores apresentados no quadro 2, no ano de 2014 o Brasil arrecadou o total de R\$ 1.847,739,70, sendo que desse total o valor de R\$ 942.666,55 referem a tributos incidentes sobre o consumo o que representa mais da metade de todo tributo arrecadado no país. De acordo com o IBPT, esses números indicam que o país está na contramão da cobrança de tributos, em relação aos países desenvolvidos, como por exemplo, no Japão e nos Estados Unidos que a tributação sobre o consumo é abaixo dos 20% (IBPT, 2016).

### 3 TRIBUTAÇÃO SOBRE CONSUMO

A carga tributária que incide sobre o consumo no Brasil, é determinada pelos tributos que oneram os produtos finais, ou seja, são repassados no preço de bens e serviços da indústria, comércio e prestadores de serviços, recaindo sobre o consumidor ou usuário final.

Assim, entende-se existir uma relação entre o rendimento, o consumo e a tributação, de forma que, quanto maior for o rendimento de um indivíduo, maior será o seu consumo e menor será o impacto tributário dos produtos consumidos, quanto menor for o rendimento de um indivíduo, menor será o seu consumo e maior será o impacto tributário sobre os produtos consumidos.

Abaixo será demonstrado como o ICMS, o PIS e a Cofinssão repassados para o consumidor ou usuário final, utilizando o cálculo “por dentro”, ou seja, o valor desses tributos integrando o preço de venda.

Considerando que o valor do produto sem inclusão de tributos seja de R\$ 100,00 e que as alíquotas de ICMS, Pis e Cofins sejam respectivamente de 18%, 1,65% e 7,6% totalizando 27,25%. Segundo Megliorini (20112, p. 239) temos a seguinte fórmula para incluir os tributos ao preço de venda:

$$\text{PV Sem Tributos} / 1 - \text{Carga Tributária}$$

Aplicando a fórmula:

$\text{PV Sem Tributos} / 1 - \text{Carga Tributária}$
$\text{PV} = \text{R\$}100,00 / 1 - 0,2725$
$\text{PV} = \text{R\$} 100,00 / 0,7275$
$\text{PV} = \text{R\$} 137,46$

Elaboração Própria.

Assim, o preço de venda com os tributos embutidos será de R\$ 137,46. Considerando que esse mesmo produto tenha alíquota do IPI de 10%.Megliorini (2012, p. 239) apresenta a seguinte fórmula para inclusão desse imposto.

$$\text{PV com IPI} = \text{PV com ICMS, PIS, Cofins} \times (1 + \text{IPI} \% / 100\%)$$

Aplicando a fórmula do citado autor:

$\text{PV com IPI} = \text{R\$ } 137,46 \times (1 + 0,10)$
$\text{PV com IPI} = \text{R\$ } 137,46 \times 1,10$
$\text{PV com IPI} = \text{R\$ } 151,21$

Elaboração Própria.

Analisando o exposto percebe-se os tributos sobre consumos incidente sobre o produtos representou 51,21% do preço de vendas sem tributos. A empresa que produziu e vendeu o produto apenas irá recolher esse valor aos cofres públicos: Federal e Estadual, enquanto o consumidor final irá suportar toda a carga tributária.

Dessa maneira quem tem uma renda menor paga mais tributos do que aquele tem uma renda maior, tornando-se uma tributação injusta, pois onera quem ganha menos.

Embora na Constituição Federal estabeleça no § 1º, do artigo 145, o princípio da capacidade contributiva do contribuinte, que por uma simples definição seria a capacidade de pagamento de tributos, quando se trata dos tributos indiretos isto se torna subjetivo, ao passo que os tributos indiretos embutidos no consumo em nada se avalia a capacidade econômica do consumidor. Por sua vez, na tributação direta sobre a renda e patrimônio esse princípio se torna objetivo avaliando a riqueza e capacidade econômica do contribuinte.

## CONCLUSÃO

O presente buscou conhecer e analisar a tributação incidente sobre consumo no Brasil. Neste sentido, foi abordado o que é tributo, quais suas espécies e sua classificação; também foram apreciados, os dados apresentados pela Receita Federal do Brasil, que nos demonstraram que, a principal fonte de arrecadação foi à tributação sobre consumo, que representou cerca de 51,02% do total arrecadado.

Tal resultado demonstrou que o Brasil está na contramão dos países desenvolvidos, como por exemplo, do Japão e dos Estados Unidos, onde a tributação sobre consumo não ultrapassa 20%.

Neste contexto, nota-se que o sistema tributário brasileiro precisa ser reavaliado, pois a tributação sobre o consumo onera aquele que tem uma renda menor, o que torna uma tributação injusta. Os tributos sobre o consumo conforme foram explanados, estão atribuídos ao preço de venda, ao passo que o consumidor ou usuário final torna-se o contribuinte de fato desses tributos.

Assim, conclui-se, que a forma de tributação mais justa seria aquela com maior tributação sobre a renda e patrimônio, diminuindo a tributação sobre consumo, onerando quem ganha mais e possui um patrimônio maior. Desta forma, estaria em perfeita harmonia com o princípio da capacidade contributiva prevista na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Saraiva.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 16 jun 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em 23 jul 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. **Carga Tributária no Brasil – 2014**. 2014. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/29-10-2015-carga-tributaria-2014>>. Acesso em: 06 ago de 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

IBPT. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação BRASIL. **Brasileiro Trabalha até 1º de junho só para pagar impostos**. Disponível em: <<https://www.ibpt.com.br/noticia/2465/Brasileiro-trabalha-ate-1o-de-junho-so-para-pagar-impostos>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Na contramão do mundo, Brasil tributa mais o consumo**. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/2489/Na-contramao-do-mundo-Brasil-tributa-mais-o-consumo>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

MEGLIORINI, Evandir. **Custos: análise e gestão**. 3. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2012.

OLIVEIRA, Luís Martins de; et al. **Manual de Contabilidade Tributária: Textos e Testes com Resposta**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\*\*\*

## ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* PROATIVIDADE JUDICIAL

### JUDICIAL ACTIVISM *VERSUS* COURT PROACTIVISM

GT4: JUDICIÁRIO E DEMANDAS SOCIAIS

PATRÍCIA SILVA DE ALMEIDA

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA - UNIMAR

[jpalmeyda@via-rs.br](mailto:jpalmeyda@via-rs.br)

JONATHAN BARROS VITA

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA - UNIMAR

[jbvita@gmail.com](mailto:jbvita@gmail.com)

**RESUMO:** Fenômeno usual e recorrente, o ativismo judicial é o oposto da proatividade judicial. O ativismo judicial pejorativamente tratado como espécie de judicialização, reflete inconstitucional. Em breve análise, o presente ensaio, tem por objeto o estudo do fenômeno do ativismo judicial versus a proatividade interpretativa do judiciário, apresentando por objetivo geral um estudo sobre a inter-relação entre o sujeito-intérprete e o objeto analisado, a conjunção entre o sentimento e o pensamento para fins

de uma correta análise jurídica, atente à importância do agir com proatividade no âmbito judicial ao invés do ativismo. Para a obtenção do resultado desejado será utilizado o método de investigação hipotético dedutivo, complementado de referencial bibliográfico.

**Palavras-chave:** judicialização; ativismo judicial; proatividade judicial.

**ABSTRACT:** Usual and recurring phenomenon, judicial activism is the opposite of judicial proactivity. The judicial activism pejoratively treated as kind of legalization reflects unconstitutional. In brief analysis, this test has the purpose to study the phenomenon of judicial activism versus interpretive proactivity of the judiciary, with the general objective of a study on

the interrelationship between the subject-interpreter and the analyzed object, the conjunction between feeling and thinking for the purpose of a correct legal analysis, be aware of the importance of acting with proactivity in the judicial environment rather than activism. To obtain the desired result will be the deductive hypothetical method of investigation, complemented bibliographic reference.

**Key-words:** judicialization; judicial activism; proactivity court

## INTRODUÇÃO

Introduzir o tema deste ensaio no campo de pesquisa acadêmica é possibilitar uma reflexão acerca do fenômeno ativismo judicial. Refletida como uma modalidade depreciativa do gênero judicialização, criticamente pugna-se pela troca do modelo ativismo judicial, pela pertinente proatividade judicial. Recentemente, em palestra proferida pelo ex-ministro e constitucionalista Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, se questionou acerca da inconstitucionalidade do ativismo judicial e a necessária mudança postural do Poder Judiciário frente aos casos de feição social, pois quando aplicado de forma abusiva, desvirtua o papel do judiciário.

Nota-se que, as dificuldades encontradas pelo intérprete em separar sua vontade subjetiva da vontade do objetiva normativa, acarreta ao sujeito-intérprete uma interpretação carecedora de tecnicidade pois, uma correta e capacitada hermenêutica, passando, indubitavelmente, não somente pelo plano da razão, como também pelo plano do sentir. Decidir nada mais é do que a conjunção do sentir mais pensar visando conciliar ambos os atributos de modo técnico.

Assim, é fundamental que o sujeito interpretador do ordenamento jurídico, eficazmente compreenda o ordenamento jurídico como um "todo axiológico", para que a partir disso perceba melhor o papel do judiciário frente as demandas sociais, o que será brevemente disposto, tão-logo, no presente trabalho.

## DESENVOLVIMENTO

A temática posta em análise é atual e representa foco de várias discussões jurídicas. A doutrina aborda o fenômeno do ativismo judicial como o exacerbado protagonismo do Poder Judiciário em assuntos de importância nacional. Quando nos referimos ao fenômeno ativismo judicial estamos nos posicionando a respeito da atitude que o intérprete-magistrado tem ao escolher - dentro de sua subjetividade -, qual o caminho para interpretar a norma posta. Segundo faz constar Luís Roberto Barroso, a idéia de ativismo judicial significa, [...] participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes (BARROSO, 2008, p. 78).

Todavia, convém estabelecer a diferença entre dois institutos próximos, porém muito distintos: o ativismo judicial e a proatividade judicial. O ativismo judicial, embora aceito como prática, quando em demasia, é abusivo e, nas palavras do ex-ministro

Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, declarado inconstitucional.(BRITTO, 2016). O intérprete vai além do sentido jurídico da interpretação (do potencial normativo contextual), seja quando analisa uma tese jurídica, seja quando adentra no plano fático da lide.

O dito fenômeno pode ser vislumbrado como modo pejorativo do gênero judicialização, visto que esta é abrangente, complexa, consistindo na transferência de poder, centralizado nas mãos do Poder Judiciário, para que o mesmo possa decidir questões de grande relevância não concretizadas pelos demais poderes. O seu alcance está para além do contexto judicial, por influenciar diretamente no contexto social. A carga decisional comporta elementos de influência político-social.

E não obstante a judicialização (gênero) e o ativismo judicial (espécie) andem na mesma toada, a judicialização é fato decorrente do modelo constitucional adotado, não representando um exercício mero de vontade do sujeito intérprete; porquanto o ativismo judicial é uma atitude de escolha de como interpretar a Constituição Federal expandindo sentido (BARROSO, 2010).

O termo ativismo judicial é polissêmico, um substantivo representativo que comporta vários sentidos despectivos, a citar, o propósito beligerante de litigar, de fugir da conciliação, do entendimento sem o uso da máquina estatal, com necessária interferência judicial; bem como representa o sentido de usurpação de competência estabelecida pela Constituição. O poder judiciário se substitui na atribuição própria do poder legislativo, impondo sua posição ao interpretar a norma, prevalecendo a vontade subjetiva do intérprete sobre o material normativo objetivo, outrora interpretado por outro poder. A decisão sai exclusivamente da cabeça do julgador, sonogando uma objetiva interpretação técnica. Pode-se afirmar quando se percorre um caminho que vai além da normatividade da sentença como um todo, quando se está para além do sistema positivado, se incorre em ativismo.

Mas veja bem, deve ser considerado que o todo cidadão é um ativista por natureza; e a crítica construtiva não está centrada no art.1º, II, do texto constitucional, representativo da interação existente entre o cidadão e a sociedade, a abertura para o coletivo também denominada de ativismo. Longe dessa crítica! Cidadania é agir com ativismo com viés social.

Contudo, retomando, quando se compartilha a idéia que o ativismo judicial é inconstitucional por implicar subjetividade nas decisões judiciais, entendessemos que a interpretação proativa representa o oposto desse fenômeno, sendo um dever do intérprete aplicar a melhor interpretação em processos de feição subjetiva. É precípuo o papel do intérprete em buscar respostas dentro do ordenamento jurídico, mantendo a ordem sistêmica, pois, interpretar é desvelar argumentativamente a norma, quer seja um fragmento de norma, quer seja uma pluralidade, nunca desrespeitando o ordenamento como um todo jurídico. Requer, pelo intérprete, haver disposição de interpretar objetivamente o material jurídico, burlando obstáculos existente entre o conteúdo normativo e o sujeito. Para tanto, a tarefa árdua é afastar as pré-compreensões, os pré-conceitos e os pré-juízos, estabelecendo um campo neutro de compreensão por que interpretar não é apenas um método, passa, indubitavelmente pela "existência do intérprete e sua compreensão acerca de mundo." (GADAMER, 1997, p. 403). Nesta senda, para que haja a proatividade do intérprete este precisa sopesar a sua vontade subjetiva e a vontade objetiva do legal. Do contrário, ele usurpa e se arvora como principal fonte de direito, ainda que não o seja.

E nesse contexto, importante frisar, o papel do legislador se faz fundamental. É ele quem traz dinamização ao sistema jurídico; nunca esquecendo o dever de buscar suporte no texto constitucional, a julgar que é ela quem carrega todos os direitos fundamentais.



O Estado é quem personaliza a ordem jurídica (objetivamente) e jamais emancipa atos e normas que não estejam em conformidade com a Constituição. O ordenamento jurídico é *ad aeternum* submisso a nossa Constituição. E a atividade do Poder judiciário somente se legitima quando interpreta com base no ordenamento, evitando qualquer afronta ao mesmo.

O Direito enquanto ciência é criação da sociedade. A sociedade depende dessa parte que esta organizada e escalonada recepcionada pela Constituição Federal, nas palavras do ex-ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto [...] a constituição deve ser vista como uma espécie de "bússola", um "imã" que orienta a aplicação do direito positivo (BRITTO, 2016).

Então, o ativismo judicial enquanto fuga do direito positivo, representativo da voluntarismo interpretativo - a substituição do subjetivo pelo objetivo - deve ser coibido. Se o ativismo é proibido, a proatividade é um modo de interpretar comprometido com o material jurídico a ser interpretado. A pré-disposição para analisar a norma deve ser ato obrigatório, ainda que dependa de alguns pressupostos subjetivos para retirar a sua subjetividade da análise (o ego, a personalidade do intérprete, o autoritarismo, etc). O ponto de partida concentra-se em desentranhar a vontade subjetiva do intérprete e apartá-lo do objeto, sem esquecer: quem interpreta deve assumir a compreensão de que é possível conciliar o sentimento e o pensamento.

O sujeito que se reconhece como sujeito de direitos e reconhece o seu próximo com alteridade (BUBER, 2015), possui a compreensão que o pensamento passa pelo sentir. O direito não é apenas algo que se pensa, ele caminha pela esfera do sentir. E não é à-toa: o substantivo sentença tem haver com o verbo sentir. O pensamento é o *locus* de virtudes positivas, denominados conceitos, equações, teoremas, entre tantos outros. Então para tudo que se for analisar, lembrando a lógica hegeliana, o pensamento descreve uma trajetória lógica que passa por uma lógica binária (tese+antítese) que desemboca num ponto de unidade (síntese), pois, [...] pensar é agir, operar e transformar (BAVARESCO, 2014, p. 245).

No entanto, inexistente pensamento sem passar pelos sentimentos. Aquele que estuda o direito, mormente, percorre sentimentos para chegar ao pensamento. A sentimentalidade é científica, conforme descreve Hume, faz parte do processo de captura científica para se chegar ao objeto da investigação (GUIMARÃES, 2011); porém sozinha isola o objeto observado. É necessário o casamento entre o sentimento e o pensamento para se chegar ao ideal de consciência jurídica.

E nesse ínterim, podemos alegar que o direito esta a serviço da justiça. O Direito não é sinônimo de justiça; é meio para o alcance desta (DERRIDA, 2007). Quando a idéia de justo tem o sentido de justiça (para alguns uma *aporia* incontestável), há maiores possibilidades de conciliar o pensamento e sentimento na interpretação do ordenamento. A cambiância de vida, as mudanças sociais - na perspectiva de aperfeiçoamento constante -, assim como o encaixe num processo humanístico, justifica o porquê do direito necessita estar a serviço da sociedade. O intérprete tem que possui um sentimento de pertença a uma comunidade. Este elo de pertencimento prova a consciência do sujeito-intérprete com o seu julgamento (BRITTO, 2016).

A Constituição Federal defende o princípio da dignidade da pessoa humana, abrangendo as três vertentes de nosso direito: a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Os direitos fundamentais constroem a personalidade humana, sendo válido tanto no plano do individual, quanto no plano coletivo. O direito brasileiro constrói seus juízos de valores baseados na imprescritibilidade ética e na segurança jurídica, o que significa que a ausência de lei posta, não representa a ausência de direito.

Destarte, juízos técnicos para serem aplicados com fundamento, requerem uma base normativa sólida. Esta postura científica objetiva, começa pelo manejo subjetivo entre o

sentimento-pensamento que culmina na consciência, um resultado que desemboque no estado superior da consciência humana.

### CONCLUSÃO

Conclui-se que a problemática posta nas considerações anteriores, requer uma delicada análise acerca da inconstitucionalidade que o ativismo judicial representa na atualidade. A validade das decisões proferidas pelo Poder judiciário quando o mesmo é instado a se manifestar em assuntos de competência dos demais poderes, originam o fenômeno do ativismo judicial, que por ora deve ser evitado. Destarte, almeja-se, a atuação do Poder Judiciário deve ser com maior proatividade interpretativa, mormente nas decisões de feição subjetiva - questões fáticas que envolvem direitos subjetivos como saúde, educação, saneamento, família, entre outras -, lembrando, para se chegar a uma perfeita análise técnica objetiva da norma, o sujeito-intérprete precisa despir-se da sua exclusiva vontade subjetiva (ego e autoritarismo), procurando sempre interligar sentimento-pensamento para fim de chegar a um ideal de conciliação técnica jurídica.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. IN: \_\_\_\_ (org). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/123506667017421818190.pdf>> Acessado em: 12/11/2015.

BAVARESCO, Agemir; COSTA, Danilo Vaz-Curado R. M. *Transição da lógica à filosofia-real em Hegel*. *Cognitio*, São Paulo, v.15, n.2, p.243-256, jul./dez., 2014.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. *O ativismo judicial e a proatividade: "do sujeito cognoscente ao objeto cognoscível"*. IN: *Semana Jurídica da LFG*, São Paulo: LFG, 2016 (palestra proferida em 26 de setembro de 2016).

BUBER, Martin. *Eu e Tu*. São Paulo: Centauro, 2015.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

GUIMARÃES, Lívia. *Ceticismo, naturalismo e sentimentalismo: as contribuições de Hume*. *Revista do Instituto Humanista da UNISINOS - IHU online*, ano XI, n. 369, 2011. ISSN:1981-8793. Disponível em:

<<http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com-content&viem=article&id=3989&secao=369>>. Acessado em: 29 de setembro de 2016.

\*\*\*

**JURISDIÇÃO E ARBITRAGEM**  
**JURISDICTION AND ARBITRATION**  
GT4 - JUDICIÁRIO E DEMANDAS SOCIAIS  
ALUISIO FRANCISCO DE ASSIS CARDOSO BRINGEL  
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR,  
aluisio.viva@gmail.com

JUSSARA BORGES FERREIRA  
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR  
jussara@bflaw.adv.br.

## **RESUMO**

O presente trabalho, utilizando o método dedutivo e finalístico, tem por objetivo o estudo da arbitragem e do instituto da jurisdição, sua definição, trazendo uma breve evolução histórica da legislação acerca da arbitragem, verificando se possui natureza jurisdicional. Um fator que reforça a relevância desse estudo é o fato do poder Judiciário estar sobrecarregado, com isso o cidadão tem o direito de buscar uma jurisdição mais rápida e efetiva, consagrando assim o verdadeiro acesso à justiça.

Palavras-chave: Jurisdição; Natureza Jurídica; Arbitragem;

## **ABSTRACT**

This article aims, using deductive and finalistic method, has the purpose to study the arbitration and the analysis of jurisdiction, your definition, bringing a brief historic evolution of legislation on arbitration, checking if has jurisdictional nature. A factor that reinforces the relevance of this study is that the judiciary be overloaded, with that the citizen has the right to seek a court faster and more effective, so consecrating true access to justice.

Keywords: Jurisdiction; Juridic Nature; Arbitration;

## **INTRODUÇÃO**

Em meio aos vários problemas que existem no Judiciário, como a lentidão do processo e altos custos processuais, surge a arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a origem da arbitragem e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Buscando demonstrar posições diversas da doutrina sobre a natureza Jurisdicional da arbitragem.

Com o surgimento de tal mecanismo, afloram também vários questionamentos sobre sua constitucionalidade e natureza jurídica.

A arbitragem é a cada dia mais utilizada, devendo ser estudada, levando em consideração, quais os benefícios que este instituto pode proporcionar ao cidadão, bem como suas peculiaridades.

## **DESENVOLVIMENTO**

A arbitragem traz um dos mais antigos instrumentos de composição de conflitos pela heterocomposição, ou seja, a solução do conflito por um terceiro imparcial.

O Código Civil de 1916 trazia em seu texto a arbitragem, sob o título de “compromisso” (arts. 1.037 a 1.048), mas não fora muito utilizado com meio de solução de conflitos, uma vez que, o Código de Processo Civil de 1973, em seus artigos 1.085 a 1.102, exigia a homologação do “laudo arbitral” (hoje equivalente à sentença arbitral), por sentença judicial, com isso, o Poder Judiciário acabava por se transformar em uma espécie de segundo grau de jurisdição da arbitragem.

A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, equiparou o árbitro ao juiz togado no desempenho da arbitragem (art. 18), trazendo a sentença arbitral, dispensando o apelo do Judiciário. Enfatizando ainda, que a decisão do árbitro é título executivo judicial (CPC. Art. 515, VII), fazendo coisa julgada material ao pôr fim no mérito do conflito.

A Arbitragem é um sistema especial de julgamento, com força executória reconhecida, onde “duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, escolhem de comum acordo, a quem confia o papel de resolver-lhes pendência, assumindo os litigantes em aceitar e cumprir a decisão proferida”. (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 763).

Com o advento da Lei 9.307/96, a arbitragem passou a ser um meio alternativo para a solução de conflitos, ou “meio adequado” de solução de controvérsias (CARMONA, 2009, p.31).

A constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi objeto de julgamento do Supremo Tribunal Federal, no Agravo regimental em Sentença Estrangeira nº 5206-7, oriundo do Reino da Espanha, julgado em 12 de dezembro de 2001. Ocasão em que o STF declarou a constitucionalidade da lei.

Sobre a constitucionalidade da lei de Arbitragem, pode-se afirmar, que o problema maior se firmou em torno do artigo 5º, XXXV da CF, no que tange a não exclusão por lei, da apreciação pelo Poder Judiciário, sobre lesão ou ameaça a direito, o que não é o caso do juízo arbitral, pois nesse caso, o que se exclui é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Seria inconstitucional a Lei da Arbitragem, se negasse as partes o acesso ao Poder Judiciário, existindo, casos de arbitragem obrigatória, mas assim, não o fez. Uma vez que as partes são livres para escolher entre o juízo estatal e o arbitral, para solucionar a lide existente entre elas, não se pode falar em inconstitucionalidade.

Ao ser apreciada a constitucionalidade do diploma legal, surge o problema sobre a natureza jurídica da arbitragem de um lado alguns autores afirmam que a arbitragem tem somente um viés privado e a função jurisdicional é exclusividade do Estado. Tendo a Jurisdição como “função do Estado destinada à solução imperativa, substitutiva e com ânimo de definitividade de conflitos intersubjetivos e exercida mediante a atuação do direito em casos concretos”. (BUENO, 2012, p. 244).

Dinamarco também define jurisdição como “função exercida pelo Estado através de agentes adequados (os juízes), com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supra individuais e aos demais escopos do sistema processual”. (DINAMARCO, 2002, p. 309).

Os defensores desse posicionamento, acreditam que somente juízes podem exercer a jurisdição, restando tão somente a estes o poder de “dizer o direito”, considerando a jurisdição, portanto, um monopólio estatal, trazendo como base o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF).

Do outro lado, a natureza jurisdicional da arbitragem é defendida por grande parte da doutrina, que acredita na jurisdição, com sendo o poder repassado por terceiros a alguém imparcial, para que este possa aplicar a norma e pôr fim a um conflito por meio de um processo, prolatando sentença, produzindo coisa julgada material e, imposta aos litigantes. (SCAVONE JUNIOR, 2015, p. 04).

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição, pois o árbitro exerce a jurisdição ao aplicar o direito ao caso concreto, colocando fim à lide existente. A arbitragem é meio de pacificação social e a sentença arbitral tem qualidade de título executivo judicial, não existindo a necessidade de ser homologada pelo Poder Judiciário. (NERY JUNIOR, 1997, p. 1.300).

A arbitragem é a jurisdição exercida fora do âmbito do Estado, uma vez que as partes são livres para transigir sobre seus direitos patrimoniais e disponíveis.

O art. 5º, XXXV, da CF, deve ser interpretado, de modo que o Estado não se excluirá na apreciação de conflito levado a ele, mas uma vez atendidos os requisitos legais da capacidade e objeto da arbitragem, a mesma possa ser vista como extensão da jurisdição para solucionar conflitos.

A arbitragem é legítima integrante do conceito de jurisdição, “A diferença substancial repousa no fato de que, nesse caso, o Estado autoriza a regular o exercício desse poder por particular, por meio de lei própria, a Lei de Arbitragem”. (AMARAL; FERREIRA, 2014, P. 13).

O cidadão tem a faculdade entre valer-se da arbitragem ou invocar o judiciário. Já o Estado, não pode afastar do controle jurisdicional as divergências, quando o cidadão

assim o fizer. “O inciso XXXV do art. 5º da CF/88 preconiza que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...] não o afastando, por vedação constitucional, um novo modelo de solução de litígios antes de eventual ingresso em juízo” (FONSECA, 2009, 52).

O código de Processo Civil traz claramente a dualidade jurisdicional, elencando a jurisdição estatal e jurisdição arbitral.

O artigo 3º do CPC de 2015, traz a preocupação em tentar solucionar os conflitos de maneira consensual, enfatizando assim como em nossa Constituição Federal, que a apreciação jurisdicional de lesão ou ameaça a direito, não será excluída, mas logo em seu §1º, traz expressamente que a arbitragem é permitida na forma da lei.

O artigo 42 do CPC, diz que as causas cíveis serão julgadas pelo juiz nos limites de sua competência, mas demonstra também que as partes têm o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

É fato notório que a sentença judicial, demanda um lapso temporal de anos para encontrar sua solução final, já a sentença arbitral, pela experiência até agora, demora alguns meses, e produz os mesmos efeitos da sentença transitada em julgado.

São inúmeras as vantagens na utilização da arbitragem, dentre elas a especialização, celeridade, irrecurribilidade, informalidade e confidencialidade.

Mesmo que obrigatoriamente o processo deva ser levado ao Judiciário, na fase de execução forçada de sentença arbitral, o mesmo não perde a sua natureza jurisdicional, por não poder executar sua sentença.

## CONCLUSÃO

A arbitragem é um importante mecanismo para a solução de conflitos, estando presente no Código Civil de 1916, mas ao final do processo arbitral da época, o árbitro teria a obrigação de entregar as partes um laudo arbitral, equivalente da sentença arbitral atual, porém o mesmo deveria ser homologado pelo Judiciário, para só então ter validade de título executivo judicial.

Com o surgimento da Lei 9.307/96, a arbitragem passou por mudanças, sendo a sentença arbitral, título executivo judicial.

A Lei da Arbitragem foi alvo de apreciação de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou sua constitucionalidade no ano de 2001.

O Estado tem o monopólio da jurisdição, assegurando que somente um juiz, pode “dizer o direito”. Por outro lado, a arbitragem tem natureza jurisdicional, por ter função de pacificação de conflito, com nítido caráter de colaboração com o Estado, na busca de seus objetivos essenciais.

Conclui-se que a arbitragem é meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos, decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral. Demonstrando que o cidadão, quando possível, pode optar por qual tipo de jurisdição quer tentar solucionar o conflito. Diante do trabalho apresentado restou demonstrado que a jurisdição arbitral não fere o artigo 5º inc. XXXV/CF e a legislação infraconstitucional, pelo contrário, uma vez que o novo Código de Processo Civil, traz a arbitragem em diversas partes de seu texto.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, A. C. C. Z. M.; FERREIRA, Jussara S. A. B. N. In: Prof. Dr<sup>a</sup>. Tânia Lobo Muniz; Prof. Dr. Miguel Etinger de Araújo Júnior. (Org.). **Estudos em Direito Negocial e os Mecanismos Contemporâneos de Resoluções de Conflitos**. 1. ed. Biriquí - SP: Boreal Editora, 2014, v. 1, p.13.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 1, 2. ed., p. 244.

- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**, 3. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p.31.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem. In: **O direito internacional no terceiro milênio: Estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marota Rangel**, coord. Luiz Olavo Baptista e José Roberto Franco da Fonseca. São Paulo: LTR, 1998, p. 763.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, São Paulo: Malheiros, 2002, 2. ed. , vol. 1, p. 309.
- FONSECA, José Arnaldo da. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, 2009, p. 52.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**, 3. Ed, São Paulo: RT, 1997, p. 1.300.
- SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação**, 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 04.

\*\*\*

## **NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO SOBRE O PROCESSO**

### **BUSINESS LEGAL PROCESS AND THE POSSIBILITY OF TRADING ON THE PROCESS**

GT1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

ENÉIAS DOS SANTOS COELHO  
UNIMAR  
eneiascoelho@hotmail.com

JUSSARA BORGES FERREIRA  
UNIMAR  
jussara@bflaw.adv.br

**RESUMO:** O tema do presente resumo é o negócio jurídico processual e a possibilidade de negociação sobre o processo. Muito se discute sobre a possibilidade dos sujeitos processuais pactuarem regras próprias do processo. O objetivo é apontar as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil que possam reforçar a existência do negócio jurídico processual. Em especial, abordar a cláusula geral de flexibilização ou negociação do processo prevista no art. 190 do novo Código de Processo Civil. O método utilizado para o desenvolvimento deste trabalho foi o dedutivo, a partir da análise da teoria do fato jurídico e sua aplicação no processo civil. Ademais, a partir das regras no novo Código de Processo Civil que permitem aos sujeitos processuais traçarem regras próprias sobre o processo, afirmar a existência do negócio jurídico processual. O tema abordado apresenta relevância na medida em que traz argumentos para afirmar a existência de negócio jurídico processual, bem ainda pontuar características sobre instrumento processual inédito em nosso ordenamento.

**Palavras-chave:** Negócio jurídico processual. Flexibilização do processo.

**Abstract:** The theme of this summary is the procedural legal business and the possibility of negotiation on the process. There is debate about the possibility of

procedural subjects pactuarem own rules of procedure. The goal is to point out the innovations brought by the new Civil Procedure Code that can strengthen the existence of procedural legal business. In particular, address the general principle of flexibility or negotiation process provided for in art. 190 of the new Civil Procedure Code. The method used for the development of this work was deductive, from the analysis of the theory of legal fact and its application in civil proceedings. Moreover, from the rules in the new Civil Procedure Code that allow procedural subjects traçarem own rules about the process, affirming the existence of procedural legal business. The topic has relevance in that it brings arguments to assert the existence of procedural legal business and still score features on unprecedented procedural tool in our planning.

**Keywords:** Procedural legal business. Flexibility of the process.

## **INTRODUÇÃO**

O negócio jurídico clássico tem em sua essência a marca do predomínio da autonomia da vontade, o que leva a ser um instituto jurídico marcadamente privado.

Por causa desta característica, muito se discute na doutrina processualista nacional acerca da efetiva existência do negócio jurídico processual, em que se permite que declarações de vontades dos sujeitos processuais sejam fontes do direito processual, especialmente em razão deste ser marcado pelo publicismo.

Diante desta discussão se analisará a estrutura da teoria do fato jurídico aplicado ao processo civil e as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, capazes de afirmar a existência do chamado negócio jurídico processual.

Ademais, como instrumento marcadamente negocial, será analisada a permissão de flexibilização de regras processuais, inclusive a inovação de direitos e deveres na relação jurídica processual, tomando-se como esteio o acordo de vontades firmado pelos sujeitos processuais.

Por fim, se passará em revista acerca dos requisitos para a negociação do processo, não se olvidando dos limites impostos a qualquer direito previsto no ordenamento jurídico pátrio.

## **DESENVOLVIMENTO**

Como qualquer fato observado no mundo fenomênico, os que de alguma forma tenham relação com o processo podem ser classificados como fatos jurídicos processuais.

Não se pode olvidar que muito se discute na doutrina nacional qual o tipo de relação que o fato jurídico percebido deve ter com o processo para que receba a qualificação de processual.

Entretanto, o presente trabalho não permite incursões doutrinárias acerca das correntes existentes. Basta a afirmação de que os fatos jurídicos qualificados como processuais subsomem-se a normas constantes do ordenamento jurídico processual e produzem seus efeitos num processo.

Para Cunha (2015, p. 32) os fatos jurídicos processuais comportam as seguintes espécies: - fato jurídico processual em sentido estrito; - ato jurídico processual em sentido amplo; - ato-fato processual.

Conforme Theodoro Junior (2016, p. 473) o fato jurídico processual em sentido estrito é o acontecimento não humano, decorrente da natureza, cujo ordenamento jurídico, diante de sua relevância, conferiu efeitos jurídicos a serem sentidos num processo. Aponta-se como exemplo de fato jurídico processual em sentido estrito a morte do advogado constituído nos autos, em que o Código de Processo Civil estabelece efeitos a serem percebidos no processo.

O ato-fato processual, conforme Cunha (2015, p. 33) é o acontecimento previsto no ordenamento jurídico, cuja prática é humana, contudo, o seu elemento volitivo é desprezado, percebendo-se os efeitos jurídicos legalmente previstos.

Já o ato jurídico processual em sentido amplo se subdivide em: - ato jurídico processual em sentido estrito; - negócio jurídico processual.

O ato jurídico processual em sentido amplo "é todo aquele comportamento humano volitivo que é apto a produzir efeitos jurídicos num processo, atual ou futuro." (DIDIER JR., 2016, p. 378)

Considerando as espécies de ato jurídico processual em sentido amplo, percebe-se que o ponto comum entre ao ato jurídico processual em sentido estrito e o negócio jurídico processual é a sua origem, já que decorrem necessariamente de uma conduta humana voluntária.

Os atos jurídicos processuais em sentido estrito "são manifestações ou declarações de vontade em que a parte não tem qualquer margem de escolha da categoria jurídica ou da estruturação do conteúdo eficaz da respectiva situação jurídica." (CUNHA, 2015, p. 34)

Antes de traçar a diferença entre o ato jurídico processual em sentido estrito e o negócio jurídico processual, insta realçar que a diferença entre o primeiro e o ato-fato jurídico processual reside na irrelevância da vontade, pois para este, praticado o ato os efeitos são percebidos independentemente da intenção do sujeito, cujo exemplo é a revelia.

No tocante ao ato jurídico processual em sentido estrito, para Cunha (2015, p. 34) a vontade do agente é importante para produção dos efeitos, em que pese estes se encontrarem hermeticamente previstos na lei, apontando-se como exemplo a penhora.

Por derradeiro, o negócio jurídico processual embora decorra da declaração ou manifestação voluntária do sujeito, difere do ato jurídico processual em sentido estrito na sua estrutura e eficácia, na medida em que aos agentes é permitido estabelecerem efeitos ou procedimentos próprios.

Ressalta-se que a doutrina processualista sempre se apresentou dividida quanto a possibilidade da existência do negócio jurídico processual, sob os seguintes argumentos:

[...] as opiniões contrárias à existência dos negócios jurídicos processuais partem do pressuposto de que somente há negócio jurídico se os efeitos produzidos decorrerem direta e expressamente da vontade das partes, o que não ocorreria no processo, ou porque os efeitos decorrem da lei, ou porque seria necessária a intervenção judicial para que se produzam. (CUNHA, 2015, p. 36)

Contudo, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, mesmo diante dos argumentos contrários apresentados, havia quem defendesse a existência de negócios jurídicos processuais, sejam qualificados como típicos, a exemplo da possibilidade de acordo entre as partes para a suspensão da tramitação processo, ou atípicos, diante do disposto no art. 158 do citado código, que previa que "os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais."

Já o novo Código de Processo Civil, sem dúvida alargou os negócios jurídicos processuais típicos, trazendo inúmeras possibilidades inéditas das partes pactuarem acerca de situações processuais ou atos processuais, como a possibilidade de redução de prazos peremptórios (Art. 222), fixação de calendário processual (Art. 191), escolha consensual do perito (Art. 471) entre outras.

Veja-se que são hipóteses que através da declaração de vontade as partes ajustam atos que compõem o processo, reforçando a existência de negócios jurídicos processuais.



A mesma sorte possui os negócios jurídicos processuais qualificados como atípicos, já que a regra do Art. 173 do Código de Processo Civil de 1973 foi reproduzida no Art. 200 do Código de Processo Civil vigente.

E nesta quadra, o novo Código de Processo Civil inovou com a permissão das partes acordarem acerca do próprio procedimento, conforme a regra do Art. 190, que estabelece que "versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo".

Sá vê na regra de negociação do processo uma das maiores inovações do novo Código de Processo Civil, afirmando tratar-se da

[...] possibilidade de flexibilizar o procedimento ou, numa expressão que vem sendo muito utilizada pela doutrina, o neoprivatismo processual. Este constitui uma generalização contratual do negócio jurídico processual ou uma espécie de formalização contratual das relações processuais. (SÁ, 2016, p. 241).

Percebe-se que o ajuste permitido se enquadra como negócio jurídico processual, na medida em que faculta as partes a negociação acerca das regras de procedimento, alterando efeitos e até mesmo criando, aumentando ou diminuindo deveres e poderes.

Para DIDIER

O negócio processual atípico tem por objeto as situações jurídicas processuais - ônus, faculdades, deveres e poderes ("poderes", neste caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos). O negócio processual atípico também pode ter por objeto o ato processual - redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos, por exemplo. (DIDIER, 2016, p.385)

O Art. 190 do Código de Processo Civil apresenta-se como uma cláusula geral, propiciando aos sujeitos ajustarem não apenas os atos do processo, mas também permitindo a criar deveres, sanções e direitos, conforme verifica-se do enunciado 17 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

Por sua vez, o enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis enumera de forma exemplificativa algumas situações jurídicas processuais ou atos processuais sujeitos a negociação processual:

São admissíveis os seguintes negócios processuais bilaterais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo bilateral de ampliação de prazos das partes, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória.

Ainda, pela regra apontada se extrai que o momento para o ajuste entre os sujeitos não se restringe a pendência do processo, sendo permitido o acordo mesmo antes do seu início, podendo-se inferir que as regras processuais estabelecidas estejam previstas no próprio instrumento do negócio jurídico a ser eventualmente objeto de demanda.

Todavia, embora originariamente os negócios jurídicos sejam ditados pela autonomia da vontade, não se pode olvidar que o negócio jurídico processual além de exigir o preenchimento de todos os requisitos previstos do Código Civil para sua higidez, deve-

se atentar para que não traga regras abusivas ou que prejudique a parte da relação jurídica processual em situação de vulnerabilidade.

Sá afirma que a aplicação da regra deve-se atentar para

- i) que o direito posto em juízo seja sujeito a autocomposição [...] ii) que as pessoas possuam capacidade processual; iii) que versem exclusivamente sobre poderes, deveres, ônus e faculdades das partes; iv) que obedeçam as regras essenciais do devido processo legal. (SÁ, 2016, p. 242-243)

Observa-se que o direito discutido deve ser disponível para permitir a flexibilização das regras processuais através do negócio jurídico processual.

Ademais, o negócio jurídico processual firmado não pode ter o condão de afastar regras processuais que sirvam de proteção a direito indisponível, nem mesmo pode violar normas processuais cogentes ou vulnerar o devido processo legal.

Por fim, ressalta que o Juiz pode conhecer de ofício as nulidades do negócio jurídico processual. Salienta-se ainda que o negócio jurídico processual está sujeito as hipóteses legais de anulação dos negócios jurídicos em geral previstas do Código Civil.

## CONCLUSÃO

Pode-se conferir que Código de Processo Civil de 1973, de cunho estritamente publicista, ensejava dúvidas na doutrina pátria acerca da existência efetiva do chamado negócio jurídico processual, ecoando forte resistência quanto a disposição entre os sujeitos processuais de situações jurídicas ou atos processuais. Vivenciava uma grande rigidez do processo, admitindo-se poucas hipóteses em que os efeitos ou estruturas processuais pudessem ser ditadas pela vontade manifestada das partes.

Entretanto, o novo Código de Processo Civil, promoveu uma relativa abertura do processo, de maneira a permitir os influxos privados, notadamente com os ajustes entre as partes acerca de atos processuais e situações jurídicas.

A ideia de negócio jurídico processual sem dúvida ganha força com o novo Código de Processo Civil, especialmente diante das inúmeras medidas processuais que dão maior relevo para a participação dos sujeitos processuais, colocando-os como protagonistas do processo e permitindo a concretização de suas vontades para a busca de uma prestação jurisdicional justa.

Situação comprovada pela permissão legal de flexibilização do procedimento, prevista no Art. 190 do Código de Processo Civil, que permite inovar na ordem processual, prevendo novos deveres e direitos ou até mesmo a mudança de atos processuais de modo a melhor se adequar ao caso posto em discussão.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 4out. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*. In: *Negócios processuais / coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18 ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.* 57 ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro : Forense, 2016.

\*\*\*

## **ISS: QUAL MUNICÍPIO É COMPETENTE PARA TRIBUTAR?**

### **ISS: WHICH CITY IS COMPETENT TO TAX?**

GT2 – GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

EDUARDO CRISTIANO DE SOUZA  
Mestrando em Direito pela UNIMAR  
e-mail: [dusouzafgc@gmail.com](mailto:dusouzafgc@gmail.com)

FLORENCE CRONEMBERGER HARET DRAGO  
Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR  
e-mail: [florence@institutoidea.net.br](mailto:florence@institutoidea.net.br)

**RESUMO:** Um dos assuntos que atormentam aqueles que militam na seara tributária dos Municípios brasileiros diz respeito à definição do aspecto espacial do fato gerador do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, especialmente em razão das novas luzes trazidas pela Lei Complementar n.º 116, de 2003, que, em seu art. 3º, “definiu” onde se considera prestado o serviço e devido o respectivo imposto. Não obstante referenciada definição legal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça negava sua aplicação, sob o fundamento de que tal normativo feria gritantemente o princípio da territorialidade. Malgrado sólida jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, na segunda metade do ano de 2011 houve, em breve espaço de tempo, um giro de 180º nesse entendimento, o que, efetivamente, causou ainda mais instabilidade nas relações jurídico-tributárias. Pretende-se, nessas singelas páginas, apresentar o atual posicionamento sobre a definição do sujeito ativo da relação jurídico-tributária do ISS em cotejo com sua evolução jurisprudencial e, para tanto, utilizar-se-á o método dialético.

Palavras-chave: Aspecto espacial do fato gerador. ISS. Territorialidade.

**ABSTRACT:** One of the issues that plague those who militate in tax harvest of Brazilian municipalities concerning the definition of the spatial aspect of the taxable event of Tax Services of any kind, especially because of the new light brought by Complementary Law n.º. 116, 2003 that in his art. 3, "set" where it is considered provided the service and because the respective tax. Nevertheless referenced legal definition, the jurisprudence of the Supreme Court denied his application on the grounds that such normative screamingly hurt the principle of territoriality. Despite solid case law of the Venerable Superior Court of Justice on the subject in the second half of 2011 was, in short time, a turning 180 this understanding, which effectively caused further instability in legal and tax relations. The aim is simple in these pages, display the current position on the definition of the active subject of the legal and tax relationship

ISS in comparison with its jurisprudential evolution and, therefore, will be used the dialectical method.

Keywords: Spatial aspect of the triggering event. ISS. Territoriality.

## **INTRODUÇÃO**

Para aquelas Comunas de médio e grande porte, o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza constitui uma de suas principais fontes de recursos para fazer frente a compromissos financeiros em prol do bem-estar da coletividade administrada. Sendo assim, não são caros os embates vivenciados pelas empresas que militam neste grande seguimento econômico, que é a prestação de serviços, as quais se veem surpresas pela atitude de dois municípios exigirem, sobre uma só prestação de serviço, referido imposto, configurando, pois, a prática vedada da bitributação. Dito de outro modo: sobre um mesmo fato gerador, pessoas políticas distintas tributam-no com o mesmo imposto.

E isso é verificado recorrentemente na seara tributária dos municípios, em virtude da grande discussão que há acerca da definição da competência tributária do ISSQN: se competente é o município da sede da unidade prestadora ou do local em que o serviço é, de fato, prestado?

Sobre o assunto, conforme adiante se constatará, doutrina e jurisprudência dividem-se, havendo manifestações ora num, ora noutro sentido, de modo que tal circunstância instável fragiliza as relações jurídico-tributárias enfrentadas pelos sujeitos passivos desse seguimento.

Nesse contexto, apresentar-se-á o posicionamento das maiores autoridades sobre o assunto, bem como vários julgados dos Tribunais Superiores e do Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando-se, pois, ao final, apontar aquele que vem se consolidando, o que tornará mais suave o ardor enfrentado pelas empresas que prestam serviços e se veem compelidas pela dupla tributação por municípios distintos.

## **DESENVOLVIMENTO**

Para ser possível responder à seguinte indagação: “onde se considera ocorrido o fato gerador do ISSQN: no município onde se acha sediado o prestador ou na localidade onde tais serviços são prestados?”, mister se faz iniciar pela análise da lei tributária no espaço.

Questão que atormenta aqueles que militam na área tributária municipal é, sem dúvida, esta, a qual não só ganhou repercussão em 2003, quando da promulgação da Lei Complementar n.º 116, mas que remonta desde os idos de 1968, quando o Decreto-Lei n.º 406 passou a disciplinar quais os serviços que seriam tributados pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Efetivamente, desde o início da vigência desse normativo de 1968, uma das dúvidas que ainda persiste na seara do ISSQN é saber-se qual o sujeito ativo da relação jurídico-tributária quando o serviço é prestado em localidade diversa daquela onde se encontra sediada a unidade prestadora.

Malgrado esta longínqua dúvida, doravante passar-se-á a enfrentá-la, valendo-se, pois, dos tributaristas mais autorizados no assunto, bem como dos mais recentes posicionamentos jurisprudenciais do STJ sobre a mesma.

Inicialmente, necessário se mencionar que o constituinte de 1988, ao outorgar competência tributária para os Municípios instituírem e cobrarem ISSQN, deixou bem evidente que caberia à lei complementar definir quais seriam os serviços que se encontrariam no campo de incidência deste tributo. É o que se encontra previsto no art. 156, inc. III, da Carta Magna.

Sob a égide da Constituição Cidadã, foi promulgada, conforme já adiantado, a Lei Complementar n.º 116, de 31 de julho de 2003, que, dentre outros desideratos, elencou, em lista anexa, os serviços que compõem o campo de incidência do ISSQN.

Mas antes de se esmiuçar o conteúdo legal presente no art. 3º, deste normativo complementar, faz-se mister tecer-se comentários sobre a vigência da lei tributária no espaço, tema de sumarássima importância para a indagação que ora se analisa.

Com efeito, como o cerne da questão em apreço assenta-se em se definir qual o município competente para cobrar o ISSQN: se o da sede do prestador, ou se o de onde os serviços são efetivamente prestados, mostra-se assaz relevante abordar-se a aplicação da lei tributária no espaço.

Na seara tributária, assim como se passa com outras áreas jurídicas, vige o princípio da territorialidade, segundo o qual a eficácia espacial da lei tributária cinge-se ao limite territorial da entidade jurídica tributária. Assim, e isso é apenas um exemplo, a lei tributária do Estado de São Paulo apenas abarcará fatos ocorridos em seu limite territorial, bem assim a vigência da lei do município “A” limitar-se-á ao espaço geográfico que o compõe.

Nesta esteira, assim se posicionou o eminente tributarista Paulo de Barros Carvalho ao lecionar sobre a vigência da lei tributária no espaço:

Recolhido o fato de ser o Brasil, juridicamente, uma Federação, e o de haver Municípios dotados de autonomia, a vigência das normas tributárias ganha especial e relevante importância. Vê-se, na disciplina do Texto Constitucional, a preocupação sempre presente de evitar que a atividade legislativa de cada uma das pessoas políticas interfira nas demais, realizando a harmonia que o constituinte concebeu. É a razão de ter-se firmado a diretriz segundo a qual a legislação produzida pelo ente político vigora no seu território [...]. Nessa linha de raciocínio, as normas jurídicas editadas por um Estado são vigentes para colher os fatos que aconteçam dentro de seus limites geográficos, o mesmo ocorrendo com os Municípios e com a própria União. (CARVALHO, 2005, p. 88)

Tratando especificamente do ISS e do princípio da territorialidade, assim é o magistério de José Jayme de Macêdo Oliveira:

Não há dúvida de que o âmbito de validade de qualquer tributo é o do território do Município de que emanou a competente lei instituidora. Significa que tal legislação deve alcançar exclusivamente as prestações de serviços realizadas dentro do respectivo espaço territorial, ou seja, o imposto é devido no lugar onde o serviço é prestado. (MACÊDO, 2009, p. 187)

Em que pese este basilar princípio geral de direito, analisado acima, a Lei Complementar n.º 116, de 2003, ao arremate da mais singela noção de hermenêutica jurídica, definiu, em seu art. 3º, que, como regra geral, o imposto considera-se devido no local do “estabelecimento prestador”. Senão vejamos a redação do mencionado normativo legal: “O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador [...]”.

Enfrentando, pois, entendimentos contrários ao seu, o eminente tributarista Aires F. Barreto assim se posiciona quanto à constitucionalidade do referido texto legal:

É respeitável essa posição porque como a lei se presume constitucional, é imperioso que o intérprete se esforce por compatibilizá-la com os preceitos superiores contidos na Carta Magna. Tal esforço, todavia, no caso do art. 3º, da Lei Complementar 116/03, parece revelar-se impossível, porque: (a) ou se considera como local o do estabelecimento prestador (ou, na sua falta, o do domicílio do prestador) e, nesse caso, afronta-se o princípio da territorialidade das leis tributárias ou (b) afirma-se que se está diante de regra que, apesar de remeter ao estabelecimento prestador, deve ser entendida como o local em que o serviço é prestado. Só que, nesta hipótese, estar-se-á, parece, a emendar a lei, a interpretá-la em total descompasso com o seu teor.

Há muito tempo, minoritariamente, mas com o aval de Geraldo Ataliba, vimos defendendo que o ISS, em face do princípio da territorialidade das leis tributárias, só pode ser devido no local em que prestados os serviços. Fortes nessa razão, pensamos que o art. 3º, da Lei Complementar 116/03 é inconstitucional, por invasão de área de competência de outro Município (daquele em que os serviços foram efetivamente prestados). Com efeito, a Constituição Federal não autoriza, pelo contrário repudia, que serviços prestados no Município “A” possam ser tributados pelo Município “B”, apenas por estar neste último o “estabelecimento prestador”.

Admissão da espécie parece atribuir à lei municipal eficácia extraterritorial, é dizer, supor que a lei de um Município possa ser eficaz em outro, afastando a competência deste, no qual foram prestados os serviços. (BARRETO, 2005, p. 318-319)

Desse modo, facilmente é possível se depreender que, pelas considerações acima realizadas, ainda que o art. 3º, da Lei Complementar n.º 116, de 2003, tenha fixado como sujeito ativo da relação jurídico-tributária o município em que se situa o estabelecimento prestador, há grande crítica doutrinária negando a validade desta norma, sob o argumento de que fere veementemente o princípio constitucional da territorialidade, conforme dantes exposto.

Sendo assim, mister se faz colher os posicionamentos jurisprudenciais acerca do assunto, o que será adiante desenvolvido.

Chamado inúmeras vezes a encarar, frente a frente, esta questão, qual seja: se o ISS é devido no local do estabelecimento prestador ou onde os serviços são prestados, assim se posicionou o Pretório Excelso:

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. SUJEIÇÃO ATIVA. LOCAL DA PRESTAÇÃO. Da forma como registrado o quadro fático-jurídico, a pleiteada reversão do acórdão-recorrido dependeria de reexame de fatos e de provas e a interpretação de legislação infraconstitucional como parâmetro de controle direto e isolado. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (AI 582193 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 10-08-2012 PUBLIC 13-08-2012)

E, mais recentemente:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ISS.

COMPETÊNCIA PARA TRIBUTAÇÃO. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO OU DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR DO SERVIÇO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. 1. Nos termos da jurisprudência da Corte, não há repercussão constitucional imediata da controvérsia sobre a definição do sujeito ativo competente para cobrança do ISS, e, portanto, não há repercussão geral da discussão concernente à referida matéria. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 855448 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016)

Como se observa, impulsionado a se manifestar sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal assentou-se no sentido de que a matéria revela-se de cunho infraconstitucional, e, via de consequência, não cabe a referida Corte pronunciar-se a respeito. Diante disso, ao Superior Tribunal de Justiça, guardião que é do Direito Federal, compete analisar a questão objeto da presente manifestação técnica. Sendo assim, veja-se, pois, como este Colendo Tribunal vinha se posicionando sobre o assunto:

TRIBUTÁRIO. ISSQN. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ART. 12 DO DECRETO-LEI Nº 406/68. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 284, 282 E 356/STF E 211/STJ. 1. Não se conhece do recurso especial pela alegada violação ao artigo 535 do CPC nos casos em que a arguição é genérica, por incidir a Súmula 284/STF. 2. A ausência de prequestionamento atrai o óbice das Súmulas 282 e 356/STF. 3. Mesmo na vigência do art. 12 do Decreto-Lei nº 406/68, revogado pela Lei Complementar nº 116/03, **a Municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local da prestação dos serviços, onde efetivamente ocorre o fato gerador do imposto.** 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 678655/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ **30/03/2006**, p. 197) (grifo nosso)

Assim também é o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, ao analisar a Apelação com Revisão n.º 0356207-34.2009.8.26, da lavra do eminente Desembargador Arthur Del Guércio, julgada em 09/08/2012, assim se posicionou:

Ademais, quanto à competência para instituir o ISS, a Lei Complementar 116/03, em seu artigo 3º, caput, estabeleceu o princípio da territorialidade, ou seja, o imposto é devido no local do estabelecimento (ou domicílio) do prestador, uma vez que **se presume que nele seja prestado o serviço.**

Contudo, como ocorre com toda a presunção, se há prova de que o local da prestação do serviço é diverso do estabelecimento do prestador, **competente será o Município onde ocorreu o fato gerador.** (grifo nosso)

Conforme acima exposto, dúvidas até então não havia acerca de que o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza considera-se devido em favor do município onde os serviços foram efetivamente prestados, pouco interessando, neste particular, a localização da sede do estabelecimento prestador, disso concordando a maioria dos doutrinadores e a jurisprudência do Colendo STJ já se havia cristalizado neste sentido.

No entanto, na segunda metade do ano de 2011, as manifestações jurisprudenciais do STJ sofreram abrupta mudança de sentido, passando, pois, a confirmarem, de súbito, a legalidade do art. 3º, da Lei Complementar n.º 116, de 2003, o que antes era negado ante o princípio constitucional da territorialidade, conforme inicialmente exposto.

Veja-se, pois, o seguinte julgado desta insigne Corte:

TRIBUTÁRIO. ISS. LEI COMPLEMENTAR 116/2003. SERVIÇO DE INFORMÁTICA. COMPETÊNCIA PARA SUA COBRANÇA. FATO GERADOR. LOCAL DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.117.121/SP, Min. Eliana Calmon, DJe de 29.10.2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento segundo o qual, na **ocorrência do fato gerador sob a égide da LC 116/2003, à exceção de serviços de construção civil, o ISSQN é devido ao Município do local da sede do prestador de serviço**. 2. In casu, verifica-se que a prestação de serviços de informática (comércio de produtos novos e usados e locação de equipamentos de informática) é o fato gerador, ocorrido sob a égide da Lei Complementar 116/2003, que passou a competência para o local da sede do prestador do serviço. 3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1280592/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2012, **DJe 12/04/2012**)

E, mais recentemente:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. ISSQN. MUNICÍPIO COMPETENTE PARA O RECOLHIMENTO. LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR EM QUE HAJA UNIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL CAPAZ DE REALIZAR O SERVIÇO. I - **A municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS, após a entrada em vigor da Lei Complementar n. 116/03, é a do local do estabelecimento prestador dos serviços onde são aperfeiçoados**, assim considerada a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional capaz de realizar o serviço, de modo permanente ou temporário, sendo irrelevantes, para caracterizá-la, as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou similares. II - O imposto somente será devido no domicílio do prestador se no local onde o serviço for executado não houver estabelecimento do prestador capaz de realizar o serviço. III - Nas hipóteses previstas no art. 3º, incisos I a XXII, da Lei Complementar n. 116/03, mesmo que não haja o local do estabelecimento ou do domicílio do prestador, o imposto será devido nos locais indicados nas regras de exceção. IV - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. V - Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 270.675/MS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA,  **julgado em 01/03/2016, DJe 08/03/2016**) (grifo nosso)

Disso exposto, pode-se inferir que, atualmente, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, sob a égide da Lei Complementar n.º



116, de 2003, o ISSQN considera-se devido em favor do Município em que se encontrar sediado o estabelecimento prestador, e não onde se consumir efetivamente a prestação dos serviços, dando, por isso mesmo, fiel aplicabilidade ao art. 3º, do supramencionado normativo complementar.

### **CONCLUSÃO**

Diante de todo o exposto, conclui-se que, hodiernamente, o entendimento prevalecente na jurisprudência do STJ é no sentido de que o ISSQN é devido no município em que se localizar a sede do estabelecimento prestador, nos exatos termos do art. 3º, da Lei Complementar n.º 116, de 2003, salvo em relação às exceções elencadas em seus incisos, como é o caso, pois, dos serviços de construção civil, hipótese em que será competente para cobrar o imposto o município onde se verificar a efetiva prestação, ou seja, do local da obra.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARRETO, Aires F. *ISS na constituição e na lei*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. *Impostos municipais: ISS, ITBI e IPTU*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\*\*\*

## **O CONTRATO COMO INSTRUMENTO A SERVIÇO DO ABUSO DO PODER ECONÔMICO EMPRESARIAL E ESTATAL**

GT1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

ELEANDRO GRANJA CAVALCANTE DA COSTA  
Mestrando em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR  
granja8519@gmail.com

JUSSARA BORGES FERREIRA

Professora do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR  
jussara@bflaw.adv.br

### **RESUMO:**

Este estudo objetiva analisar o contrato como instrumento legitimador do abuso do poder econômico por grupos empresariais no País, com enfoque na relação negocial entre Estado e empresas, na contribuição que estas tratativas têm para a dominação do mercado, restrição à livre iniciativa e lesão à sociedade de consumo, com efeitos no desenvolvimento da ordem econômica e social, e na forma como o ordenamento jurídico reprime tais condutas. Utilizou-se do método dedutivo, dialético e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Abuso do Poder Econômico; Contrato; Estado; Grupos Empresariais;

### **ABSTRACT:**

This study aims to analyze the contract to legitimate the abuse of economic power by business groups in the country, focusing on the business relationship between the state and business, the contribution that these negotiations have to market domination, restriction on free enterprise and injury to society consumption with effect on the

development of economic and social order, and how the law represses such conduct. We used the dialectical method and literature, using to the deductive procedure.

Keywords: Abuse of economic power; Contract; State; Business Groups;

### **INTRODUÇÃO:**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no Art. 170 os princípios gerais da ordem econômica que balizam a atuação do Estado brasileiro, assim como indica como o Estado deve intervir na Economia.

Nessa perspectiva, a ordem econômica deve ter por escopo a concretização dos vetores axiológicos consagrados constitucionalmente, a fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, tendo como fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

É certo que a intervenção do Estado na Economia, em especial nas relações negociais, deve ser mínima, vale dizer, apenas o suficiente para garantir a observância dos princípios basilares elencados no Art. 170 da Constituição, dentre eles a função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e meio ambiente e redução das desigualdades sociais e regionais.

Desse modo, sempre que necessário a autonomia da vontade deve ser limitada, principalmente para reprimir todo e qualquer abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (Art. 173, §4º, CR). Ainda mais quando o contrato é utilizado por grupos empresariais como instrumento ou mecanismo de aparente legalidade nas tratativas viciadas, as quais objetivam, ao fim e ao cabo, eliminar a concorrência e retirar as possibilidades de escolha dos consumidores, fomentando a criação de carteis, trustes, monopólios e oligopólios.

Nesse contexto que se coloca a temática para discutir e analisar como o principal instrumento negocial do Direito, o Contrato, foi desvirtuado nos dias atuais por manipulação do Poder Público e setor privado, assim como o reflexo que isso trouxe para a ordem econômica e social brasileira.

### **DESENVOLVIMENTO**

O abuso do poder econômico pode ser conceituado como “a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que ocorreria em regime concorrencial puro, que se expressa não só, mas fundamentalmente, através da capacidade de controlar preços de mercado” (BRUNA, 1997, p. 171).

O papel do Estado, nesse contexto, é determinante tanto para equilibrar o regime concorrencial, assim como a recíproca também é verdadeiro: a ausência de regulação pode propiciar condutas arbitrárias dos agentes privados, mas uma excessiva regulamentação poderá produzir os mesmos efeitos.

Sem dúvida a ingerência estatal nos negócios jurídicos é prejudicial à livre iniciativa, no seu viés de liberdade de indústria/comércio e de concorrência, ainda mais quando o próprio Estado direciona contratações ao estabelecer requisitos e formalidades que, sabidamente, uma única empresa pode atender. Não por outro motivo, ensina André Luiz Santa Cruz Ramos:

A imensa quantidade de órgãos de controle cria um emaranhado de regulamentos que acabam se tornando barreiras insuperáveis à entrada de novos competidores [...]. Ademais, quanto mais regulação estatal existe, maior é o risco da chamada “captura regulatória”: os empresários já estabelecidos se adaptam às regulações e passam depois a usá-las como forma de impedir a entrada de concorrente (RAMOS, 2015, p. 25).

Quando o Estado não obedece às diretrizes constitucionais da ordem econômica, os empreendimentos empresariais tendem a abusar do seu poderio para desestabilizar as relações negociais em proveito próprio, na medida que o contrato, que deveria ser mecanismo de libertação, circulação de riquezas e proteção das partes, passa a ser utilizado como instrumento legitimador de condutas predatórias que retiram do consumidor a opção de escolha de seus fornecedores de produtos e serviços.

A situação se agrava ainda mais quando o Estado atua como coautor dos abusos de poder econômico em suas relações negociais com o setor privado, e há um desvirtuamento dos fins do contrato, com o desejo, muitas das vezes, de incrementar ainda mais o poder político e garantir o locupletamento ilícito dos agentes envolvidos, com graves consequências para a ordem econômica e social.

Nessa linha de intelecção, é de conhecimento de todos que o País presencia um preocupante estado de recessão econômica e retrocesso social, causado em parte por um esquema de contratações ilegais, no âmbito das estatais brasileiras, levadas a efeitos pela atuação de políticos e influentes empresários. Assim:

Em que pese a garantia do Estado de Direito à propriedade e ao contrato, assiste-se, no plano empírico, a uma desconstrução inaceitável no âmbito negocial, decorrente do desvirtuamento imoral dos fins dos contratos, em certos seguimentos [sic], resultantes de pactuações entre empresas governamentais e iniciativa privada, distanciados do respeito ao contrato como instrumento de circulação de riquezas (FERREIRA, 2015, p. 7).

O contrato desvirtuado por essas negociações ilegais, como ocorre nas fraudes em licitações, acarreta o aniquilamento da livre iniciativa e da livre concorrência com prejuízos irreparáveis para o mercado, a economia e o desenvolvimento social, contribuindo para a formação de cartéis, monopólios, duopólios e oligopólios.

Os contratos falseados, não raro resultantes de consórcio espúrios entre empresas que deveriam ser concorrentes, findam por determinar os contornos do mercado, oneram o consumidor final dos produtos e serviços e impactam o regime concorrencial.

A divisão do mercado eleva sobremaneira os lucros das empresas, tanto por reduzir os custos de participação e as expensas logísticas, citados anteriormente, quanto por diminuir o número de concorrentes, possibilitando a formulação de propostas mais arrojadas, que dificilmente se sagrariam vencedoras em uma licitação idônea (CECCATO, 2012, p. 22).

Além de lesar as empresas concorrentes idôneas, a parte jurídica e economicamente hipossuficiente (consumidor) que contrata com as empresas em conluio, sejam estas estatais (*e.g.* Petrobrás, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal), concessionárias ou permissionárias de serviço público (*e.g.* companhia de energia elétrica, telefonia etc.), assumem os custos elevados da corrupção e tem minorada sua liberdade de contratar.

Evidentemente que os fins do contrato não podem “ceder aos interesses econômicos, ou políticos, gerando situação de insegurança e abalos no núcleo estruturante do contrato, irradiando efeitos negativos em que poucos lucram muito e muitos pagam o custo de tais transações [...]” (FERREIRA, 2015, p. 10).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] o contrato, sendo a espécie mais importante do negócio jurídico, se afirma socialmente, se entendido como um instrumento de conciliação de interesses contrapostos, manjando com vistas à pacificação social e ao desenvolvimento econômico, não podendo

considerar o contrato como um instrumento de opressão, mas, sim, de realização (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 39-41).

No entanto, é inegável que os grandes conglomerados econômicos interferem diretamente na economia do País e condicionam, inclusive, o agir governamental, como ocorre quando aqueles noticiam a iminência de demissões coletivas e o Governo, para evitar repercussões sociais negativas, concede-lhes benefícios fiscais.

Cria-se com isso uma ordem econômica paralela – em detrimento da pública - em que os empresários atuam como legisladores privados, uma vez que estes ditam unilateralmente o conteúdo do contrato, sem que os consumidores possam questioná-lo ou, muitas das vezes sequer têm condições financeiras ou físicas para tanto, a exemplo do que acontece com os contratos de adesão para assistência médico-hospitalar. Nesse sentido:

De outra parte, nova advertência tem causa de ser, na medida em que os grandes grupos econômicos empresariais interferem no controle da economia, formando uma ordem paralela - a Ordem Econômica Privada - determinada pela por interesses financeiros e de mercado de tais instituições, fortalecidos pela standartização dos contratos em uma sociedade de massa, em que a cadeia negocial passa a conviver com a ingerência da “intervenção privada”, promovendo empresários ao ‘status de’ em legisladores privados. Nesta condição, responsáveis pelo dirigismo interno do contrato, muito específico, transitando entre a ideologia liberal, ora pela lei de mercado, outras vezes pela ideologia neoliberal, construindo outra ideologia, a do lucro a “qualquer custo” (FERREIRA, 2015, p. 17).

Como meio de assegurar as características e finalidades do contrato, sua função social, a segurança jurídica e circulação de riquezas, necessário que o Estado combata veementemente tratativas falseadas que lesam, direta ou indiretamente, a ordem econômica e social. Nesse contexto, é dever do Estado reprimir condutas que visem à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §4º, CR).

O preceito normativo inicialmente foi regulamentado pela Lei 8.884/94, que dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica, além de ter regulamentado o funcionamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Atualmente, vigora a Lei 12.529/2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e revogou, quase integralmente, a Lei 8.884/94, tendo incorporado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em consonância com o Código Civil (art. 50), Código de Defesa do Consumidor (art. 28, §5º), Código Tributário Nacional (art. 135),

De acordo com a Lei do SBDC, a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada pelo Estado, por meio do CADE e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social (art. 34).

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar caso concreto envolvendo licitação, admitiu a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária por parte do Estado, com fundamento no princípio da moralidade administrativa:

A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em

processo administrativo regular.” (Superior Tribunal de Justiça. RMS 15166/BA. 2ª Tuma, Rel. Min. Castro Meira, J. 07.08.2003)

O novo Código de Processo Civil disciplinou o chamado incidente de descon sideração da personalidade jurídica em seus arts. 133 a 137, além de acolher a figura doutrinária e jurisprudencial da descon sideração inversa.

Percebe-se, portanto, que o regime de responsabilização dos agentes empresariais é primordial em um mercado marcado pelas desigualdades e prevalência do poderio econômico sobre os interesses coletivos, podendo ser utilizado eficazmente na repressão aos desvios contratuais.

## CONCLUSÃO

Do exposto, se conclui que atualmente as finalidades do contrato foram subjugadas pelo poderio econômico de grandes empresas e uma atuação deliberada de determinados setores do Estado.

O contrato deixou de servir aos seus propósitos para transformar-se em ferramenta de manipulação do mercado, como implicações na livre iniciativa, livre concorrência, relações de consumo e desenvolvimento social e econômico. A promiscuidade entre o público e particular nos últimos anos, representado por contratações espúrias, fraudes em licitações, demonstra a fragilidade da sociedade de consumo, do hipossuficiente, que pouco ou nada pode fazer frente ao poderio econômico e político.

Diante desse panorama, há uma premente necessidade de se resgatar os valores contratuais e reconstruir suas bases, impedindo que empresas que almejam apenas o lucro o utilizem em detrimento de sua função social, assegurando, assim, a defesa do consumidor, meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais.

Em arremate, o sistema normativo oferece mecanismos de repressão às condutas atentatórias à finalidade do contrato por parte do poderio econômico-empresarial, dentre elas a descon sideração da personalidade jurídica das empresas, utilizada como escudo, por empresários que visam lesar a concorrência e o consumidor.

## REFERÊNCIAS:

BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 171.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 15166/BA. 2ª Tuma, Rel. Min. Castro Meira, J. 07.08.2003.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Constituição.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.html)>. Acesso em: 06 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Dispõe sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 06 de out. 2016.

CECCATO, Marco Aurélio. Cartéis em Licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate. São Paulo – SP, 2012, p. 22. Monografia premiada no Concurso de Monografias da Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae do Ministério da Fazenda, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2012>>. Acesso em: 06 out. 2016.

FERREIRA, Jussara S. A. B. N. Interdependências do Negócio Jurídico: Estado, Instituições e Responsabilidade Civil. In: Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira;

Ana Claudia Zuin Mattos do Amaral. (Org.). Empresa, Negócio e Responsabilidade Civil. 1 ed. Florianópolis: Qualis, 2015, v. 1, p.10-17.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil: obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p.39-41.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial esquematizado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 25.

\*\*\*

RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS NOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS:  
NORMATIZAÇÃO PRIVADA NO DIREITO URBANÍSTICO

CONVENTIONAL RESTRICTIONS ON DEVELOPMENTS PROPERTY: PRIVATE  
STANDARDS IN URBAN LAW

GT1 - EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

LEONARDO GOMES PEREIRA  
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA - UNIMAR  
[leonardotabeliao@gmail.com](mailto:leonardotabeliao@gmail.com)

DANIEL BARILE DA SILVEIRA  
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA - UNIMAR  
[danielbarile@hotmail.com](mailto:danielbarile@hotmail.com)

**RESUMO:** O direito urbanístico tem tido crescente desenvolvimento nos últimos anos. A expansão dos centros urbanos e seus reflexos no adequado ordenamento territorial e no meio ambiente têm levado os juristas a se debruçarem na investigação desse ramo do direito. Nesse contexto, as restrições convencionais impostas pelos empreendedores imobiliários surgem como normas privadas com notáveis efeitos sobre o município e seus habitantes. Com elas, algumas problemáticas surgem, como a invasão em matérias de ordem pública e a vinculação ou não do cidadão a essas regras. Tais situações pretendem ser debatidas neste trabalho, visando contribuir com o aprimoramento do direito público, em especial com o direito urbanístico. Palavras-chave: restrições convencionais; loteamentos; direito urbanístico.

**ABSTRACT:** The urban law has been rapidly developing in recent years. The expansion of urban centers and their reflections in the proper spatial planning and the environment have occupied in the investigation of this part of the law. In this context, the conventional restrictions imposed by real estate developers appear as private standards with remarkable effects on the city and its inhabitants. With them, some problems arise, such as the invasion in matters of public policy and linking the citizen to these rules. Such situations are intended to be discussed in this work, to contribute to the improvement of the public, especially the urban law. Key-words: conventional restrictions; allotments; urban law.

## INTRODUÇÃO

As modernas formas utilização do espaço urbano trazem consigo a necessidade de equilíbrio entre o poder econômico, o acesso à habitação e as normas de ordem pública. Condomínios edilícios, loteamentos e desmembramentos são os maiores responsáveis pela reconfiguração e expansão dos centros urbanos. Nesse contexto os empreendedores não só se pautam pela legislação vigente como podem, respaldados pela lei, criar normas internas a esses empreendimentos, que dizem respeito, por exemplo, ao modo de utilização da propriedade e as características que as construções devem possuir. Tais normas recebem o nome de restrições convencionais e trazem consigo complexidades no que diz respeito a sua legitimidade, a sua compatibilização com as leis e a sua eventual inobservância pelos futuros proprietários. Nesse contexto de complexidades, as restrições convencionais geram efeitos em vastas zonas urbanas, com imensas populações e notáveis consequências urbanísticas.

## DESENVOLVIMENTO

O Direito Urbanístico se ocupa da regulação do espaço urbano construído, de forma a compatibilizar o direito a propriedade, o direito à cidade, a função social da propriedade e o meio ambiente equilibrado. As atividades econômicas ligadas à construção civil e empreendimentos imobiliários tem grande importância no que tange ao acesso à habitação e à função social da propriedade, na medida em que ampliam o acesso à moradia e ao exercício da atividade econômica. Os condomínios edilícios e o parcelamento do solo urbano – através de loteamento e desmembramento – atualmente são os maiores responsáveis pela expansão dos centros urbanos, promovendo o crescimento vertical e horizontal da cidade (SERRA, 2013, p.128). O direito do proprietário, outrora absoluto e exercido exclusivamente em seu benefício, hoje tem seu conteúdo não só conformado, mas transmutado em observância à função social. O verdadeiro direito de propriedade não apenas observa a função social da propriedade, mas faz dela seu próprio conteúdo (GONÇALVES, 2012, p. 244). E aqui estamos falando da função social no seu mais amplo significado, abrangendo o respeito ao direito de vizinhança, o aproveitamento adequado do solo, o respeito ao direito urbanístico, a proteção ao meio ambiente, etc. Tal mudança no status quo do proprietário se deu notadamente com o advento do Estado Social, o qual resultou no fenômeno da despatrimonialização do direito privado, deixando de se preocupar primordialmente com o direito de propriedade e passando a se voltar para o ser humano, trazendo a pessoa humana para seu centro (BRANDELLI, 2011, p.108). Quando se fala de função social e empreendimentos imobiliários, um especial enfoque deve ser dado, já que os interesses econômicos são tradicionalmente os maiores responsáveis pela degradação do espaço urbano, abuso do direito de propriedade e desrespeito ao meio ambiente. Os responsáveis pelos empreendimentos devem seguir a legislação municipal quanto às normas urbanísticas, como, por exemplo, o coeficiente de aproveitamento dos imóveis - que representa a área máxima vertical e horizontal que pode ser construída em determinada zona -, os recuos mínimos entre a área construída e a calçada, a altura máxima das edificações e a finalidade industrial ou residencial de determinada zona municipal. Tais regramentos são instituídos através da competência do Município, enquanto ente federado, ao qual incumbe legislar sobre assuntos de interesse local e promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, conforme o artigo 30, incisos I e VII da Constituição Federal. E nesse contexto, além de observar as normas de ordem pública, será lícito ao

empreendedor estipular as chamadas restrições convencionais, ou seja, normas internas ao empreendimento, que vincularão os futuros proprietários dos imóveis. Costuma-se afirmar que estas restrições convencionais somente poderão subsistir se forem mais protetivas, ou seja, mais benéficas à coletividade, ao uso racional do espaço público, do meio ambiente e à observância da função social da propriedade de uma forma geral. Se assim forem estipuladas e aceitas pelo Poder Público, subsistirão com força de lei sobre o empreendimento.

Assim, o empreendedor sujeitará os futuros proprietários dos imóveis à observância de regras mais rígidas quanto a recuos na calçada, limite máximo ou mínimo de área construída, padronização das construções a serem erigidas, destinação que poderá ser dada ao imóvel, etc. Basta que estipule essas restrições convencionais no contrato padrão do empreendimento e leve a registro no Cartório de Registro de Imóveis. Há, portanto, um considerável poder nas mãos do empreendedor. Além de dispor de poder econômico, concretizando empreendimentos de forte impacto urbanístico, ainda pode estipular regras próprias, de observância obrigatória, a par das já estatuídas em leis. Assim é que, paralelamente a essa potestade privada, surge a necessidade de um efetivo poder fiscalizador do Município, ao qual caberá proceder a análise da razoabilidade e adequação dessas restrições convencionais. Se forem desarrazoadas, inúteis, nocivas ou extremamente limitadoras do direito de propriedade, não poderão subsistir (LOBO JR., 2016, p. 13). Trata-se de verdadeira normatização privada a regular o direito de propriedade com aptidão de interferir substancialmente não só no âmbito interno dos empreendimentos, mas no espaço público, no meio ambiente, na oferta e disponibilidade de serviços públicos e equipamentos urbanos. Enfim, terá o condão de interferir diretamente na gestão pública municipal. Embora aceitas pela doutrina tradicional, algumas vezes se posicionam pela inconstitucionalidade das restrições convencionais, uma vez que a competência para o ordenamento do uso do solo urbano é exclusiva do Município, conforme assentado na Constituição Federação, e, também, pelo fato do Direito à Cidade – como se tem chamado o direito de acesso do cidadão aos espaços públicos– reclamar por segurança, acessibilidade, equilíbrio ambiental e democracia (HARADA, 2008), fatores que poderiam ser mitigados ao receberem influência de particulares.

Assim, alguns problemas podem surgir no que se refere à competência municipal para legislar sobre normas de interesse local, notadamente no que se refere ao adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Estabelecidas as restrições convencionais pelo loteador e registradas junto ao Loteamento no Cartório de Registro de Imóveis, o que ocorreria com essas normas e com a sujeição dos proprietários daqueles lotes a elas em caso de superveniência de legislação municipal contrária? Existiria um direito adquirido dos proprietários que adquiriram lotes sob a égide das restrições convencionais superadas por lei municipal posterior? Como coexistirão leis municipais, estaduais, federais e restrições convencionais afetas ao mesmo tema? Esses e outros conflitos devem ser pensados na medida em que um emaranhado de instrumentos normativos e regras convencionais teriam o condão de gerar grave insegurança jurídica e desordem no sistema urbanístico municipal.

Nesse cenário, alguns atores tem relevante participação: o Registrador de Imóveis, profissional do direito, dotado de fé pública e de conhecimentos técnicos, é incumbido de recepcionar e analisar o ingresso de contratos padrão com restrições convencionais junto ao empreendimento imobiliário. Da mesma forma, o Ministério Público, fiscal da ordem jurídica, em cujas atribuições se encontra a defesa dos direitos coletivos e difusos. Ainda, variadas são as possibilidades de controle popular e estatal, como através da Ação Popular e da Ação Civil Pública, através das quais o cidadão, os entes



federados, entidades públicas, entidades de classe e Ministério Público poderão atuar diante do abuso do empreendedor ou mesmo dos proprietários subsequentes das unidades já comercializadas.

Nesse complexo sistema que se abre, uma investigação aprofundada merece ser efetuada.

## CONCLUSÃO

As restrições convencionais surgem como mecanismos privados de fazer um uso mais racional e útil da propriedade. O desenvolvimento social leva o Estado a depositar cada vez mais confiança no empreendedorismo e na livre iniciativa, deixando a cargo dos particulares inúmeras questões que vão desde a busca por mediação e conciliação até a delegação de serviços públicos a particulares. Nessa senda, quanto mais autonomia e poder se dá aos particulares, mais estruturado e eficiente deve ser o poder de polícia e de fiscalização do Poder Público. Assim, também, mais certeza e segurança jurídica deve haver nas relações assim forjadas. Devem-se analisar com cautela as implicações oriundas das restrições convencionais e sua relação com a legislação. Tanto a legislação contemporânea às restrições quanto futuras legislações devem ser consideradas, exigindo uma reflexão dos efeitos gerados pelo instituto a que se pretende estudar. Bem analisadas e aplicadas, as restrições convencionais contribuem para o progresso social e o ordenado desenvolvimento urbano. Se mal instituídas, poderão gerar graves danos ao desenvolvimento urbano, muitas vezes com reflexos nas futuras gerações. Não se buscará neste trabalho defender uma normatização privada de assuntos de ordem pública nem uma privatização deliberada de atividades estatais. Deseja-se, isto sim, investigar o tema sob o enfoque do equilíbrio da presença estatal com o aprimoramento da responsabilidade social dos cidadãos. Ao permitir que o cidadão construa não só sua vida, mas participe da construção da vida coletiva, um maior senso de responsabilidade é fomentado e expandido entre as pessoas, gerando uma nova cultura social. As restrições convencionais oriundas dos empreendimentos imobiliários certamente são uma face dessa nova cultura que parece emergir.

## REFERÊNCIAS

## BIBLIOGRÁFICAS

LOBO JR., Hélio. Restrições convencionais e suas equiparações legais. In: Informativo Jurídico da ARISP, São Paulo, ano I, nº 06, out. 2016. Disponível em: <[https://issuu.com/arispjus/docs/arisp\\_jus\\_6](https://issuu.com/arispjus/docs/arisp_jus_6)> Acessado em: 03/11/2016.  
BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. São Paulo: Saraiva, 2011.  
SERRA, Márcio Guera; SERRA, Monete Hipólito. Registro de Imóveis III – Procedimentos Especiais. São Paulo: Saraiva, 2013.  
HARADA, Kiyoshi. Limitações convencionais e legislação de zoneamento, uso e ocupação do solo urbano. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 04 Out. 2008. Disponível em: [www.investidura.com.br/ufsc/115-direito-administrativo/1219](http://www.investidura.com.br/ufsc/115-direito-administrativo/1219). Acesso em: 05 Out. 2016.

\*\*\*

FUNÇÃO SOLIDÁRIA DA EMPRESA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DE  
BEBIDAS ALCÓOLICAS

SOLIDARITY FUNCTION COMPANY IN DRINKS CONSUMPTION OF  
ALCOHOLIC RELATIONS

GRUPO DE TRABALHO 5 - RELAÇÕES DE CONSUMO E SUSTENTABILIDADE

**THIAGO MAFRA TANCREDO**  
UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
tancredo.thiago@gmail.com

**MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO**  
UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
mfat@sercomtel.com.br

**RESUMO:**

Os pensamentos empresariais históricos estão evoluindo, a concepção de gerar lucro e conquistar o máximo de poder empresarial estão sendo gradativamente mitigado por de novos pensamentos mais sustentáveis e sociais, principalmente nas relações de consumo. A respeito desta evolução é possível afirmar que o Código de Defesa do Consumidor que é a forma estatal de intervenção sobre estes negócios jurídicos, cuja função é proteger o consumidor, mas também de apresentar diretrizes ao fornecedor de como deve atuar. Ao praticar esta segunda finalidade o CDC acaba aplicando a função social da empresa nestas relações, trazendo diretrizes ao fornecedor que são formas de coibir os abusos empresariais na relação de consumo, todavia ao mesmo passo também deixa lacunas para que o próprio fornecedor de forma autônoma realize atos voltados à sociedade por meio de sua atividade lucrativa, realizando assim a denominada função solidária empresarial, o que pode ser evidenciado por meio dos mecanismos de conscientização realizado pela Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV).

**Palavras-Chave:** função social. função solidária. conscientização.

**ABSTRACT:**

The historical business thoughts are evolving the design to generate profit and gain maximum corporate power are gradually being mitigated by new, more sustainable and social thoughts, especially in consumer relations. Regarding this development it can be said that the Consumer Protection Code which is the state form of intervention on these legal businesses whose function is to protect consumers, but also to provide guidelines to the provider how to act. By practicing this second purpose CDC just applying the social role of the company in these relationships, bringing guidelines to the supplier which are ways to curb entrepreneurial abuses in the consumption, but at the same step also leaves gaps so that the provider itself autonomously perform acts aimed at society through its profitable activity, thus realizing the so-called business joint function, which can be evidenced through awareness mechanisms carried out by Companhia de Bebidas das Americas (AMBEV).

**Keywords:** awareness. joint function. social function.

**INTRODUÇÃO**

As empresas possuem grande importância para a sociedade, principalmente para a economia brasileira. Assim, é possível afirmar que é a máquina que faz com que a economia gire. O Código de Defesa do Consumidor descreve em seus artigos a função social da empresa, determinando os parâmetros que as empresas devem seguir para proteger o consumidor, considerado a parte vulnerável na relação de consumo, consequentemente gerando a proteção à sociedade.

Estas ações realizadas por meio de diretrizes legislativas impostas às empresas, consideradas imposições dadas pela Constituição Federal e o CDC, são feitas em benefício do próprio país e da sociedade que habita, pois a concessão de autonomia as

empresas para realizarem tudo que fosse de seu interesse acabariam lesando muitos consumidores e a própria sociedade.

Todavia, existem também princípios e orientações especificadas na Constituição Federal que determinam vertentes diferentes do ponto de vista acima exposto, como por exemplo, o princípio da livre iniciativa. O qual, como o próprio nome diz concede a liberdade empresarial de almejar seus objetivos sem restrições.

No entanto, caso suas atividades tenha intenção de causar danos ao consumidor como em contratos e propagandas abusivas vinculadas as relações de consumo, existira a mitigação deste princípio em face do CDC e a função social buscado por ele.

Ao passo que trazendo o princípio da livre iniciativa com uma interpretação e objetivo diferente do acima demonstrado, aplicando-o em uma vertente mais social, em uma nomenclatura solidária, desvirtua-se um pouco o pensamento e objetivo empresarial de sempre almejar lucros, transformando em uma concepção de que o empresário também está livre para realizar atos mais solidários aos seus empregados e consumidores, além do meio ambiente e a comunidade em que se encontra a empresa (SILVEIRA; RIBEIRO, 2016, p. 13).

A respeito desta livre iniciativa empresarial, verifica-se a possibilidade de existência de tais atitudes empresárias mais solidárias no ramo de bebidas alcólicas.

## **DESENVOLVIMENTO**

Ao aplicar esta nova interpretação de que o empresário possui a liberdade também solidária, possui como respaldo jurídico os seguintes artigos: 3º, I (construção de uma sociedade solidária); 5º XXIII, 170, III (função social) todos da Constituição Federal e o art. 421 do Código Civil (função social do contrato).

Através destes dispositivos jurídicos, a função social possui as diretrizes básicas dadas pelo ordenamento jurídico para serem devidamente aplicadas. Todavia, a função solidária trata de forma diferente, isso porque não existem previsões legais que exigem atos que a empresa é obrigada a fazer ou respeitar.

Como é o caso do CDC que possui orientações e determinações a respeito do que é necessário fazer por parte do empresário na relação de consumo, entretanto, aqui existe uma liberdade ao empresário em realizar seus atos, todavia trazendo sempre a perspectiva solidária com características da livre iniciativa com viés social e proteção constitucional.

Para melhor esclarecer esta nova forma de pensamento empresarial de utilização do princípio da livre iniciativa com caráter social face da função social da empresa, nada melhor que descrever os atos praticados por um ramo empresarial que mais cresce no país que é o de venda de bebidas alcólicas, demonstrando o que é feito pela Companhia de Bebidas das Américas (Ambev), que em 2014 passou a ter o maior valor de mercado da América Latina, tornando-se umas das maiores empresas do mundo (UOL, 2016).

Em face dos produtos vendidos por ela serem bebidas alcólicas que trazem mal a saúde do consumidor, além de ser proibido o consumo para pessoas menores de 18 anos de idade, a empresa adota políticas de consumo responsável, coibindo bares e demais comércios sobre a venda e distribuição de bebidas a crianças e adolescentes.

Além disso, também cria programas de conscientização com os mesmos bares e também em comunidades carentes sobre os problemas que estas bebidas podem trazer as pessoas e o que pode ocorrer com o consumo exagerado, tentando assim coibir a chamada “síndrome do consumismo (BAUMAN, 2007, p. 83)”. Para isso foi criado o programa “Jovens Responsa” (AMBEV, 2016) e “Bares Responsa” (AMBEV, 2016), a empresa realiza parceria com organizações não governamentais, com objetivo de fiscalizar e informar as pessoas e os bares sobre os riscos com o alto uso de bebidas alcólicas.

Nos bares que vendem alta quantidade de bebidas alcóolicas a consumidores jovens, que aderem ao programa da empresa, são premiados com reformas no estabelecimento em razão do grande êxito na campanha.

Este programa de consumo responsável teve impacto a 3,7 milhões de pessoas em todo o Brasil, sendo que em 2011 foram 355 bares premiados com reformas (FIESP, 2016).

Ao analisar esta campanha de consumo responsável da empresa questiona-se a respeito da destinação lucrativa da empresa, a respeito destas atitudes consideradas solidárias, visto que não poderia ser interpretado como um voluntariado ou uma filantropia, ao que se percebe existem nestes atos da empresa uma interpretação bem similar à intenção de não possuir lucro.

Todavia, uma empresa que possui como única e exclusiva finalidade vender produtos que podem causar acidentes, agressões e até mesmo a morte dos usuários dos produtos, devem possuir estes planos de conscientização para mostrarem a sociedade que está preocupada com o que ocorre com seus clientes, mas não quer dizer que vão deixar de distribuí-los no mercado.

Dessa forma, existe uma visão de lucro e não filantrópica, portanto, encaixa-se como exemplo de função solidária da empresa. Ainda, sobre estes atos vinculados ao pensamento social, é possível distinguir e demonstrar ao mesmo tempo a duas faces destas aplicações voltadas a sociedade e a relação de consumo.

Isso porque inicialmente a empresa é obrigada a apresentar informações específicas principalmente sobre os riscos do produto conforme determinada o CDC no artigo 6º, III, portanto aqui vemos a função social ao obrigar por meio de legislação a empresa a dispor destes riscos no rótulo da bebida alcóolica, em uma segunda vertente a empresa aplica por meio de programas sociais e de publicidades o consumo responsável de seu produto, trazendo aqui uma visão solidária da empresa por não ser obrigada a realizar estes atos, todavia os faz com preocupação as crianças e adolescentes.

## **CONCLUSÃO**

Por meio deste exemplo existe hoje uma evolução muito maior do que todos pensam a respeito da simples vontade de lucro e poder das empresas ao colocar os seus produtos no mercado, atualmente existe uma concepção muito maior sobre o impacto dos produtos e serviços ao mundo.

Principalmente por parte do próprio Estado ao promover legislações com finalidades mais sociais, coibindo as comunidades empresariais para defender o consumidor na relação de consumo, em face dele ser a parte mais vulnerável.

Além disso, a nossa cultura está também evoluindo, isso se mostra claro em face do exemplo apresentado de iniciativas realizadas pela própria empresa de buscar novas formas de autopromover e criar formas publicitárias de ganhar mais dinheiro, todavia com um viés voltado para o próprio consumidor e a sociedade, buscando assim uma finalidade mais social.

Isso mostra que o Brasil evolui a partir dessas práticas empresarias construtivas, pois desmistifica a concepção de empresa vinculada apenas aos objetivos liberais e de produção em massa. Essa perspectiva visa atingir um caráter mais social e solidário como estratégias de que os consumidores permaneçam comprando seus produtos, pois considera as críticas em relação à atuação da empresa na qualidade de vida e no âmbito social.

## **REFERENCIAS**

AMBEV. *Bar e supermercado de responsa*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.ambev.com.br/consumo-responsavel/bar-e-supermercado-de-responsa>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. *Jovens de responsa.* [s.d.]. Disponível em: <<http://www.amev.com.br/consumo-responsavel/jovens-de-responsa>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

BAUMAN, Zygmund. *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2007

FIESP. *Iniciativas sustentáveis: ambev realiza campanha sobre responsabilidade e consumo excessivo de álcool.* [s.d.]. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/iniciativas-sustentaveis-amev-realiza-campanha-sobre-responsabilidade-e-consumo-excessivo-de-alcool/>> Acesso em: 13 de mai. 2016.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; RIBEIRO, Elenice Baleeiro Nascimento. *Ética: Conteúdo da responsabilidade corporativa e desdobramento da função solidária da empresa.* Marília: Revista Argumentum, 2015. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/191>>. Acesso em 19 de maio de 2016.

UOL. *Ambev passa Petrobras e tem maior valor de mercado na América Latina.* São Paulo. 30 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/09/30/amev-passa-petrobras-e-tem-maior-valor-de-mercado-na-america-latina.htm>>. Acesso em 12 mai. 2016.

\*\*\*

## **RAZÕES DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DA REMISSÃO E RESCISÃO DO CONTRATO NO CASO DE SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR**

## **REASONS FOR THE ABSENCE OF PREVISION TO THE FORGIVENESS OF FORECASTING AND TERMINATION OF THE CONTRACT IN CONSUMER OVERINDEBTEDNESS CASE**

### **GT5 - RELAÇÕES DE CONSUMO E SUSTENTABILIDADE**

MARCELO DE SOUZA CARNEIRO  
UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
[prof.marcelocarneiro@hotmail.com](mailto:prof.marcelocarneiro@hotmail.com)

JUSSARA BORGES FERREIRA  
UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
[jussara@bflaw.adv.br](mailto:jussara@bflaw.adv.br)

**RESUMO:** O superendividamento do consumidor é um dos principais desafios da sociedade moderna na atualidade, de modo que tal problemática social tem movido diversos países a darem uma resposta ao problema apresentando à sociedade com regramentos específicos. No Brasil, tal situação não é diferente, pois tramita para aprovação o projeto de lei nº 283/12 que traz normas protetivas do superendividamento. Nesse projeto de lei há omissões no que se refere à remissão de dívidas e rescisão de contratos que se justificam pela adoção do Direito do Consumidor e do legislador atual da lógica da ilicitude e da aplicação das normas interventivas e punitivas em detrimento da aplicação da lógica da funcionalidade do contrato no plano das relações individuais e em prol do equilíbrio das relações contratuais. Destarte, as figuras da rescisão e remissão tem mais relação com o plano individual das relações contratuais do que com as tutelas coletivas e interventivas do Estado na gestão denominando-se proteção coletiva do contrato. Tal ausência de previsão, não se justifica, já que a proteção

coletiva do contrato, a sua tutela individual e funcionalista nunca deixou de vigorar e está consagrada dentro dos princípios da Ordem Econômica na Constituição Federal.

**Palavras chave:** Contrato; Rescisão; Superendividamento;

**ABSTRACT:** Consumer indebtedness is one of the main challenges of modern society today, so that such social issues have moved countries around the world give an answer to the problem by providing the company with specific regramentos. In Brazil, this situation is no different as it is being processed for approval the bill No. 283/12 that brings protective rules of overindebtedness. In this bill there are omissions in regard to the remission of debt and termination of agreements that are justified by the adoption of the Consumer Law and the current legislature of the logic of unlawfulness and the application of interventional and punitive rules to the detriment of the logic of the application contract functionality in terms of individual relationships and to promote equity in contractual relations. Thus, the figures of termination and remission has more to do with the individual plan of contractual relations than with the collective and interventional guardianships state in Management is terming collective protection of the contract. Such lack of foresight is not justified, since the collective protection of the contract, its individual protection and functionalist never ceased to exist and is enshrined within the principles of Economic Order in the Federal Constitution

**Keywords:** Contract; Termination; Overindebtedness;

## **INTRODUÇÃO**

O superendividamento do consumidor é um dos principais problemas da sociedade atual, que surge em decorrência de fatores socioeconômicos como a redução do valor cambial dos produtos e uma relativa melhora do poder aquisitivo da população em geral, frente à redução dos custos de produção e também aos ultrajantes apelos de marketing que transformaram a forma de comportamento da sociedade.

Espera-se no País a aprovação do projeto de lei 283/12 que trará alterações no Código de Defesa do Consumidor somando a este, normas de proteção específicas para tratamento do superendividamento.

Dentre as possíveis modificações, não se encontram as possibilidades da remissão da dívida e da rescisão do contrato. O legislador, no presente não apresenta tais possibilidades, agindo de forma acanhada e não garantindo a princípio algumas alternativas ao consumidor e aos contratantes.

A remissão de dívidas e rescisão contratual são possibilidades jurídicas que deveriam estar presentes no projeto de lei para garantir ao fornecedor e ao consumidor possibilidades de gestão de seus interesses no plano das relações individuais visando garantir a funcionalidade do contrato e a potencialização da autonomia das partes na gestão do contrato como expressão das relações econômicas fundadas na ordem econômica, no plano da livre iniciativa e pautadas na liberdade contratual.

## **DESENVOLVIMENTO**

Superendividamento, segundo Claudia Lima Marques (2010, p.21) se trata da impossibilidade geral do devedor pessoa física e de boa-fé de pagar suas dívidas atuais e futuras. Conforme se depreende do conceito é indispensável que os consumidores possuam a condição de hipossuficiência presente no consumidor clássico que não possui informações técnicas e jurídicas acerca dos contratos de consumo e se tornam, em decorrência dessa desinformação, insolventes e incapazes de adimplir os contratos obrigacionais de consumo.

Tal condição de superendividado tem várias causas e pode se subdividir em passivas e ativas, de modo que na primeira o indivíduo se torna incapaz de cumprir com seus

compromissos contratuais por fatalidades sociais como desemprego, divórcio ou enfermidade. Como segunda causa do endividamento ativo é a própria má gestão dos contratos econômicos realizados com outros membros da sociedade.

Para alguns autores, o conceito superendividamento como conceito observável não existe, mas sim apenas, o fenômeno social e econômico de pessoas em relação com outras pessoas se encontram em situação de endividamento. (FONTAINHA; FRANCOE NUÑEZ, 2015, P.74).

Como se verifica através da afirmação acima, o contrato é uma relação entre pessoas, que visam satisfazer suas necessidades no plano econômico através de uma expressão contratual obrigacional.

Diante de um evento inesperado dentro de uma relação contratual as partes não estão conseguindo atingir os seus objetivos iniciais decorrentes do exercício de sua autonomia de vontade. (ROCCO, 1947, p.220).

É possível verificar que em relação ao comprador (consumidor), os propósitos volitivos não atingidos são o de adimplir o contrato e como consequência a desvinculação total com a quitação das obrigações e pelo lado do vendedor (fornecedor), seria de receber os valores decorrentes da contraprestação da transferência de domínio de um produto ou serviço e da também se desligar da relação contratual obrigacional, diante da sua natural e esperada transitoriedade.

A Constituição Federal, em seu artigo 170 e em outros dispositivos esparsos, dispõe acerca da ordem econômica, contendo um sistema de princípios que regem todas as relações contratuais existentes em um ordenamento jurídico envolvendo a classe produtiva e também os consumidores.

Do mesmo modo, que se tem livre a concorrência e a iniciativa, tais atividades recebem limitações na medida em que não venham abusar de poder econômico que possuem para lesar o consumidor, o meio ambiente, bem como haja qualquer tipo de interferência no que se refere na função social da propriedade.

Por outro lado, o protecionismo desmedido e paternalista pode interferir na livre iniciativa, abalando o equilíbrio das relações econômicas e o princípio da função social do trabalho que é o ponto basilar dos demais princípios formadores dessa ordem econômica.

A função social do contrato representa de fato, a busca constante do equilíbrio das relações econômicas, preservando-se sempre que possível os interesses decorrentes da expressão da vontade das partes.

É indispensável ressaltar que nessa situação não se pretende analisar sob o foco da licitude do contrato da anulação apurando responsabilidades aplicando-se as normas de ordem pública e as ilicitudes, identificando os culpados e aplicando-se a regularização do contrato. No caso em questão, o que se busca é analisar a funcionalidade do contrato pautado no interesse privado “de um contratante em relação ao outro”. (ROCCO,1947, pág.222).

A funcionalidade visa proteger e controlar o equilíbrio das relações jurídicas contratuais e analisar se prevalece a vontade das partes ao contratar e tutela a em tese possível preservação desta intenção no decorrer do desenvolvimento do contrato.

Atualmente, toda a lógica da proteção do superendividado circunda em torno das abusividades praticadas pelo fornecedor em relação do consumidor decorrentes do poderio econômico dos fornecedores decorrente da massificação da produção e da detenção dos poderes econômicos nas mãos do empreendedor e do natural desequilíbrio de forças existentes entre estes.

Pela ilicitude, o equilíbrio de forças entre as partes está relacionado a modelos de condutas, que devem respeitar a ordem pública e princípios jurídicos de proteção, sob pena de ser qualificadas como ilícitas e se aplicando a punição pertinente.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de revisão ou anulabilidade contratual seja através do artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor, no caso de eventual desequilíbrio de força no fornecimento de produtos ou serviços, ou a anulação de cláusulas também de anular algumas previsões contratuais que estejam incompatíveis com a equidade e boa-fé ou que estabeleça uma prática abusiva do fornecedor em relação ao consumidor.

Ademais, tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei 283/12 que oferecem proteção ao consumidor no caso de endividamento a repactuação, ou seja, renegociação ou revisão de cláusulas contratuais no caso de ficar constatada a impossibilidade do consumidor de arcar com as suas dívidas.

Contudo, em nada prevê o projeto de lei quanto à possibilidade de remissão total ou parcial da dívida e a consequente rescisão do contrato, sendo o projeto de lei omissivo em relação ao tema, verificando timidez e acanhamento do ordenamento jurídico em relação ao tema. (VIEIRA, 2014, P.33).

Nem mesmo no Código de Defesa do Consumidor há uma menção clara do instituto jurídico da rescisão contratual, mas apenas a anulabilidade de cláusulas e revisão destas o que evidencia que, como não podia ser diferente, cotidianamente dá-se mais importância às relações jurídicas na esfera da ilicitude e na ordem pública, pautando-se as relações consumeristas, nos padrões de comportamento ideais das partes.

A grande justificativa da ausência da remissão total ou parcial e a consequente rescisão do contrato no caso do superendividamento se deve, pois, ao fato de no Direito Consumerista atualmente vigorar a lógica da ilicitude e a tutela vertical dos Direitos do consumidor, no plano dos princípios de ordem pública e da responsabilização das relações sociais.

No plano da funcionalidade e da busca pela garantia dos efeitos do contrato foca-se apenas na tutela de interesses particulares das partes e a garantia de que estas tenham protegidas as suas autonomias da vontade originais.

Desse modo, os institutos da remissão total ou parcial e da consequente rescisão não guardam relação direta com os interesses atinentes à função social do contrato, nem as normas de ordem pública que garantem que todos os contratos devem ser a expressão de uma proteção social pautada na justiça e no equilíbrio das relações sociais, mas na verdade a tutela das relações jurídicas e desequilíbrios de forças no plano particular entre os contratantes. (ROCCO, 1947 pág.250).

Portanto, pautadas pela funcionalidade, a rescisão e a remissão total ou parcial necessitam da vontade única e exclusiva dos contratantes sem intervenção das normas protetivas públicas, no plano de seus interesses particulares e privados, podendo a rescisão se realizar pelas partes contratantes e não pelo poder público através de uma tutela protetiva estatal.

Ressalta-se também que, ao contrário da anulabilidade presente nas relações pautadas pela orientação da ilicitude, no plano individual e da funcionalidade, o prejuízo pode fazer parte também das relações jurídicas como caminho se estas se interessarem em resgatar a condição de desvinculação inicial, portanto a criação do liame obrigacional que existiam entre estas e reconhecerem a inviabilidade de prosseguimento do negócio.

A rescisão pode ocorrer em três situações. Primeiramente quando a contraprestação é impossível, ou na situação de onerosidade superveniente do contrato e quando a obrigação de uma das partes não foi cumprida. Em todas estas situações estão previstas impossibilidades de cumprimento do que fora avençado em contrato anteriormente, no momento da expressão das vontades das partes no estabelecimento das regras do jogo.



Assim, verifica-se que tanto o superendividamento passivo como o superendividamento ativo se enquadram dentro da classificação acima mencionada, seja como impossibilidade de cumprimento da obrigação decorrente de um evento de força maior, como da perda posterior da capacidade de adimplir o contrato decorrente das variações possíveis da realidade econômica das partes e do negócio no decorrer do tempo.

Portanto, muito embora não se tenha no projeto de lei 283/12, hipótese de remissão parcial ou total, bem como a possibilidade de rescisão contratual, é possível e decorre da própria autonomia da vontade das partes e das regras particulares que tutelam o equilíbrio de forças dentro da relação contratual privada.

A existência da remissão total ou parcial e a rescisão contratual deveriam ser referenciadas pelo projeto de lei 283/12 que visa acima de tudo garantir de forma mediata a equidade de forças entre fornecedor e consumidor e tutelar as relações jurídicas entre estes reparando eventuais desequilíbrios ocorridos no decurso do contrato.

## **CONCLUSÃO**

O superendividamento atualmente é um dos principais problemas socioeconômicos presentes nas relações consumeristas, seja na sociedade brasileira como também na sociedade mundial, de modo que diversos países já possuem regramentos específicos sobre o tema.

O Brasil possui projetos de lei pendentes de aprovação legislativa que irão alterar o Código de Defesa do Consumidor que irão garantir tutela legal a este problema que assola a sociedade brasileira.

No projeto de Lei referido, inexistente qualquer previsão da figura da remissão total ou parcial e nem mesmo da rescisão contratual no caso de superendividamento. Isso se deve ao fato de que todo o sistema de proteção das relações contratuais nas relações de consumo estarem pautadas na lógica da ilicitude, da responsabilização e da intervenção estatal nas relações jurídicas, pautados nas normas de ordem pública, nos modelos de comportamento já estabelecidos na lei de defesa do consumidor.

Por essa razão, é natural que tais figuras como a remissão total ou parcial bem como a rescisão contratual não estivessem mesmo regulamentadas, apenas a anulabilidade através da tutela do Estado.

Os institutos da remissão parcial ou total estão mais próximos da lógica da funcionalidade do contrato e da preservação deste pautado nas regras do jogo e na preservação da vontade inicial das partes.

Desta feita, não se poderia mesmo encontrar a rescisão e a remissão em sistemas jurídicos que prezam pela ilicitude e pelas normas de ordem pública, onde o contrato tem dimensão social como expressão de uma ordem coletiva que intervém coletivamente quando o contrato está em desequilíbrio.

Por essa razão, a ausência se justifica, pois se trata de duas lógicas distintas, de modo que a remissão e rescisão contratual guarda mais relação com a lógica da funcionalidade do contrato e da tutela de seu equilíbrio focada na própria relação individual das partes, pautadas pelo poder destas decorrentes da autonomia da vontade.

É importante ressaltar que muito embora exista uma lógica protetiva e interventiva no direito do consumidor, não se deve mitigar em sua totalidade a lógica da análise contratual no seu plano individual e funcionalista de modo que estaríamos deixando de aplicar uma parte da própria ordem econômica, voltadas a proteger o contrato como instrumentalização e expressão das relações capitalistas embasadas na autonomia da vontade.

## **REFERÊNCIAS**

MARQUES, Cláudia Lima. Consumo como igualdade e inclusão social: a necessidade de uma lei especial para prevenir e tratar o “superendividamento” dos consumidores pessoas físicas. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 13, n. 101. out. 2011/jan. 2012, p. 408.

VIEIRA, Andressa Alves Nunes. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id\\_dh=14449](http://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id_dh=14449). Acesso em: 28/09/2016.

ROCCO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1947

PENTEADO, Cláudia. **Os melhores virais do mundo**. Disponível em: <http://colunas.revistaepocanegocios.globo.com/mundocriativo/2014/04/02/os-melhores-virais-do-mundo/>. Acesso em 04 dez. 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; FRANCO, Paulo Augusto; NUÑEZ, Izabel Saenger. **O superendividamento em ação: uma einografia no NUDECON/RJ**. In: Superendividamento no Brasil. Rio de Janeiro: Juruá, 2015.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 283/12. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>. Acesso em: 28/09/2016.

\*\*\*

## PRINCÍPIOS DOS CONTRATOS PÓS-MODERNOS

### PRINCIPLES OF POST-MODERN CONTRACTS

#### GT 1 - EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

ANTONIO CARLOS CREPALDI  
UNIMAR  
crepaldi2000@ig.com.br

JUSSARA BORGES FERREIRA  
UNIMAR  
jussara@bflaw.adv.br

#### RESUMO

O presente trabalho tem por proposta analisar como se deu a passagem de alguns princípios próprios do vínculo contratual entre a modernidade e a pós-modernidade. Pretende-se identificar as razões pelas quais em determinado contexto histórico houve a necessidade de flexibilizar a intangibilidade e hermeticidade do conteúdo dos pactos superando, assim, os postulados e silogismos racionalistas. Enfim, cuida-se de pesquisar em que contexto socioeconômico, bem como a partir de qual ética comercial surgiram as condições favoráveis ao surgimento de novas ideias tendentes às revisões dos contratos.

**Palavras-chave:** Contratos. Princípios. Pós-Modernidade. Revisão.

#### ABSTRACT

This study is proposed to analyze how it has to pass some very principles of contractual relationship between modernity and postmodernity. It is intended to identify the reasons why in some historical context was necessary to relax the intangibility and sealing the contents of the covenants surpassing thus the postulates and rationalistic syllogisms. Finally, care is taken to research where socioeconomic context and from which business

ethics emerged favorable conditions for the emergence of new ideas aimed at revisions of contracts.

**Key-words:** Contracts. Principles. Post-Modernity. Review.

## INTRODUÇÃO

Após as duas grandes guerras mundiais com o fenômeno da inflação e consequências devastadoras sobre o continente Europeu, ficaram descobertos os ideais jusnaturalistas, fato que ensejou a necessidade de adoção de medidas de caráter social com o escopo de absorver a nova realidade.

Demais disso, o aparecimento de novas teorias sobre a ética negocial proporcionaram o ressurgimento do postulado *rebus sic stantibus* (LENEL, 1935, p. 237).

Tal fato registrou a passagem do modelo de Estado liberal para o Estado social. Dessa forma, a intangibilidade do contrato transmutou-se para uma espécie de “contrato evolutivo” (XAVIER, 2006, p. 232).

Pretende-se, ainda, com o presente trabalho, deixar assentado que este novo rumo da teoria contratual, rechaça o entendimento segundo o qual a revisão dos pactos constitui-se numa espécie de patologia dos contratos, conforme o entendimento iluminista liberal. Nesse sentido, imperioso ressaltar que o contrato deve ser visto como algo vivo, consentâneo com a realidade e vinculado ao conteúdo social em que inserido.

A partir de uma inspiração no sistema da *common law* busca acolher-se a existência da *implied condition*, isto é, a sobrevivência do contrato pressupõe a condição que lhe é inerente no sentido de que no momento da execução deve estar presente as circunstâncias que presenciaram sua formação. (XAVIER, 2006, p. 234).

Neste eixo será procedida a análise das teorias da pressuposição, da imprevisão e da teoria da quebra da base econômica do contrato, entre outras, teorias estas que justificam a resolução do contrato ou a revisão de seu conteúdo.

## DESENVOLVIMENTO

Buscando a compreensão e análise das teorias acima referidas, abordo-se as teorias da pressuposição a partir da formulação de Windscheid, segundo o qual, na lição de José Tadeu Neves Xavier, entendia que:

a pressuposição pertence às auto-limitações da vontade, numa situação similar a uma condição não desenvolvida (uma limitação da vontade que não se desenvolve para condição) de maneira que a relação jurídica original da declaração de vontade depende de um certo estado de coisas pressuposto, que, se não se concretizar ou deixar de existir, comprometerá a relação jurídica a ela vinculada” (2006, p. 236).

O precitado jurista manteve-se apegado aos ensinamentos de Savigny, na ideia de reduzir a vontade humana a razão de ser das posições subjetivas.

Dito de outra maneira, cuida-se de demonstrar como referido autor construiu seu pensamento alicerçado na concepção subjetiva, bem como as críticas de Otto Lenel procurou demonstrar os equívocos dessa teoria, especialmente quanto a impotência da referida teoria em gerar segurança adequada ao tráfego negocial. (1935, p.237)

Em momento posterior, como se sabe, especialmente após a primeira Guerra ressurgiram os debates sobre a teoria da imprevisão, dando-lhe feição mais moderna e ajustada ao contexto socioeconômico da época.

Sabe-se agora que as teorias da imprevisão encontraram seu nascedouro na teoria da pressuposição de Windscheid.

Após análise do acolhimento da referida teoria na legislação, doutrina e jurisprudência alienígena, procedeu-se a análise de sua utilização no Direito Brasileiro, demonstrando como tal teoria acabou por consolidar-se em nosso sistema jurídico, concluindo como o

centro da teoria da imprevisibilidade é o evento futuro e incerto, que nada mais é do que um afastamento do curso natural dos acontecimentos naturalmente esperados de acordo com as experiências de vida em sociedade.

Acompanhando este entendimento, tem-se a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “a imprevisibilidade deve acompanhar a ideia de probabilidade: é provável o acontecimento futuro que, presentes as circunstâncias conhecidas, ocorrerá, certamente, conforme juízo derivado da experiência” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 155).

Nessa quadra, importante também identificar quais são os critérios que devem ser considerados para o reconhecimento da imprevisibilidade, mostrando tanto a visão subjetiva quanto a visão objetiva em relação à imprevisibilidade.

Levou-se em conta, ainda, que a ideia de imprevisibilidade não deve recair apenas sobre o fato em si mas que é preciso considerar as suas consequências para o contrato, visando ampliar o leque de sua aplicabilidade.

No que concerne à teoria da quebra da base econômica do contrato, surgida no Direito Inglês, a partir do *Coronation Seat Case* e que desenvolveu-se no Direito alemão em especial pelo trabalho doutrinário de Karl Larenz, concluindo, ainda, que referida teoria passou por duas fases em sua formulação teórica.

Demais disso, cabe-nos lembrar com Luis Renato Ferreira da Silva, que: ‘apesar de ter sido no direito inglês que nasceu a teoria da quebra da base negocial, como a unanimidade dos autores aponta, houve uma mitigação, na aplicação da doutrina, uma vez que é da índole daquele direito, assim como dos países de direito continental, atribuir uma certa santidade aos contratos.’ (SILVA, 2006, p.132).

Cabe salientar que em nosso sistema, a teoria da quebra da base econômica do contrato encontrou acolhida somente a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, com a previsão da possibilidade de modificação de cláusulas contratuais que, em razão da ocorrência de fatos supervenientes a formação do contrato vem tornar excessivamente oneroso o seu adimplemento da forma como originalmente acordada.

Dessa forma, levando em conta as transformações abordadas relativamente à modificação dos valores, e que ocasionaram a mudança de paradigma, mudança esta que ainda encontra-se em fase de transição ou de concretização, sendo no presente trabalho, objeto de espaço de reflexão sobre este período na perspectiva da teoria do contrato entre o modelo moderno e o pós-moderno, direcionando a pesquisa para a análise dos princípios mais relevantes da teoria contratual, com o escopo de, revisitando a teoria contratual, contribuir para que a mesma possa refletir a realidade social sob cujo âmbito esta inserida.

## CONCLUSÃO

Pelo até aqui exposto, percebe-se que o tema pertinente à revisão dos contratos se mostra ainda numa fase dinâmica e cambiante, sendo de fácil constatação o cansaço das teorias tradicionais e a necessidade de oxigenar o sistema por meio de cláusulas gerais como é pródiga a atual codificação civil.

Há uma mudança em relação ao paradigma economicossocial que marcou o século passado a partir de transformação que afetam diversos setores do pensamento social, iniciado com o fenômeno da globalização econômica, com alterações de valores sociais e a imposição de uma nova maneira de pensamento coletivo.

## REFERÊNCIAS:

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. “Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor-Resolução. São Paulo: Aide, 2003, p. 155.

Expressão utilizada por ALTERINI, Atílio Anibal. Teoria de la imprevisión y cláusula de hardship. Disponível em [http://www.alterini.org/tonline/to\\_aaa10.htm](http://www.alterini.org/tonline/to_aaa10.htm)).

COSTA, Márcio Júlio de Almeida. “A boa-fé como modelo( uma aplicação da teoria dos modelos, de Miguel Reale). In: RBDC, v. 21

FACHIN, Luiz Edson. “Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil.” In: RFD/UFPA, v. 27,1992/93

LENEL, Otto, obra traduzida para o espanhol “la clausula rebus sic stantibus”, Ed. RDP, Madri, 1935).

SILVA, Luis Renato Ferreira, in: “Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor”, p.132).

XAVIER, José Tadeu Neves. “A Nova Dimensão dos Contratos no Caminho da Pós-Modernidade.” In: Tese de Doutorado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS.

\*\*\*

## **GREENWASHING NA PUBLICIDADE BRASILEIRA**

## **GREENWASHING IN THE BRAZILIAN PUBLICITY**

### **GT5 – RELAÇÕES DE CONSUMO E SUSTENTABILIDADE**

KELL MAZZINI RIBEIRO DE CAMARGO  
UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
[kellcamargo@msn.com](mailto:kellcamargo@msn.com)

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER  
UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
[Nipex@unimar.br](mailto:Nipex@unimar.br)

**RESUMO:** O atual cenário brasileiro compreende uma série de tentativas de empresas em aumentar seus lucros, ainda que de forma enganosa para o consumidor. Com a atual mudança comportamental dos consumidores, que se sentem em dívida com o planeta em que vivem em razão da forma que consomem produtos e serviços, muitas vezes não havendo preocupação com o descarte de seus consumos, surge a modalidade de compra de produtos “sustentáveis”, “verdes” e “ecologicamente saudáveis”. Ocorre que, pelo grande aumento na procura desses produtos, diversas empresas acabam por disponibilizar no mercado, produtos maquiados, que somente possuem aspectos de serem sustentáveis e verdes, não condizendo com a expectativa dos consumidores e muito menos, com as responsabilidades jurídicas e ambientais.

**Palavras-chave:** Greenwashing. Maquiagem verde. Publicidade enganosa.

**ABSTRACT:** The current Brazilian landscape comprises a series of attempts by companies to increase their profits, albeit in a misleading way to the consumer. With the current behavior modification of consumers who feel indebted to the planet we live because of the way they consume products and services, often with no concern for the disposal of their consumption, there is the method of purchasing products "sustainable" "green" and "environmentally sound". It happens that, by the great increase in demand

for such products, many companies end up available on the market, made-up products, which only have aspects of being sustainable and green, not matching the expectations of consumers and even less with the legal and environmental responsibilities.

Keywords: Green Make up. Greenwashing. Misleading Advertisement.

## **INTRODUÇÃO**

Nos últimos anos a humanidade tem presenciado diversas transformações ecológicas no planeta em decorrência das mudanças climáticas, catástrofes naturais, recursos naturais escassos e aumento significativo de produção de lixo.

O que resultou em mudanças de pensamento e comportamento sociais, onde a sociedade em geral passou a ter maior preocupação com os impactos ambientais de seus atos.

Contribuiu para a conscientização popular os inúmeros programas, inclusive os governamentais, que visam informar que o Planeta Terra está sofrendo mudanças em decorrência da forma em que seus habitantes o utilizam, como aquecimento global, previsão de falta de água para o futuro próximo e mudanças climáticas desenfreadas.

Observando o cenário de mudanças climáticas é possível acompanhar situações cotidianas dos cidadãos, fazendo-os acreditar que a necessidade de mudança de comportamento deve partir de todos, de forma imediata, vez que a cada momento o planeta sofre maiores transformações.

Fazendo essa análise individualizada de mudança de comportamento visando reduzir os impactos ambientais, é possível identificar que são as empresas como as principais acusadas de causar as modificações climáticas e ambientais, detendo a atenção dos cidadãos.

Em contrapartida, as empresas buscam cada vez mais discursos ecológicos que diversas vezes não vão além de argumento publicitário, visando o aumento de suas vendas, vez que não passam por uma transformação de sua cadeia produtiva, continuando a produção de produtos e serviços que causam danos ao meio ambiente.

Nesse contexto é identificada a figura do *greenwashing*, cuja modalidade de marketing e publicidade consiste em chamar a atenção do consumidor para adquirir produto ou serviço que prezem pela redução e minimização de impactos ambientais, entretanto, não passa de publicidade enganosa, em razão de diversos fatores relevantes.

## **DESENVOLVIMENTO**

Diante o cenário mundial das mudanças climáticas esperava-se mudança da gestão corporativa por um modelo que visasse crescimento econômico integrado com o socioambiental, entretanto foi possível observar diversas situações em que empresas apenas aderiram terminologias de desenvolvimento sustentável, banalizando o uso dessas expressões e de palavras como “eco”, “sustentabilidade” e “verde”.

Para permanecer no mercado, é necessário que as empresas assegurem a obtenção de lucros em todas as suas atividades. O investimento de mudança de comportamento visando preocupação ambiental só se torna viável, em nível empresarial, se na incidência de investimento de recursos tiver a certeza de retorno lucrativo ou de eliminação de perdas.

O critério de perda é identificado como “atividades que não agregam valor e que resultam em gastos de tempo, dinheiro, recursos sem lucro, além de adicionarem custos desnecessários ao produto” (BRISON, 1996, p.80).

A indústria ambiental passa pelo processo de consolidação, assim como são consolidados os interesses econômicos, de modo que surgem oportunidades de negócios de visibilidade relacionadas às preocupações com o meio ambiente, além de utilizar os benefícios e vantagens oficiais do Estado.

O discurso ecológico presente na sociedade precisa ser incorporado e conduzido em todas as ações das empresas que se identificam como sustentáveis, de acordo com suas especificidades. É necessário um estudo detalhado e profundo visando coerência no que a empresa anuncia e no que realmente pratica, não podendo extrair vantagens do consumidor ao declarar-se “verde”, quando seus produtos apenas foram maquiados de forma que continuam a produzir danos ambientais.

É indispensável que a empresa passe a institucionalizar a modalidade de consumo consciente, logo, o marketing sustentável deve ser realizado de modo estratégico, atingindo a parte econômica e política, tendo como incorporação à filosofia das atividades empresariais na sua essência, e não aproveitamento da onda social que visa reduzir os impactos ambientais, passando a ser apenas uma simples ferramenta mercadológica.

Edson Crescitelli (2005, p. 13) entende que o discurso ambiental deve atingir primeiramente ao público interno da empresa, de modo de que os colaboradores serão os primeiros a apoiar a ideia, sendo os agentes impulsionadores, conforme esclarece:

[...] a informação recebida de um funcionário seguramente terá maior credibilidade do que a transmissão de informação via propaganda, por exemplo. Aos olhos do cliente ou do consumidor, o funcionário é visto como um especialista ou, no mínimo, como alguém que entende do assunto e que conhece a “verdade” sobre a empresa ou produto/serviço e pode ser sincero em suas informações.

É proposto para as empresas que comercializem produtos e serviços que agridam menos o meio ambiente, com componentes que possam ser reciclados ou reutilizados, sendo tal proposta efetivada pelo marketing ambiental, cuja ideologia visa oferecer algum certo benefício à população que sofre prejuízos das atividades realizadas pelas corporações.

No momento em que uma empresa decide produzir produtos e serviços que não sejam nocivos ao meio ambiente, ela necessita reavaliar todo o processo produtivo, incluindo a fabricação, embalagem, transporte, distribuição, consumo e descarte.

Necessária a preocupação de como a matéria-prima será extraída da natureza, e como será realizada a manipulação durante o processo de produção, visando não gerar emissão de poluentes. Ainda, dentre as preocupações da empresa deve ser quanto aos fornecedores, terceirizados e parceiros, sendo que todos deverão prosseguir com a ideologia da empresa, adotando o selo verde, demonstrando preocupação ambiental.

No Brasil, o exemplo mais gritante encontrado foi realizado pela BomBril, em que Carlos Moreno protagoniza o comercial dizendo “BomBril já nasceu ecológico, é feito de aço e é muito mais higiênico. Depois que a senhora(sic) usa, ele enferruja, vira pó e some” (veiculado em canais abertos da televisão brasileira).

Primeiramente é possível identificar que o BomBril não nasceu ecológico, vez que sua origem não é natural, o produto é uma palha de aço, assim sendo, para ser produzido é preciso extrair o minério de ferro e processá-lo em altas temperaturas, diferentemente, por exemplo, do algodão, que sim nasce em árvores.

Logo, é inadmissível que uma empresa realize esse tipo de publicidade, ludibriando o consumidor, entretanto, quem dera essa fosse a única parte enganosa ocorrida.

É possível identificar que a publicidade possui inúmeras falhas, observada a parte do comercial em que o apresentador informa que o produto enferruja, vira pó e some.

Antoine Laurent Lavoisier, que viveu entre 1743 e 1794, era um químico francês, que no ano de 1785 descobriu a *Lei de Conservação das Massas*, recebendo o nome de *Lei de Lavoisier* em homenagem ao seu criador. Tal cientista foi considerado o pai da química moderna. (SOUZA, 2015)

Lavoisier fez inúmeras experiências nas quais pesava as substâncias participantes, antes e depois da reação. Lavoisier verificou que a massa total do sistema permanecia inalterada quando a reação ocorria num sistema fechado, sendo assim, concluiu que a soma total das massas das espécies envolvidas na reação (reagentes), é igual à soma total das massas das substâncias produzidas pela reação (produtos), ou seja, num sistema fechado a massa total permanece constante.

Essa lei também pode ser enunciada pela famosa frase: "*Na Natureza nada se cria e nada se perde, tudo se transforma*", de Lavoisier.

Assim, é possível identificar que a palha de aço simplesmente vira pó e desaparece, sendo que sua substância vai para o ecossistema, ainda que invisível ao olho nu, porém, causando todos os danos ambientais decorrentes de seu “desaparecimento”.

Não suficiente, no final do comercial, a empresa afirma ser “100% ecológico”, incidindo totalmente como caso de greenwashing.

As afirmações realizadas pela empresa são absurdas, restando óbvia a intenção de enganar o consumidor, fazendo-o acreditar estar adquirindo um produto ecológico, sustentável e que não causa danos ao meio ambiente.

## **CONCLUSÃO**

O greenwashing está presente no mercado de consumo, em especial o brasileiro, cuja modalidade é totalmente abusiva, visto ludibriar o consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor é a ferramenta básica para auxiliar na luta contra o greenwashing, vez que se trata de uma modalidade de publicidade enganosa, em que a empresa faz com que os consumidores acreditem que estão contribuindo para salvar o planeta ao adquirirem produtos que contenham selos ou informações “verdes” e “sustentáveis”.

Apesar de recente, o greenwashing é passível de inúmeras sanções por meio da legislação brasileira, vez que ludibria o consumidor, fazendo-o acreditar que está apoiando empresas que possuem preocupação ambiental, quando na verdade, é mera manipulação de marketing, visando o aumento de lucros.

As empresas que realmente se preocupam com o meio ambiente necessitam mudar toda a cadeia produtiva de seus produtos e serviços, aderindo a procedimentos mais modernos e sustentáveis, fazendo com que a extração de matéria prima, fabricação, embalagem, transporte, consumo e descarte seja feito de forma que não agrida o meio ambiente.

Importante ressaltar que não há leis no Brasil que obrigue alguma empresa a fornecer produtos e serviços totalmente sustentáveis e verdes, entretanto, há suficientes leis, com mecanismos asseguradores de justiça, para coibir empresas que se aproveitem do atual modelo social e cultural, que está vivenciando desastres naturais e ambientais em decorrência da exploração desenfreada no ecossistema mundial, para falsamente vender produtos com conotações falsas, atribuindo inverdades ou usufruindo de jogos de palavras para fazer com que o consumidor pague mais caro por um produto denominado “verde”, em que somente a embalagem é diferente.

Há distorções, com a aplicabilidade seletiva de informações ambientais positivas, que modificam totalmente a imagem de um produto e seus reais aspectos, confundindo e iludindo o consumidor a adquirir um produto que não é em nada diferente de outro que cause prejuízos à natureza.

## **REFERÊNCIAS**

BRINSON, James A. Contabilidade por atividades: uma abordagem de custeio baseado em atividades, São Paulo, Atlas, 1996.



CRESCITELLI, Edson. A importância do público interno na Comunicação de Marketing. FACOM, São Paulo, nº 15, 2º semestre de 2005. Disponível em: <[http://www.faap.br/revista\\_faap/revista\\_facom/facom\\_15/\\_edson\\_crescitelli.pdf](http://www.faap.br/revista_faap/revista_facom/facom_15/_edson_crescitelli.pdf)>

SOUZA, Líria Alves De. "Lei de Lavoisier"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/quimica/lei-lavoisier.htm>>.

\*\*\*

**O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL E A VEDAÇÃO DAS DECISÕES SURPRESA: DESAFIOS  
AO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

**THE CONTRADICTORY AND BROAD PROTECTION IN THE NEW CODE  
OF CIVIL PROCEDURE AND SEALING OF DECISIONS SURPRISE:  
CHALLENGES DUE TO LAWSUIT**

**GT 4 – JUDICIÁRIO E DEMANDAS SOCIAIS**

FRANCISCO RICARDO DE MORAIS ARRAIS

Mestrando em Direito UNIMAR: franciscoarrais@yahoo.com.br

ARTUR CÉSAR DE SOUZA

Doutor em Direito. Docente da UNIMAR: artur.souza@trf4.jus.br,  
arturcesarsouza@gmail.com

**RESUMO:** O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inúmeras modificações no tocante a sistemática processual, como a incorporação dos princípios norteadores do Processo Civil no bojo da legislação infraconstitucional, algo que até então não existia na codificação. Dentre os princípios, destacam-se o Contraditório e da Ampla Defesa, descritos nos artigos 9º e 10. Considerando que cabe as leis hierarquicamente inferiores a Carta Magna, a complementação do conteúdo genérico das diretrizes constitucionais, estes artigos trazem de forma expressa que ao juiz será vedado a prolação de decisões sem que as partes sejam previamente ouvidas, com as exceções legais previstas no próprio Código, bem como não pode ser proferida decisão sem que se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, mesmo sobre matérias que o magistrado deva decidir de ofício. No entanto, como ficará a efetividade do processo? E o Devido Processo Legal? Tais desafios deverão ser enfrentados pelos operadores do direito e este arrazoado pretende contribuir com as discussões levantadas.

**Palavras – Chave:** Ampla Defesa. Contraditório. Decisões Surpresa.

**ABSTRACT:** The Civil Procedure Code 2015 brought many changes with respect to procedural systematic, as the embodiment of the guiding principles of civil procedure at the core of the legislation ordinary, something that hitherto did not exist in coding. Among the principles, stand out the contradictory and Wide Defense, described in Articles 9 and 10. Whereas it is for the laws hierarchically below the Constitution, complementing the general nature of constitutional guidelines, these items bring in terms that the judge will be prohibited the delivery of decisions without the parties are first heard, with statutory exceptions set out in the Code and can not be given decision without having given the parties an opportunity to speak up, even on matters that the judge should decide craft. However, as will the effectiveness of the process? And the

Due Process? Such challenges should be faced by legal practitioners and this reasoning is intended to contribute to the discussions raised.

**Key-Words:** Contradictory. Surprise decision. Wide Defense

### **INTRODUÇÃO:**

Um dos maiores objetivos almejados com o Novo Código de Processo Civil, desde a sua elaboração, foi com a efetividade do processo, que este seja ao mesmo tempo, rápido, eficiente e que garanta a segurança jurídica. Para tanto, surgiram várias modificações de cunho estrutural dentro da legislação, como a simplificação de ritos processuais, o surgimento da conciliação e mediação no início da demanda, transferindo às figuras dos conciliadores e mediadores a incumbência de estimularem as partes para a solução amigável dos litígios, a sistematização e a utilização dos precedentes para julgamento de processos e principalmente, a inserção, em seus artigos 1º e 12 de princípios constitucionais e processuais ao bojo dos autos.

Dentre os princípios inseridos no corpo da legislação estão o princípio do contraditório, no artigo 9º e da ampla defesa, previsto no artigo 10. Considerando que cabem as leis ordinárias o detalhamento dos preceitos constitucionais, os artigos em comento detalham de que forma tais princípios serão aplicados no processo civil a partir de março de 2016. Uma das novidades paira sobre a impossibilidade de o magistrado julgar o litígio sem dar a todas as partes o conhecimento prévio da matéria levantada no litígio, mesmo aquelas matérias que podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz. Essa impossibilidade é conhecida pela doutrina como a vedação das decisões surpresa, ou seja, não pode o magistrado, em tese, decidir sem que as partes se manifestem nos autos, não sendo surpreendidas por decisões sobre cujo assunto não saibam antecipadamente.

No entanto, tal norma poderá não contribuir para a celeridade processual almejada pelo legislador de 2015, ao contrário até, uma vez que, salvo as hipóteses legais, não poderá o julgador decidir sem prévio conhecimento das partes, criando precedentes perigosos para que as partes interessadas na protelação do feito não ter ciência dos atos e, por esta razão, o juiz ficar impedido de decidir.

### **DESENVOLVIMENTO CONTRADITÓRIO**

O princípio do Contraditório, originariamente, está previsto no artigo 5º, LV da Carta Magna, que assim dispõe: “Art. 5º [...]. LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Este prevê que as partes devem participar ativa e igualmente de todas as etapas do processo e de forma efetiva, sem prejuízo de nenhum destes, sob pena de nulidade dos atos que foram praticados em inobservância a este preceito.

Oliveira Neto *etti. alli.* descreve sobre o princípio em comento.

Com isso, além do direito de ser informado de qualquer conduta praticada pela parte contrária no processo e de ter a possibilidade de reagir a essa conduta, a parte ainda tem a possibilidade de interferir na condução do processo, praticando atos tendentes ao convencimento do magistrado acerca da relação jurídica de direito material que se pretende acertar, efetivar ou assegurar, conforme o tipo de tutela pretendida. (Oliveira Netto, *etti. alli.* 2015, p.86/87).

Elpídio Donizetti, (DONIZETTI, 2015, p.7) parafraseando Ada Pellegrini Grinover, destaca que o contraditório se vincula ao direito de defesa, pois garante as partes

possibilidade bilateral e efetiva para a produção de suas provas, aduzirem razões e recorrer de suas decisões, para a tutela de seus direitos e interesses.

Já Luiz Rodrigues Wambier enfatiza a natureza constitucional de tal princípio, *in verbis*:

O contraditório é, portanto, garantia de natureza e sede constitucionais. A norma tem como destinatários o legislador ordinário e o juiz, assim como, no caso do processo administrativo, o gestor público ou privado. Quem, enfim, tenha poder decisório, tanto no plano jurisdicional quanto no administrativo, deve respeitar o contraditório em toda a sua amplitude. [...] Trata-se do dever de diálogo entre o juiz e as partes, incluídos, nesse contexto, o direito da parte de ser informada quanto aos pedidos que tenham sido formulados pela parte contrária, assim como de todos os subsequentes atos o procedimento, de modo que possa reagir quando for necessário ou adequado. Estão igualmente protegidos por essa garantia todos aqueles que de algum modo participem do processo, na condição de terceiros ou assistentes (WAMBIER, 2015, p.2).

Até a promulgação do Código Civil de 2015, o único diploma legal que previa o princípio em testilha era a própria Constituição. Por esta ausência na lei infraconstitucional, o intérprete da norma adotava posições genéricas, (gerando postergação indevida do feito, ora uma total ausência de ciência à parte, contribuindo para o cerceamento de defesa, vedado no ordenamento jurídico pátrio.

Com a promulgação do novo caderno de ritos, o contraditório está inserido no artigo 9º, assim disposto:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

O início do artigo é contundente, na medida em que proíbe expressamente que sejam proferidas decisões sem que as partes litigantes sejam previamente ouvidas, garantindo que todos participem de forma ativa e efetiva na realização dos atos processuais.

Artur César de Souza exemplifica o princípio, lembrando que este também é um pressuposto processual, *in fine*:

Na verdade, está-se diante de um pressuposto processual de existência da própria relação jurídica, uma vez que a prévia oitiva a parte (ou a ciência da existência de uma demanda contra ela proposta) é requisito de existência da relação jurídica processual, pois somente com a oitiva prévia da parte é que se perfectibilizará o contraditório e a ampla defesa. A nova concepção do processo civil faz com que se considere esta disciplina não somente como um conjunto de normas destinadas a regular um método para a solução dos conflitos, mas principalmente como um importante lugar de valores autônomos. O valor representado pela garantia do contraditório e da defesa é um valor em si próprio e não somente porque um procedimento que realiza esta garantia é mais adequado ou mais oportuno para a solução dos conflitos. (SOUZA, 2015, p.98/99).

Pelo exposto, constata-se que não caberá mais ao juiz decidir sempre sem oportunizar a manifestação dos litigantes. Todavia, é importante destacar que não é obrigado as partes manifestarem-se, portanto, se não quiserem se manifestar, não serão coagidas para

tanto, entretanto, sofrerão com os efeitos da preclusão ou da coisa julgada, de acordo com a espécie de decisão judicial em que tenham que se manifestar. No entanto, o próprio artigo em comento destaca que existem algumas exceções à obrigatoriedade de as partes se manifestarem. Não que o contraditório deixa de existir, mas é praticado posteriormente. As hipóteses de não incidência das regras do caput versam sobre:

**a) TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA:** As tutelas provisórias de urgência estão descritas nos artigos 294 a 310 do Código de Processo Civil e abrange os pedidos de tutela antecipada (art. 303 e 304) e as medidas cautelares (art. 305 e 306). Inobstante que estes pedidos possuam naturezas distintas, sendo que o primeiro existe, em tese, caráter satisfativo de direito material e o segundo preponderam questões de aspecto processual, assecuratórios a um resultado útil ao processo, se equivalem no tratamento dado pelo legislador como tutelas provisórias de urgência que, para que possam ser concedidas, é necessário o preenchimento de alguns requisitos específicos, como a plausibilidade do direito (*fumus boni juris*) e o risco de resultado útil ao processo (*periculum in mora*), conforme redação do artigo 300 do novo código, abaixo transcrito:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

A possibilidade de as decisões ser concedidas sem a oitiva da parte contrária para justamente no risco ao resultado útil do processo, uma vez que, dependendo da urgência na resposta ao pedido de prestação jurisdicional pleiteado pela parte, caso a parte contrária saiba antecipadamente, poderá frustrar o cumprimento da medida pleiteada. Por esta razão, a exceção está configurada.

Artur César de Souza adverte sobre a postergação (e não a supressão) do contraditório nestes casos:

Para as hipóteses de medidas provisórias de urgência, no caso de eventual perecimento do direito. Nessas hipóteses, na verdade, não há supressão do contraditório, mas, sim, a postergação do contraditório para momento posterior. O legislador diante das hipóteses de urgência e perecimento de direito fez prevalecer o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, razão pela qual postergou o contraditório para momento oportuno. Exemplos dessas hipóteses de exceção: tutelas de urgência como cautelares, antecipação de tutelas satisfativas, liminares numa maneira geral (SOUZA, 2015, p.101).

Caso a presença do contraditório nestes casos fosse obrigatório, a urgência não seria configurada e, sempre que uma medida urgente deve ser tomada, foge aos padrões

comuns e o contraditório pode ser flexibilizado, entretanto, como garantia constitucional que é, jamais poderá ser suprimido.

**b) TUTELAS DE EVIDÊNCIA:** Previstas no artigo 311 do da novel legislação, as tutelas de evidência são aplicadas nas seguintes hipóteses em que é dispensado a demonstração da urgência, bastando apenas a demonstração da evidência: Oliveira Netto etti alli descreve desta forma a tutela de evidência:

A tutela que pode ser concedida independentemente de dano ou de risco ao resultado útil do processo, bastando-lhe a possibilidade do magistrado reconhecer de plano (prima facie), mediante cognição exauriente, o direito alegado pelo autor; ou, ainda, como a tutela provisória concedida mediante cognição exauriente, com base na evidência do direito alegado pelo autor (Oliveira Netto, 2015, p.657).

Dentre os incisos que discorrem sobre a tutela de evidência, o que possibilita o contraditório postergado são as tutelas previstas nos incisos II e III, e tal restrição se justifica, na medida em que para ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, é necessária a instauração da lide e a presença ativa do réu, portanto, este já terá conhecimento do conteúdo inserido nos autos e não será mais surpreendido com eventual decisão. Da mesma forma a previsão do inciso IV também pressupõe que ao réu já tenha sido lhe dado oportunidade do direito à defesa, uma vez que a redação é cristalina neste sentido: [...] *a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.*

As hipóteses dos incisos II e III são mais palpáveis, na medida em que estas pressupõem infringência a precedentes (súmulas ou decisões em recursos repetitivos) ou que, para a adoção destas medidas, o processo já está maduro, com provas inequívocas, capazes de dar ao magistrado a possibilidade de proferir uma decisão segura, exauriente e de difícil reforma no julgamento definitivo, em face da robustez da prova que, de acordo com a disposição legal, deve ser preponderantemente documental.

**c) AÇÃO MONITÓRIA:** A ação monitoria tem previsão nos artigos 700 a 702 do CPC, sendo utilizada para que aquele portador de prova escrita sem eficácia de título executivo, possa receber do devedor capaz o conteúdo descrito no título, principalmente dinheiro, entrega de coisas fungíveis e adimplemento de obrigações de fazer ou não fazer.

O item que admite a mitigação do contraditório está inserida no artigo 701 do CPC, abaixo transcrito:

Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento sobre o valor atribuído à causa.

Os conceitos de evidência foram descritos acima. Para que o Magistrado possa conceder a medida, é necessária uma prova cabal, da mesma forma como as descritas nos incisos II e III do artigo 311, quando se fala das tutelas de evidência, ou seja, não pode pairar dúvidas sobre o direito do autor. Podem ser exemplificados como confissão de dívida feita em cartório, dentre outros documentos dotados de fé pública, sem eficácia de título executivo.

#### **AMPLA DEFESA E A VEDAÇÃO DAS DECISÕES SURPRESA**

O artigo 10 do novo CPC possui a seguinte redação:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Fredie Didier Júnior (2015, p.85/86) lembra que a ampla defesa é direito fundamental de ambas as partes, consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório, correspondente ao aspecto substancial do princípio do contraditório. Ou seja, não poderá existir em qualquer hipótese limites técnicos para a defesa do réu. Tal princípio ganhou destaque com o advento do novo CPC, na medida em que veda ao juiz (mesmo nas matérias de ordem pública) decidir sem que todas as partes se manifestem.

Artur César de Souza exemplifica a aplicação do artigo 10:

Daí por que o juiz que revele uma determinada questão não discutida ou conhecida das partes anteriormente (prescrição, decadência, prejudiciais preliminares etc.) deve oferecer a questão revelada ao contraditório das partes antes de proferir decisão sobre o fato relevado, uma vez que a preventiva dialeticidade da matéria é um reclamo de natureza constitucional e não apenas processualmente oportuna. Não sendo respeitado o contraditório, deve reputar-se inválida, pois apresenta nulidade absoluta a decisão jurisdicional que, ao ‘revelar’ aludida ‘questão’ idônea a definir por si só o julgamento, mas não proposta nem nunca tratada em precedência pelas partes, não foi posta em contraditório anteriormente. (SOUZA, 2015, p.105)

Na verdade, a intenção do legislador, ao constatar a redação do artigo em comento, além do escólio doutrinário, é que o processo concebido na novel legislação, em razão da maior participação das partes que esta lei assegura, não se admite que uma decisão proferida por um personagem que não é encarado mais como central na lide. Sendo o processo das partes, é de vital importância que estas tenham ciência de todos os atos do processo, evitando que estes sejam surpreendidos com decisões inesperadas.

Os posicionamentos acima demonstram o espírito em que a legislação foi concebida e objetiva com sua implementação, a solução dos litígios, privilegiando a efetividade em detrimento dos procedimentos. O Magistrado, por mais evidente que a matéria objeto do litígio esteja, pode não saber a origem do direito do demandante, o que poderá ocorrer em decisões injustas. Com a obrigatoriedade de ouvir todas as partes, mesmo naquelas decisões em que o juiz possa conceder de ofício, poderá alcançar a efetividade de uma forma mais profícua, até mesmo porque pode ocorrer a composição entre os demandantes, pondo fim à lide antes do usual.

O Devido Processo Legal princípio está descrito no artigo 5º, LIV e descreve: Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

A origem do princípio remonta à Inglaterra de 1.215 da Magna Carta de João Sem Terra que, dentre outras determinações até certo ponto inovadoras para a época a garantia do *Due Process Of Law*. A sua digressão histórica é rememorada por Fredie Didier Júnior e merece ser reproduzida:

A noção de devido processo legal como cláusula de proteção contra a tirania é ainda mais antiga, remonta ao Édito de Conrado II (decreto Feudal alemão de 1037 d.C.), no qual pela primeira vez, se registra por escrito a ideia de que até mesmo o imperador está submetido às leis do império. Esse decreto inspirou a Magna Carta de 1.215, pacto entre o Rei João e os barões, que consagrava a submissão do rei inglês a *law of the land*, expressão equivalente a *due process of law*,

conforme conhecida lição de Sir Edward Coke. A Magna Carta costuma ser tida como o mais remoto documento normativo histórico que exerceu na formação dos Direitos inglês e estadunidense. A origem, porém, é germânica e um tanto mais longínqua (a influência germânica no desenvolvimento do direito comum inglês deve-se certamente à invasão normanda de 1066 comandada por Willian, o Conquistador, Duque da Normandia)(2015, p.64).

A Constituição Federal de 1988 traz como garantias constitucionais a vida, a liberdade, a liberdade, a segurança, e a propriedade como um de seus principais objetivos. Considerando a hierarquia destas garantias estampadas no *caput* do artigo 5º da Carta Maior, constata-se que, para que ocorra alguma espécie de ruptura em razão da liberdade ou do patrimônio dos jurisdicionados, é necessário que ocorra um processo pretérito, obedecendo a todos os princípios básicos da Lei Maior, principalmente o contraditório e a ampla defesa. Por tal razão, para que ocorra cerceamento da liberdade ou expropriação, é indispensável o processo, com ampla possibilidade de defesa do réu. Na legislação processual civil, a liberdade só poderá ser privada pelo devedor de alimentos, que deve ser plenamente cientificado da mora e somente após a recusa no pagamento, é que o magistrado poderá ordenar a ordem prisional do devedor. Já a prisão do depositário infiel foi, pela súmula vinculante 25, não mais aplicada no ordenamento jurídico pátrio.

Já a expropriação do patrimônio é algo mais corriqueiro dentro da sistemática cível, pois pelo princípio da patrimonialidade, somente os bens do devedor responde por suas dívidas. Mesmo assim, para que os bens possam ser expropriados, é necessário um longo processo para satisfação do credor. Caso este queira exercer de forma unilateral tal direito, comete o crime tipificado no artigo 345 do Código Penal. Exercício Arbitrário das Próprias Razões.

### **CONCLUSÃO:**

Ao final destes escritos, constata-se que o novo Código de Processo Civil traz em seu bojo os principais princípios norteadores da dinâmica processual, destacando-se os que foram objeto deste arrazoado, contraditório, ampla defesa e o devido processo legal. Tais princípios são previamente coordenados e privilegiam a segurança jurídica e a efetividade das decisões, possibilitando a todos o igual direito de defesa e manifestação equânime nas relações processuais, evitando desequilíbrios de qualquer natureza.

No entanto, com uma maior disciplina destes princípios incorporados ao Código, poderá, em alguns momentos, ocorrer o retardo na prestação jurisdicional, já que não poderá existir mais decisões sobre matérias sem que as partes não tenham previamente se manifestado, mesmo em matérias de ordem pública. Diz-se que poderá ocorrer retardo na medida em que a estrutura judiciária nacional é ainda deficiente no tocante à celeridade preconizada no artigo 5º, LXXVIII da Carta Magna, podendo ocorrer no futuro alguns represamentos no julgamento de litígios, caso o contraditório seja aplicado de forma indistinta e indeterminada, em alguns casos, por atos protelatórios das próprias partes. Não se quer aqui falar em não aplicação destes importantes princípios, o que se quer evitar é a persistente morosidade que assola os jurisdicionados. A efetividade e exequibilidade das decisões judiciais, aliado a razoável duração do processo e a participação plena dos personagens do processo devem ser o norte dos operadores do processo e do direito, buscando a harmonia entre todos os pontos aqui levantados.

### **REFERÊNCIAS**

- BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. – 17. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015
- DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil Comentado. Análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas. 2015.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. Coord. Pedro Lenza. 5 ed. de acordo com o Novo CPC, Lei n. 13.105; de 16-3-2015 – São Paulo: Saraiva, 2015.
- HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Curso Completo de Processo Civil: 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015
- OLIVEIRA NETO, Olavo de, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Verbatim. 2015.
- SOUZA, Artur César de. Código de Processo Civil: Anotado, Comentado e Interpretado: Parte Geral (arts. 1 a 317), v. 1. São Paulo: Almedina, 2015.
- WAMBIER, Luiz R. O Contraditório e o Projeto do Novo CPC. Disponível em <http://luzirodurigueswambier.jusbrasil.com.br/artigos/121943488/o-contraditorio-e-o-projeto-do-novo-cpc>. Acesso em 15/12/2015.

\*\*\*

## INCENTIVOS FISCAIS NAS ATIVIDADES DO AGRONEGÓCIO

### TAX INCENTIVES IN AGRIBUSINESS ACTIVITIES

EDERLAN ILÁRIO DA SILVA

Mestrando no programa de Mestrado em Direito – UNIMAR/SP

[ederlan.adv.ilario@hotmail.com](mailto:ederlan.adv.ilario@hotmail.com)

FLORENCE CRONEMBERGER HARET DRAGO

Doutora em Direito Tributário docente do programa de Mestrado em Direito – UNIMAR/SP

[florenceharet@hotmail.com](mailto:florenceharet@hotmail.com)

**RESUMO:** o presente trabalho teve a finalidade de demonstrar o importante papel do Estado no desenvolvimento nacional da atividade de agronegócio através de incentivos fiscais. Tais benefícios tributários têm como uma de suas finalidades a erradicação das diferenças regionais e sociais, bem como o crescimento do país como um todo, ainda que dirigido a um determinado setor. Com o trabalho buscou-se responder questões como: quais os incentivos fiscais existentes no setor rural? Como eles têm ajudado este setor? Quais os pontos negativos desta intervenção estatal na economia? Os incentivos fiscais atendem bem ao setor?

**Palavras-chave:** Agronegócio. Desenvolvimento nacional. Incentivos fiscais.

**ABSTRACT:** this study aimed to demonstrate the important role of the state in the national development of agribusiness activity through incentives and tax exemptions. Such tax benefits have as one of its goals the elimination of regional and social differences as well as the country's growth. With the work we sought to answer questions such as: what are the existing tax incentives in the rural sector? As they have helped this sector? What are the weaknesses of this state intervention in the economy? Tax incentives cater well to the sector?



**Keywords:** Agribusiness. national development. Tax breaks.

## INTRODUÇÃO

O ser humano é a maior preocupação da República Federativa do Brasil, sendo o poder do Estado emanado deste. Assim, a Lei Maior visa de todas as formas, garantir a seu povo, dentre outros princípios, os termos enumerados no artigo 3º, assim vejamos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.  
(BRASIL, 2013).

Ante ao mencionado dispositivo, verifica-se que, para a consecução desses objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o Estado possui diversos modos de atuação, assim como diferentes possibilidades de estímulos nas múltiplas pessoas e atividades existentes no País. E muitas vezes o faz por intermédio de determinados instrumentos fiscais como os incentivos fiscais. São exemplos desses incentivos as isenções tributárias, os regimes diferenciados de tributação, as bases de cálculo reduzidas, as suspensões de incidência, etc.

É neste enfoque que se busca contextualizar a matéria sob o ponto de vista do setor do Agronegócio e os impactos das ações estatais. Observando os incentivos aplicados a estas atividades, é possível encontrar respostas, dentre outros questionamentos importantes a serem procedidos, sobre como os incentivos fiscais têm ajudado este setor a se desenvolver e propiciar o alcance dos objetivos fundamentais descritos no art. 3º da Carta Maior. Será possível, ainda, avaliar se existem pontos negativos desta intervenção estatal na economia ou, ainda, se os incentivos fiscais atendem bem ao setor. Finalmente, será possível entender de forma geral, e ainda que a breve trecho, como a tributação pode ajudar o agronegócio.

## DESENVOLVIMENTO

O agronegócio é um setor de grande importância para o desenvolvimento do país. Ele se subdivide em, primeiro, *produção* de produtos primários, onde encontram-se os produtores rurais de pequenas médias e grandes propriedades; em segundo, passa pela industrialização, rudimentar ou tradicional, trazendo figuras como as agroindústrias e as cooperativas de produção ou de produtores; ao final, encerra-se com a *comercialização*, atividade que inclui uma enorme gama de intermediários, distribuidores e demais agentes e serviços acoplados à função de propiciar a todos os consumidores o acesso a determinados produtos finais. Neste sentido nos traz Luiz Roberto Domingos que:

O agronegócio envolve uma fase da cadeia produtiva - aquela primária, que se inicia com o fornecimento de bens para a propriedade rural, que fará a produção, e, depois, a comercialização dessa produção rural. E esse conceito foi absorvido pela Constituição Federal, no parágrafo 1º, do Artigo 187 - que é o Artigo que trata da política agrária e política agrícola. Esse dispositivo traz a questão da inclusão, no setor do agronegócio, das atividades agroindustriais, agropecuárias, pesquisa e florestais. Portanto, não é possível alargar

demasiadamente o setor do agronegócio, sob a justificativa de que, por conta do tipo de insumo utilizado na industrialização de algum produto, seja produção rural. Por exemplo, na fábrica de sapato. É sabido que o sapato é feito de couro, nem por isso a fábrica de sapato pertence ao agronegócio, ou seja, até o beneficiamento do couro, podemos conceituar a atividade dentro do agronegócio. A partir da próxima fase dessa cadeia produtiva, creio que não podemos alargar tão grandemente as fases dessa cadeia para que se incluam dentro desse conceito do agronegócio (DOMINGOS, 2011).

Na tentativa de fomentar o setor do agronegócio, o Estado utilizasse de diversos meios os quais geram os questionamentos a seguir a que passaremos, de forma breve, a analisar.

No tocante aos incentivos fiscais existentes no setor rural, verifica-se que o estado possui uma gama de opções fiscais e não fiscais ao seu dispor para estimular essa produção de produtos primários. Tendo em vista as dificuldades sazonais, os riscos da atividade e os problemas de infra-estrutura do Brasil, todos elevando o preço final dessas commodities, verifica-se a necessidade de que o Estado tenha uma atuação mais presente para que o setor se sobreviva e tenha competitividade no mercado nacional e internacional.

Quanto aos incentivos fiscais, encontram-se a (i) base de cálculo reduzida no lucro presumido; (ii) fatores de redução da base de cálculo no lucro real como a depreciação acelerada incentivada, a compensação de prejuízos fiscais, as dedutibilidades ligadas à atividade rural, dentre outros; (iii) as suspensões de incidência de PIS/COFINS; (iv) o diferimento de ICMS, etc.

Oferecidos estes incentivos, percebe-se que estes têm contribuído em muito para o melhoramento do setor. Pagando menos tributo, o produtor aumenta o seu fluxo de caixa, diminui o seu endividamento e possibilita maiores investimentos na produção, com mais adubo, fertilizantes, etc. Com isso, os incentivos propiciam que este produtor faça investimentos em novas tecnologias e melhore sua produção e seu rendimento próprio. Como consequência inafastável, o produtor acaba empregando mais pessoas no campo, conferindo trabalho a mais gente. Nessa linha, trazendo mais empregabilidade no campo, realiza um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ao erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Em outras palavras, com a empregabilidade, desenvolve o acesso ao homem do campo para condições mínimas de vida com dignidade.

Todavia, a todos estes elementos positivos acima destacados, alinhados aos objetivos do art. 3º da CF/88, verifica-se que alguns pontos negativos se fazem presentes nesta intervenção estatal na economia. A ação do Estado realizada através da tributação diferenciada ao setor do agronegócio possui pontos negativos/falhos, dentre eles destacamos: investimentos que não alcançam a todos do campo de forma uniforme; e políticas públicas sem o devido planejamento, sem sequência, etc. Sem contar na dependência que se cria entre a sobrevivência do campo e as ações do Estado.

No balanço entre os pontos positivos e negativos, resta indagar se os incentivos fiscais atendem bem ao setor. Da leitura especializada sobre o tema, constata-se que as ações estatais atendem minimamente o setor fiscal e colabora para o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ao garantir o desenvolvimento nacional, mas não tem sido suficiente para aliviar o produtor rural da pressão mercadológica. Tais agentes permanecem espremido pelas pressões do mercado nacional e internacional, sendo o único que não pode repassar seus custos elevados no preço oferecido. Também tais políticas fiscais não atendem o produtor nos momentos

em que mais precisa. Ou seja, o Estado em crise não tem como resolver problemas do produtor em situações de crise. Finalmente, cabe apontar que falta continuidade ou, ainda, previsibilidade nas políticas públicas. Essa ausência de planejamento prejudica, por seu turno, que o setor se programe e atue de forma mais contínua no desenvolvimento de suas ações. Por outro lado, o Estado não dá sequência às obras de infra-estruturas tão fundamentais ao desenvolvimento deste setor e da nação como um todo. Falta ao Governo um maior comprometimento com o agronegócio, no intuito de enaltecer sua função primordial de produção de produtos de base, fundamento para todas as demais atividades econômicas do País.

## CONCLUSÃO

Em análise ao tema mencionado, encontra-se que o Brasil vem tentando, através da tributação, promover o agronegócio, seja através de isenções fiscais, seja através de incentivos fiscais.

Isso se dá visando à melhor distribuição de renda entre as regiões do país, visando-se também a fomentação do setor de agronegócio que é de grande importância para o crescimento da nação.

Podemos concluir que nosso Estado Maior tem acertado em vários momentos, contudo, ainda está longe de atingir um resultado satisfatório, sendo em muitos casos prejudicados pela grande extensão territorial que em função da má gestão não é utilizada em favor deste, seja pela falta da continuidade do trabalho desenvolvido pelo produtor por falta de incentivo, ausência de mão de obra qualificada e mercado que supra a produção.

Destaca-se que o grande ponto falho do setor de incentivos fiscais é a não continuidade do trabalho, a falta de planejamento e acompanhamento das atividades desenvolvidas pelo pequeno produtor, o que faz com que este seja “engolido” pelo mercado altamente competitivo que deixa a mercadoria cara ou que em muitos casos impede que ela chegue até o comprador final.

No tocante aos acertos cometidos pelo Estado, podemos mencionar que este, através dos incentivos e isenções concedidas ao setor, vem contribuindo para o aumento de fluxo de caixa do produtor rural, o que faz com que o produtor tenha dinheiro para investir em novas tecnologias de melhoramento de produção, técnicas de venda e gestão de produção e propriedade, entre outras, o que faz com que atinja-se o objetivo inicial de distribuição de renda e melhoramento do setor que contribui para o crescimento do país. Ponto relevante nos acertos cometidos é também a geração de empregos no setor, que contribui para o melhoramento dos índices de desemprego do país, além de gerar renda as famílias deste meio, fazendo com que estas alcancem condições mínimas de dignidade de vida.

Por fim concluímos que os incentivos e isenções fiscais são de grande valia para o setor, bem como para o crescimento do país e melhoramento das pessoas envolvidas, devendo ser cada vez mais aplicado e fomentado, tendo em vista os bons resultados alcançados.

## REFERÊNCIAS

**DOMINGO**, Luiz Roberto. **Tributação setorial: setor do agronegócio**. XXIV Congresso Brasileiro de Direito Tributário: Tributação e (In)Segurança Jurídica. Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE. In: Revista de Direito Tributário, n. 113. São Paulo: Malheiros, 2011. Disponível em <http://www.institutoidea.net.br/sistema-integrado-de-precos/> acesso em 05/10/16 as 19:07.

**OLIVEIRA**, Fernanda Pereira de. **BORGES**, Raígor Nascimento. **SILVA**, Vagna Leila da. **SILVA**, Deive Bernardes da. **SANTOS**, Fabrício Vieira dos. **A Intervenção Estatal no Agronegócio por Vias de Incentivos Fiscais**. Disponível em

<<http://www.webartigos.com/artigos/a-intervencao-estatal-no-agronegocio-por-vias-de-incentivos-fiscais/134201/>> acesso em 02/10/16 às 12:15.

**BRASIL.** Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 71/2012 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. – Brasil: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2013.

\*\*\*

## **PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

### **PRINCIPLE OF COOPERATION IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE**

Autor: Vanessa Barco dos Santos Santana, Unimar, [vanessa.barco@hotmail.com](mailto:vanessa.barco@hotmail.com), Linha de Pesquisa: Empreendimentos econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas.

Co – Autor: Andriella de Paula Queiroz Aguirre, [aqueiroz@queirozaguirre.com.br](mailto:aqueiroz@queirozaguirre.com.br)

Orientador: Dr. Emerson Ademir Borges de Oliveira, Unimar, [borgesdeoliveira@usp.br](mailto:borgesdeoliveira@usp.br)

#### **RESUMO:**

Esta pesquisa tem por objetivo de abordar o tema o Princípio da Cooperação no Novo Código de Processo Civil. Como estratégia, em um primeiro momento abordou-se a definição do Princípio da Cooperação, previsto no art. 6º do Código de Processo Civil e em um segundo momento, focou-se na análise deste princípio da Cooperação diante as normas regidas pela Carta Magna e do devido processo legal, vislumbrando a análise dos princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e da Razoável duração do Processo. Por fim, como resultado dessa pesquisa chegou-se à conclusão que é possível a efetividade do processo, com base no Princípio da Cooperação, respeitando o Contraditório e a Ampla Defesa, a Razoável duração do Processo e os Princípios normativos e Constitucionais.

**Palavras chaves:** Princípio da Cooperação. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa. Razoável duração do Processo.

#### **ABSTRACT**

This research aims to address the issue Cooperation Principle in the New Code of Civil Procedure. As a strategy, at first addressed the definition of the cooperation principle laid down in art. 6 of the Code of Civil Procedure and in a second phase, focused on the analysis of this principle of cooperation on the rules governed by the Constitution and due process, glimpsing the analysis of the principles of adversarial, Ampla Defence and Reasonable time Process. Finally, as a result of this research we came to the conclusion that it is possible the effectiveness of the process, based on the principle of cooperation, respecting the adversarial and Wide Defense, the Average length of process and regulatory and Constitutional Principles

**Key words:** Cooperation principle of adversarial and Wide Defense principle. Average duration of the process.

#### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho utilizará o método dedutivo com o objetivo de verificar, por meio de pesquisa bibliográfica, o Princípio da Cooperação no Novo CPC com aprofundando a análise ao devido Processo Legal no que diz respeito aos Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e da Efetividade, será baseado ainda consulta de fontes secundárias, abrangendo bibliografias encontradas em domínio público tais como: livros, revistas, monografias, teses, artigos de internet, entre outras.

Tem como objetivo geral fazer uma breve análise sobre o Novo Código de Processo Civil, o Princípio da Cooperação, como enfoque tem como objetivos específicos: Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e da Efetividade.

Durante a elaboração do presente trabalho a problemática encontrada foi como os valores e normas fundamentais previstas na Constituição de 1988, especialmente o da Eficiência no transcurso do processo, serão abordados e gerenciados com efetividade sempre respeitando a ampla defesa.

Vem o presente trabalho na tentativa de alcançar respostas de como a reforma do Código de Processo Civil, através da Lei n. 13.105/2015 e como seus efeitos serão difundidos no ordenamento jurídico brasileiro, pelos novos e antigos operadores do direito, magistrados, serventuários da justiça e seus desdobramentos e consequências no Poder Judiciário em Geral.

### **1. Breves anotações sobre o Novo CPC.**

O novo Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 inicia seu corpo de normas com uma abordagem mais principiológica, neste esteio é cristalino o pluralismo de princípios que envolvem o novo CPC.

Esse modelo atual é totalmente voltado a Constituição Federal de 1988 (CF/88), seus Fundamentos e Princípios, é nitidamente pautado na Carta Magna, não que isso não ocorria no antigo Código de Processo Civil 1973, já muito emendado, remendado, porém esse novo modelo passa a dispor expressamente sobre a abordagem dos princípios e regras, com o foco geral na Lei Maior. Já em seu primeiro Livro, o novo CPC quando trata das normas processuais civis, este inicia sua abordagem pelas normas Fundamentais do Processo Civil.

Vejamos o art. 1º do novo CPC, (NERY, 2016, pág. 12), Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Inseridos no corpo do novo CPC a busca de valores e normas fundamentais previstas na CF/88, como boa-fé, atendimento dos fins sociais, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, publicidade e eficiência no transcurso do processo. Nesse primeiro momento percebe-se a modernização da processualística nacional. Aqui reside um viés mais hermenêutico, caracterizado pela observância inicial dos Fundamentos e Princípios Constitucionais da República, para somente então e efetivamente adentrar as normas de Direito Processual Civil (CANOTILHO, 2002, pág.s 339-340) em suas obras, ao longo dos séculos, inúmeras foram concretizações do devido processo legal que se incorporaram ao rol das garantias mínimas que estruturam o devido processo. Não é lícito, por exemplo, considerar desnecessário o contraditório ou a duração razoável do processo, direitos fundamentais inerentes ao devido processo legal. Nem será lícito retirar agora os direitos fundamentais já conquistados; vale, aqui, o princípio de hermenêutica constitucional que proíbe o retrocesso em tema de direitos fundamentais, (THEODORO JUNIOR, 2015, pág. 23).

### **2. Princípio da Cooperação**

O Princípio da Cooperação foi especificamente positivado no novo CPC através do art. 6º do novo CPC brasileiro, art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Nesse novo

modelo de concepção processual, adotado pelo CPC atual, pode ser entendida como uma regra ou até mesmo como um princípio processual. Ainda, denota o sentido de que o processo é o meio público para buscar seus interesses pessoais, suas aflições, as relações obrigacionais e os deveres acessórios de conduta, aumenta a necessidade de partes e Juízes mais atuantes diante as controvérsias. Buscando assim a efetivação do processo com um caráter isonômico entre os sujeitos. Trata-se de reconhecer que ainda que de lados opostos (para as partes) e a posição do Juiz (autoridade pública e estatal), ambos os sujeitos dessa relação jurídica devem colaborar entre si para que essa relação se desenvolva de forma razoável e eficiente em rumo de uma solução a tutela jurisdicional preterida.

### **2.1 Princípio da Boa-fé**

Nota-se que apesar deste dever ser intrinsecamente ligado a boa-fé e a razoável duração do processo, ainda que para o legislador necessário inserir a Cooperação no CPC, para haver respeito norma geral, não confusão entre os dois institutos e o bom andamento da Justiça. Vale aqui ressaltar que a cooperação não é uma novidade em outros ordenamentos, porém ainda muito recente, assim como trata (WAMBIER, 2015, pág. 62) “O princípio da cooperação é relativamente jovem no direito processual. Cooperar é agir de boa-fé”.

Quanto ao dever de prevenção, que cabe ao magistrado apontar as deficiências postulatórias das partes, para que possam ser supridas, como por exemplo, Indeferimento da Inicial ou Emenda. Deve também o Magistrado auxiliar as partes, superando assim eventuais dificuldades que possam de algum modo suprimir o exercício do direito. E por fim o dever de correção e urbanidade, no qual o magistrado deve sempre adotar uma conduta adequada, ética e respeitosa em sua atividade judicante. Neste sentido, ressalta (MARINONI, 2010, pág. 48), para que o processo de fato mereça o qualificativo de democrático/justo e se torne real o clima de colaboração entre juiz e as partes, a nova lei impõe uma conduta leal e de boa-fé, não só dos litigantes, mas também do magistrado, a quem atribuíram os deveres de esclarecimentos, de diálogo, de prevenção de auxílio para com os sujeitos interessados na correta composição do conflito de conflito, criando-se um novo ambiente normativo contra fático de indução à co participação (em decorrência dos comportamentos não cooperativos).

### **2.2 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa**

Não se pode falar em devido processo legal, sem respeitar os Princípios do Contraditório e a Ampla Defesa, a obediência ao devido processo legal essencialmente dispõe que ninguém poderá ser atingido por uma decisão judicial, sem ter a possibilidade de influir na sua formação em igualdade de condições como a parte. Conforme o art. 5º, LIV, da Constituição Federal 1988, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Assim, a Lei maior garante que não será privada a liberdade ou perderá seus bens, aquele que não passar por um rito específico as normas e procedimentos legais.

Outro dispositivo da Carta Magna que apresenta os princípios é o contido no art. 5º, LV, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral é assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa deve compreender o direito de ser ouvido, de acompanhar os atos processuais, de produzir provas, ser informado regularmente dos atos praticados no processo, o direito à motivação das decisões, além do direito de impugnar as decisões.

Com referência ao contraditório, para Daniel Mitidiero, pressupondo o direito ao contraditório como direito a participar do processo, a influir positivamente sobre o

convencimento judicial, tem-se entendido que as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões postas em juízo, mesmo sobre aquelas questões que deve conhecer de ofício (MITIDIERO, 2011, pág. 62).

Enfim, para o processo efetivamente ser realizado é necessária a ciência e manifestação das partes. A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia. Como cabe ao julgador a investigação oficial de algum as questões (como, p. ex., aquelas previstas § 3º do art. 485 do CPC), o respeito a esse dever revela-se fundamental. Caso o magistrado "descubra" a falta de um requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre a questão.

A cooperação exige ampla participação de todos os sujeitos processuais, para assim efetivar-se contraditório e a ampla defesa. Ainda dar as partes a oportunidade de atuar em igualdade de condições e assim participar do convencimento do juiz. Portanto percebe-se como mudança de paradigma que o contraditório deixou de ser apenas a apresentação de defesa pelo réu, e passou a ser a influência no desenvolvimento e no resultado do processo, razão pela qual constitui direito não só do réu, mas também do autor.

### **2.3 Princípio da Razoável duração do Processo**

Uma das finalidades da cooperação é a busca pela decisão de mérito em tempo razoável, ou até mesmo o fim da lide pela arbitragem, conciliação, isto porque um dos pilares da cooperação é justamente a efetividade processual.

A duração razoável do processo é uma das garantias mínimas do devido processo legal, por meio dela, é assegurado o direito fundamental a um processo justo e coerente. Para o professor Didier não existe um princípio de celeridade, o processo não deve ser célere/rápido: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional (DIDIER, 2015, pág. 96).

O Juiz, sempre que necessário e em especial nos casos em que resultado possa alcançar um grande número de pessoas, deve permitir a intervenção de pessoas, órgãos ou de entidades com interesse na controvérsia. Desta forma atuará em busca da verdade real, abrindo amplamente a possibilidade de todos os envolvidos se manifestarem. Permitindo o ingresso de outros personagens que possam colaborar para a realização da justiça, como por exemplo, o caso do *amicus curiae* nos arts. 138 e 1.038, I, efetivamente cumprem sua função na cooperação.

### **Conclusão**

Diante de todo o exposto, fica claro que o Novo Código de Processo Civil vem assentar definitivamente de forma ideológica e expressamente o vetor do Processo Civil Constitucional, muito difundido pela doutrina e pouco utilizado no Judiciário.

Com efeito, marcou expressamente Princípios presentes na Carta Magna como, a inafastabilidade jurisdicional, a Duração Razoável do processo, a Isonomia processual, o Contraditório e a Ampla Defesa, a Dignidade da Pessoa Humana, a Razoabilidade, a Eficiência e a Cooperação.

Ainda que aparente pura repetição dos princípios constitucionais, tal mudança denota grande avanço na ciência processual, pois apresenta a modernização da processualística nacional, estreitar os laços entre teoria e prática.

O Princípio da Cooperação expresso no novo CPC representa uma conquista e a inauguração de um processo cooperativo, buscando trazer mais efetividade aos provimentos jurisdicionais e maior produtividade aos tribunais e cortes brasileiras.

Destarte, o novo modelo de Processo Civil deve buscar equilíbrio. As Partes devem agir de forma ética, por cooperação, com boa-fé, dentro dos ditames da lei.

Que os Juízes plenamente busquem a celeridade das demandas, sem prejuízo ao direito tutelado, buscando a prevalência dos direitos Constitucionais, a Isonomia processual, a Dignidade da pessoa Humana, respeitando o Contraditório e a Ampla defesa em um novo ordenamento jurídico capaz de atura com efetividade e produtividade.

Diante os princípios apresentados e ainda outros dispositivos, conforme o pensamento do Prof. Didier temos ainda um conceito aberto, uma clausula Geral, daí a necessidade casuística da Jurisprudência que com absoluta certeza ainda ira protagonizar inúmeras aplicações ao Princípio da Cooperação.

Por fim, através da Cooperação, buscar uma sociedade com valores mais éticos e isonômicos, no qual precipuamente se respeita os direitos tão arduamente conquistados.

### **REFERÊNCIAS**

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: RT, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, 339-340.
- DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil – Volume 1 – JusPODIVM: Salvador - 15ª edição. 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: RT 2010. Pag. 48.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, São Paulo: RT, 2011, p. 102.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de A. Código Civil Comentado – 16ª Ed.. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flávio Quinaud Pedron. Novo CPC – Fundamentos e sistematização /– Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 35.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros. Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil. 1ª Ed. 2015. p. 62.

\*\*\*

## **A COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL A TAX CREDIT RECOVERY AND THE PROCESS OF JUDICIAL RECOVERY**

GT-1 – Empresa, Desenvolvimento e Cidadania  
AUTOR: ALEXANDRE DE SOUZA MATTA  
UNIMAR  
email: [alexandrematta@yahoo.com.br](mailto:alexandrematta@yahoo.com.br)

ORIENTADOR: FLORENCE CRONEMBERGUER HARET DRAGO  
UNIMAR  
[florenceharet@hotmail.com](mailto:florenceharet@hotmail.com)

RESUMO: Com o intuito de reerguer empresas em dificuldade financeira e aumentar a recuperação do crédito, a lei 11.101/05 entrou em vigor há onze anos, atendendo um reclame de toda a sociedade brasileira, a frente do unânime reconhecimento da inadequação do antigo diploma, o decreto-lei 7.661/45, diante da realidade



contemporânea, definindo uma nova postura em relação ao tratamento dispensado as empresas em crise, dando-se fim ao instituto da concordata, que se passava por um “favor legal”. Ocorre que diante da dificuldade financeira instalada nas empresas, o primeiro credor a ser inadimplido é o credor tributário. Contudo, mesmo diante deste fato e após considerável tempo de vigência, a lei especial ainda excluiu de seu alcance algumas execuções, dentre as quais as cobranças de crédito tributário, conforme se observa do texto do artigo 6º, § 7º, que com extrema clareza determina: “*As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica*”. Logo o espírito da lei que seria a preservação da empresa que exerce uma função social, com a geração de empregos, fomento da economia, circulação de riquezas e por fim o pagamento de tributos está em choque com os interesses da fazenda pública, que objetivando satisfazer seu crédito, acaba por inviabilizar o cumprimento do plano de recuperação. Assim diante desse conflito de interesse, ou seja, o individual no sentido da preservação da empresa e o coletivo com a cobrança do crédito tributário, o Superior Tribunal de Justiça, atualmente, vem acenando no sentido de prevalecer à manutenção da empresa.

**PALAVRAS-CHAVE:** conflito de interesses. crédito tributário. preservação da empresa. recuperação judicial.

**SUMMARY:** In order to rebuild businesses in financial difficulty and increase credit recovery, the Law 11,101 / 05 came into force ten years, in one claim of the Brazilian society, the front of the unanimous recognition of the inadequacy of the old law, the decree law 7,661 / 45, in the face of contemporary reality, defining a new attitude to the treatment of companies in crisis, giving an end to the bankruptcy institute, which passed for a "favor legal". It happens that in the face of financial difficulty installed in companies, the first creditor to be defaulted is the tax creditor. However, despite this fact and after considerable period of validity, the special law also excludes from its scope certain plays, among which charges tax credit, as seen from Article 6 text, § 7, which very clearly states "executions of a fiscal nature are not suspended by the deferral of bankruptcy, except for the granting of installment under the National tax Code and specific common law." Soon the spirit of the law that would be the preservation of company exercising a social function, with job creation, development of the economy, circulation of wealth and finally the payment of taxes is at odds with the interests of the exchequer, which aim to meet his credit, ultimately derail the implementation of the recovery plan. So before this conflict of interest, ie the individual towards the preservation of the company and the collective with the collection of the tax credit, the Superior Court of Justice currently is waving towards prevail maintenance company.

**KEYWORDS:** conflict of interest. tax credit. preservation of the company. judicial recovery.

**INTRODUÇÃO:** Para a solução deste celeuma entre o conflito do interesse privado na tentativa de manutenção da empresa, com vista a sua função social e o interesse público com a tentativa de recebimento do crédito tributário, e diante do elevado número de empresas que se socorrem da recuperação judicial e diga-se de passagem a maioria delas também tem alto endividamento fiscal, compete ao Poder Judiciário equilibrar os interesses em conflito, notadamente entre o soerguimento pretendido pela empresa que busca a recuperação e o interesse público para o recebimento dos tributos devidos, no sentido de satisfazer o interesse da coletividade na garantia do bem comum. Neste sentido, em nível federal foi instituída a Lei 13.043 de 13 de novembro de 2014, criando o parcelamento de dívidas fiscais, sendo que em seu artigo 43 menciona a autorização

aos empresários e as sociedades empresárias para a realização do parcelamento especial (tributos federais podem ser pagos em 84 parcelas mensais). A formalização do parcelamento especial permite a emissão de certidão positiva com efeito negativo que supre a exigência do art. 57 da LREF, podendo se concedida a recuperação da empresa.

**DESENVOLVIMENTO:** Contudo, em que pese o advento da Lei 13.043/2014, além de somente o Governo Federal ter a possibilidade de instituir tal parcelamento e ainda assim em condições e prazos bastante restritivos, que, na prática, inviabilizam a adesão para a maioria das empresas em recuperação. Ademais, outros entes públicos também poderiam instituir seus parcelamentos, observado o que dispõe o artigo 155-A, § 3º do Código Tributário Nacional ou das leis específicas de parcelamento de outro ente da federação. Sem essa criação legislativa as empresas em recuperação ficam à mercê da cobrança forçada de tributos. A Jurisprudência, no entanto, foi sensível à necessidade de concessão de (temporária) proteção às empresas em recuperação também em face do fisco. Os tribunais passaram a levar em conta a recuperação judicial para diminuir ou neutralizar os efeitos deletérios dos atos de cobrança tributária. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) admite nas execuções fiscais atos de alienação de bens que sejam essenciais à manutenção da atividade produtiva da empresa em recuperação judicial. Indo além, o STJ decidiu que o juízo competente para julgar atos e situações que coloquem em risco o patrimônio e as atividades da empresa é o juízo universal da recuperação judicial, e não o juízo da execução fiscal.

**RESULTADOS E DISCUSSÃO:** Logo, sem a criação da estadual e municipal, conforme preceitua o artigo 43 da Lei 13.043, mencionadas no título anterior, chega-se a conclusão de que o art. 57 continua inaplicável, sendo indispensáveis outras formas de pagamento do débito tributário. Nada fala em dívidas para com as Fazendas Estadual e Municipal. Se os juízes passarem a entender que o artigo 10-A da Lei 10.522/2002, trazido pela Lei nº 13.043/2014, confere eficácia ampla ao artigo 57 da Lei n.11.101/2005, certamente inviabilizarão o processo de recuperação judicial e esvaziarão toda a sua lógica, que é salvar a empresa em dificuldade financeira ocasional, porque exigirão do empresário devedor, já descapitalizado, que arranje dinheiro sabe-se lá de onde para quitar o Fisco, como condição de que o pedido de recuperação seja liminarmente apreciado. Portanto, o objetivo principal da lei é salvar a empresa pelo seu fim social, pela sua natural capacidade de gerar riquezas, empregos e de pagar tributos,

**CONCLUSÃO:** É bom que se diga que nem todas as empresas merecem o benefício da tentativa de recuperação, pois a reorganização de atividades econômicas é tarefa de extrema dificuldade. Tanto é que no pleito judicial, alguém há de pagar pela recuperação, seja pelo sujeito ativo na tentativa de salvar a empresa com a inserção ou aumento do capital social ou aqueles que contribuem de forma passiva na medida de perdas parciais ou totais de seus créditos. Logo o espírito da Lei 11.101/05 é a preservação da empresa no sentido da continuação das atividades de produção de riqueza como um valor que pode ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais, que não só prejudica o empresário ou sociedade empresária, prejudica todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros comerciais e o Estado.

**REFERÊNCIAS:**

ALEXANDRE, Ricardo, Direito Tributário Esquemático. 8ª ed. São Paulo: Editora Método. 2014.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília.

MACHADO, Hugo de Brito. Dívida Tributária e Recuperação Judicial de Empresa. In: Revista Dialética de Direito Tributário, n, 120, São Paulo.

MAMEDE, Gladson. Manual de direito empresarial. 4º Ed. São Paulo: Atlas, 2009, pag. 448.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2015.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\*\*\*

### **GT3: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

#### **O ESTADO DAS COISAS INCONSTITUCIONAL E A TUTELA ESTRUTURAL: UM MECANISMO PARA PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

#### **THE STATE OF INCONSTITUTIONAL THINGS AND THE STRUCTURAL PROTECTION: A MECHANISM FOR FUNDAMENTAL RIGHTS PROMOTION.**

AUTOR

GABRIELA APARECIDA CARVALHO IUNES, UNIMAR,  
[gabrielaiunes@hotmail.com](mailto:gabrielaiunes@hotmail.com)

ORIENTADOR

PROF. DR. JEFFERSON APARECIDO DIAS, UNIMAR, [jeff.bojador@gmail.com](mailto:jeff.bojador@gmail.com)

#### **RESUMO**

O Estado das Coisas Inconstitucional (ECI) é lançado como técnica de decisão a ser utilizada, de forma excepcional, pelo Supremo Tribunal Federal, para proteção das minorias vulneráveis, bem como para elucidação de problemas estruturais, que hoje resultam em realidades inconstitucionais de ampla violação de direitos fundamentais. As críticas a essa técnica são inúmeras, face ao regime democrático e o princípio da separação Poderes, disciplinados em nossa Carta Maior. Contudo, pretende-se demonstrar que quando a ausência da atuação dos Poderes na realização de suas atribuições precípua outorgadas pela Constituição resulta na violação de um direito fundamental por ela assegurado, é tão inconstitucional quanto as críticas a serem veiculadas, o que torna legítima a atuação do Judiciário para que atue na tutela dos preceitos violados, ainda que, para isso, assumam uma posição ativista.

**PALAVRAS CHAVES:** Democracia, Direitos fundamentais, Estado das Coisas Inconstitucional.

#### **ABSTRACT**

The State of Unconstitutional Things is released as a decision technique to be used, exceptionally, by the Supreme Court for protection of vulnerable minorities and for the elucidation of structural problems, which today result in unconstitutional realities of a

widespread violation of fundamental rights. Critics for this technique are numerous, based on the democratic system and the principle of separation powers, disciplined in our Constitution. However, we intend to demonstrate that when the absence of the authorities' actions in performing their core duties, granted by the Constitution, results in the violation of a fundamental rights is as unconstitutional as critical to be conveyed, which makes it legitimizes the judiciary to act in the protection of violated precepts, although to do so, take an activist position.

**KEYWORDS:** Democracy, Fundamental Rights, State of Unconstitutional Things

## INTRODUÇÃO

Tem-se o Estado das Coisas Inconstitucional (ECI) como técnica de julgamento a ser utilizada quando se encontra diante do apelo de um número amplo de pessoas, vítimas de violações de uma gama de direitos fundamentais, resultante de reiteradas omissões do Estado. É neste contexto que a Corte Suprema assume postura ativa, estabelecendo soluções estruturais, formulando medidas concretas para enfrentar o conflito criado.

É de ordinária ciência que inúmeros brasileiros vivem em situação de extrema vulnerabilidade, constituindo verdadeira afronta a direitos fundamentais, encontram-se desamparados, ante a proteção insuficiente dos órgãos que detêm a atribuição para legislar e/ou formular políticas públicas. Diante dessa realidade, já se vem notando atuações mais ativas do Judiciário em sede de tutelas individuais, em especial nos casos em que pleiteiam direito à saúde e educação. Mas, por questões de ordem interna, nunca se falou em reforma estrutural dirigida por apenas um dos Poderes.

Embora não haja previsão expressa na Constituição Federal de 1988, ou em qualquer outro ato normativo, o instituto do ECI foi recentemente adotado pelo Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 09 de setembro de 2015, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347/DF, proposta pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), ante a crise do sistema carcerário no Brasil. Na ocasião, deferiu-se parcialmente o pedido de medida cautelar formulado, reconhecendo a existência do ECI em face as graves e generalizadas violações dos Direitos Fundamentais dos detentos. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2015).

O escopo deste trabalho não está voltado à análise da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, tampouco se destina aos estudos da ADPF 347/DF, embora a utilize como base. Busca-se demonstrar, por meio da técnica emprestada do direito internacional, uma possível alternativa para adequar a realidade brasileira àquilo que foi outrora positivado pelo legislador constituinte. Apresentar-se-á, em apertada síntese, as discussões que são levantadas acerca da determinação pelo Judiciário de providências estruturais voltadas a superação do quadro enfrentado por brasileiros que buscam a efetivação de seus direitos à vida, educação, saúde, moradia, segurança entre outros.

Bem assim, se de um lado, a intervenção ativa da nossa Corte Suprema pode assumir papel importante para refutar o cenário de violações em massa de direitos humanos na ordem interna, por outro, deve-se encontrar o limite de sua atuação para que não se esvazie a ideia de Democracia e de divisão das atribuições de poder, preceitos esses, igualmente, estabelecidos e protegidos pela nossa Carta de 1988.

## DESENVOLVIMENTO

O instituto surge, no final da década de 90, nas decisões da Corte Constitucional Colombiana, ante a constatação de situações de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais, agravadas pela inércia do Poder Público, de forma que somente transformações estruturais nas políticas de Estado são capazes de modificar o cenário de inconstitucionalidade.

O litígio foi posto, pela primeira vez, por um grupo de professores que tiveram seus direitos previdenciários violados. A Suprema Corte Colombiana, analisando o feito, concluiu na Sentença de Unificación 559 de 6.11.1997, pela existência de omissões estruturais e violações ampla dos direitos humanos, não abarcando apenas os autores do pedido, mas toda a classe. (COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana, 1997).

Posteriormente, a mesma Corte apreciou e julgou a demanda referente ao Sistema Carcerário, reconhecendo, também, nesta conjuntura, o ECI, determinando medidas de reforma estrutural (Sentencia T-153/1998, de 28/4/1998 - COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana, 1998). Destaca-se, igualmente, a decisão tomada pela Corte, quando instada a se manifestar acerca do deslocamento forçado de pessoas, em decorrência de ameaças e perigo apresentados pelos conflitos armados existentes no território Colombiano. (Sentencia T- 025 de 22.01.2004 - COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana, 2004)

Noticia-se que outros Tribunais já se utilizaram de técnicas decisórias semelhantes na tentativa de resolver a situação de grave e massiva afronta aos direitos fundamentais, inclusive a Corte Europeia de Direitos Humanos.

O instituto foi abordado pela primeira vez no Brasil, pelo jurista Daniel Sarmento, aliado a outros advogados, no patrocínio da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 347/DF, proposta pelo Partido Político PSOL- Partido Socialismo e Liberdade.

De forma bastante didática, a peça inaugural desse processo dispõe que o ECI é caracterizado pela atuação dirigente do Judiciário, diante das seguintes acontecimentos, de forma cumulada: i) grave e generalizada violação de direitos fundamentais, atingindo amplamente um número elevado e indeterminado de indivíduos vulneráveis afetados pela situação; ii) Omissão reiterada dos órgãos internos na promoção e proteção desses direitos, constitucionalmente garantidos, deixando de adotar medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para obstar ou remover a problemática, consubstanciando uma falta estrutural das instâncias políticas e administrativas; iii) A solução da situação depende da atuação conjunta e coordenada dos Poderes, de medidas e recursos de todos os órgãos envolvidos, em todas as esferas federativas. (ADPF n. 347/DF, 2015, p. 8).

Aduzia o autor que o cenário dos presídios se mostrava em contradição com a CRFB/1988, que consagra princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), que veda as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e prevê a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Bem assim, o que se tem é um quadro de violações de inúmeros direitos fundamentais, como saúde, educação, alimentação, acesso à justiça, segurança, entre outros. (ADPF n. 347/DF, 2015, p. 5)

Postulava-se, em sede de liminar, a adoção de providências estruturais, com o fito de remediar as lesões aos preceitos fundamentais que os detentos vinham vivendo em virtude da inércia na atuação dos Poderes que tinham essa atribuição, da União, dos Estados- Membros e do Distrito Federal. (ADPF n. 347/DF, 2015, p. 69/70).

Bem assim, em 09 de setembro de 2015, o Plenário concluiu o julgamento de Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que estava configurado o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Isso porque, os cárceres do Brasil, além de não atingirem o fim de ressocializar os presos, auxiliam no aumento da criminalidade, constituindo

verdadeiras “escolas do crime”. Isso é o que se depreende do Informativo n. 798 do STF (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2015).

O Ministro Relator deste processo objetivo, Marco Aurélio, em seu voto, ao tratar da legitimidade da Corte para intervir na situação em comento aduziu que “*Apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas.*” (AURELIO, 2015).

Nesse sentido, a decisão do Plenário, ao julgar a Medida Cautelas na ADPF 347/DF, entendeu que o STF não pode substituir o papel do Legislativo e do Executivo na consecução de suas tarefas próprias, não cabendo assim ao Órgão de Cúpula do Judiciário definir o conteúdo das políticas que serão realizadas, tampouco os detalhes e meios a serem empregados. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2015).

Certo é que, diante da incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, a intervenção judicial faz-se necessária para retirar os demais Poderes da inércia, coordenando ações, com o fito de resolver situações de patente inconstitucionalidade e buscar resultados efetivos.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

O instituto do ECI, ao ser reconhecido pelo STF, enfrentou duras críticas. Certo é que as atribuições de Poder são repartidas entre as funções administrativa, legislativa e jurisdicional, tendo cada uma delas sua esfera de atuação. Não obstante essa divisão, elas devem atuar de forma harmônica, com o escopo de promover os direitos fundamentais e ceifar suas violações.

Verifica-se que a atuação ativista do Judiciário aplicada a situação em tela, pode, à primeira vista, desconfigurar o ideal de democracia que fundamenta nossa Constituição (artigo 1º, caput da CRFB/88) bem como, simbolizar uma afronta ao modelo de separação das atribuições de Poder, estabelecido no artigo 2º, CRFB/88. Isso porque, disciplinas referentes a orçamento, alocação de recursos, criação e execução de políticas públicas, são estranhas à função judiciária.

Faz-se, também, objeção ao fato de que os membros do Judiciário não são diretamente escolhidos pelo povo, não sendo, portanto, representantes da vontade popular. Por essa razão, não seriam legitimados a impor decisões sobre os demais Poderes que tenham seus membros escolhidos pelos cidadãos, o que iria de encontro ao ideal de democracia que inspirou a nossa Constituição (DEPRA e VALER, 2015)

Outra crítica se encontra na amplitude da definição do instituto, pois se trata, talvez pela ausência de positivação, de conceito genérico, carecendo de delimitações. No Brasil, inúmeras situações poderiam ser enquadradas no ECI, passando de situação excepcional, para regra de julgamento, o que, mais uma vez poderia ferir o regime democrático e o princípio da separação dos Poderes. Questiona-se, ainda se um juiz de primeiro grau poderia declarar o ECI, verificada tal situação em determinada localidade ou região. (DEPRA e VALER, 2015)

Por outro lado, a mesma Constituição que imprime o princípio da separação de Poderes, também assegura que esse será mitigado para proteção de direitos fundamentais. Nota-se, ainda, que a “separação” dos Poderes, na maneira como foi pensada em sua origem, tem na sua própria essência a ideia evitar o abuso, decorrente da concentração de poder nas mãos de um único detentor.

Demais disso, a Constituição Federal de 1988 adota o Sistema de Freios e Contrapesos, igualmente idealizado como mecanismo de conter o abuso do poder nas mãos de quem o detém.

### **CONCLUSÃO**

É cediço que, conforme disciplinado em nossa Carta Maior, a iniciativa de políticas públicas deve ser tomada pelos Poderes Executivo e Legislativo. Ocorre que, por vezes, são expedidos atos normativos estabelecendo programas ou determinando a defesa imediata de um direito, esses que, embora bem-intencionados, na realidade não alcançam as minorias, fragilizando os preceitos constitucionais que buscam proteger a dignidade da pessoa humana, o que não se pode aceitar.

Em que pese as críticas feitas ao instituto, amparadas no modelo político do Estado Democrático de Direito, instituído no Brasil, pela Constituição Federal de 1988, que consagra as funções típicas aos Poderes do Estado, tem-se que o ECI não representa uma usurpação de funções inerentes aos demais Poderes.

O que se defende é a comunicação entre todos os Poderes, sendo a atuação do magistrado a de coordenador institucional. Isso porque, a efetivação da ordem e a promoção de direitos dependem da atuação conjunta e harmônica de todos os Poderes.

### **REFERENCIAS**

ARRUDA, Andrey Stephano Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: uma nova fórmula de atuar do STF. Artigo publicado em [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16813](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16813)., acesso 01.10.2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Jota Mundo: Estado de Coisas Inconstitucional. Artigo publicado <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>, acesso em 01.10.2016

DEPRA e VALER, Vinícius Oliveira Braz e Willian. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA DISCUSSÃO NA PAUTA DE JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/download/14239/2680>, acesso em 02.10.2016

VIEIRA JUNIOR Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 28.09.2016.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm> - acessado em 28.09.2016.

[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1719\\_ADPF\\_347\\_-\\_Peticao\\_inicial.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1719_ADPF_347_-_Peticao_inicial.pdf) - Petição Inicial ADPF 347/DF. Acessado em 28.09.2016.

\*\*\*

### **AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E O ALARGAMENTO DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA**

#### **THE EXTRAJUDICIAL SERVICE AND THE ENLARGEMENT OF THE ACCESS TO JUSTICE CONCEPT**

GT 4 – JUDICIÁRIO E DEMANDAS SOCIAIS

HENRIQUE RESENDE SIQUEIRA – Universidade de Marília - E-mail:  
henriquersiqueira@gmail.com

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER – Universidade de Marília – Email:  
nipex@unimar.br

## **RESUMO**

O presente trabalho busca encontrar situações que ampliam o conceito de acesso à justiça, envolvendo temas como a desjudicialização, ou seja, afastando-se da ideia de solução apenas pelo Judiciário. Para se atingir esse objetivo, foi pesquisada a teoria sobre desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen e os trabalhos de Cappelletti e Garth sobre acesso à justiça. A possibilidade das serventias extrajudiciais cumprirem esse papel se apresentou como um possível caminho para esse objetivo.

## **ABSTRACT**

This paper aims to find situations that expand the concept of access to justice, involving issues such as desjudicialization, that is moving away from the idea of solution only of the Judiciary. To achieve this objective, it was researched the Amartya Sen's theory of development as freedom and Cappelletti and Garth's works on access to justice. The possibility of extra-judicial service fulfill this role is presented as a possible path to that goal.

## **INTRODUÇÃO**

Nos últimos anos tem-se percebido uma adequação do direito às demandas da sociedade contemporânea, com a edição de normas capazes de adequar o ordenamento jurídico à realidade vivida e desejada pela coletividade.

Para ilustrar essa situação, temos como exemplo a Lei da Ficha Limpa, originada através de iniciativa popular, conforme previsto no art. 61, §2º de nossa Constituição, decorrente de nítido anseio social. Outra demanda que não pode passar despercebida é a necessidade de acesso à justiça sem passar pelo Poder Judiciário.

Atualmente, o acesso à justiça é um dos temas mais estudados no mundo jurídico e está presente em algumas situações de nosso dia-a-dia, como nos juizados especiais, na figura da Defensoria Pública e nas serventias extrajudiciais – conhecidas como cartórios –, notadamente na ampliação de suas atribuições e na disponibilização à sociedade de serviços alternativos à via jurisdicional.

No presente trabalho, daremos ênfase a soluções desenvolvidas nas pesquisas de Mauro Cappelletti e Briant Garth (1988), para facilitar o acesso à justiça. Eles dividiram essas soluções em três categorias, chamadas de “ondas”. Nosso foco será na terceira dessas ondas, pesquisando sobre a noção de que o acesso a justiça se dá, como já dito, de uma maneira muito mais ampla do que apenas garantindo a presença de um advogado em juízo, mas também de outras formas, como no fenômeno da desjudicialização.

Esse afastamento do judiciário pode levar a uma maior empoderação do cidadão, através da facilitação da busca da justiça, que não se confunde com a mera propositura de uma ação e a criação de um novo processo. Tal empoderamento será pesquisado na segunda parte desse projeto, usando-se como marco teórico o conceito de “desenvolvimento como liberdade”, de Amartya Sen (2013).

## **DESENVOLVIMENTO**

O acesso à justiça é tão caro a nossa sociedade que foi inserido no rol dos direitos fundamentais, trazido pela nossa Constituição Federal, como se depreende de seu artigo



5º, inciso XXXV, que preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e recentemente reforçado pelo novel Código de Processo Civil em seu artigo 3º. Mais especificamente, o acesso à justiça pode também ser encarado como direito social, como se depreende do seguinte trecho: “Embora o acesso à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades...” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 6).

As demandas sociais que têm por objeto o acesso à justiça surgiram há muito na Grécia Antiga. Segundo o doutor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “Foi também Atenas o berço da assistência judiciária aos pobres. Naquela época, anualmente, eram nomeados 10 advogados para prestar assistência jurídica àquelas pessoas consideradas à época como carentes” (CARNEIRO, 2007, p. 7).

No Brasil, as Ordenações Filipinas (1603) já faziam menção a um “suposto” (2007, p. 40) direito de as pessoas pobres terem patrocínio de um advogado. Mas, ainda segundo esse autor (2007, pp. 41-41) “A verdade é que o acesso à justiça, como entendemos hoje, ou mesmo próximo dele, simplesmente inexistiu no Império brasileiro, até porque é fruto de um processo histórico e político ainda não consolidado àquela altura da evolução do país”.

O acesso à justiça foi alvo da atenção de grandes pesquisadores, entre eles Mauro Cappelletti e Briant Garth, visto que o tiveram como objeto de estudo em seu Projeto Florença, já na década de 70 (1988).

Ao final desse trabalho, esses autores elencaram três ondas do acesso à justiça, chamadas por eles de “As soluções práticas para os problemas de acesso à justiça” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12), sendo que a primeira dessas ondas é a assistência judiciária para os pobres, a segunda delas é a representação dos interesses difusos e, por fim, temos a terceira, que trata do acesso à justiça em uma concepção mais ampla que a mera representação em juízo.

Dentre os problemas da necessidade de se recorrer ao judiciário para a solução dos conflitos da sociedade, esses autores ensinam que “Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível” (1988, p. 7). A sociedade contemporânea não comporta tamanha delonga, as relações civis e comerciais são criadas e extintas na velocidade de um clique e os eventuais litígios daí decorrentes devem ser solucionados com a mesma celeridade.

A questão financeira também pesa contra esse sistema:

A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários À solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais. (1988, p. 6)

O processo judicial, além de demorado, é dispendioso para todas as partes. A máquina judiciária é uma estrutura cara por natureza e o aumento de ações judiciais só faz aumentar essa conta. As partes envolvidas também precisam desembolsar elevadas somas de dinheiro e paciência até o trânsito em julgado. Assim, percebe-se que o cidadão não pode se tornar refém de um sistema – diga-se, judicial e contencioso – que lhe dificulta a realização e efetivação de seus direitos.

A situação é reconhecida pelo próprio Poder Judiciário. Ao palestrar no I Seminário Ombudsman como Forma de Desjudicialização dos Conflitos na Relação de Consumo, o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, afirmou que ou o Poder Judiciário segue no rumo da solução extrajudicial de conflitos ou partirá para o colapso (STJ, 2016). O número de ações judiciais no país ultrapassou a marca dos cem

milhões, representando quase um processo judicial para cada dois brasileiros, relevando o impactante volume de trabalho da Justiça. Por melhor que seja a sua estrutura, o Poder Judiciário não consegue dar vazão, com a eficiência e celeridade necessárias, a todas essas demandas.

Uma das melhores vias para solucionar o problema enfrentado encontra-se nos cartórios extrajudiciais. Pouco conhecidos, os chamados cartórios possuem competência para praticar diversos atos que substituem a via judicial, e ainda com ganhos econômicos e de eficiência.

O exemplo mais emblemático encontra-se na Lei 11.441/07 que permitiu a realização de inventário, separação e divórcio pelo Tabela de Notas. Quase uma década após a sua edição, os resultados são animadores, milhares de ações deixaram de ser propostas, os casos foram resolvidos com rapidez e baixo custo, tanto para as partes quanto para o Estado-Juiz. Inúmeros outros exemplos podem ser citados, como a recuperação de crédito pelo Tabela de Protesto e, mais recentemente, a recuperação da dívida pública por esta via, evitando a execução fiscal. A retificação de área direto no Registro de Imóveis, sem necessidade de intervenção judicial, a expedição de carta de sentença no tabelionato de notas, o reconhecimento de filho no registro civil das pessoas naturais e o apostilamento de documentos nas serventias em geral são outros exemplos.

Nessa toada andou o legislador do Código de Processo Civil de 2015. Além de positivar a ata notarial, forte instrumento de autenticação da existência e veracidade de fatos, o *codex* conferiu às serventias novas atribuições: a ata notarial de usucapião e seu registro, a homologação do penhor legal e o registro da hipoteca judicial como um efeito secundário da decisão judicial, autorizando o Oficial de Registro a sua recepção de forma mais facilitada.

Com essa ordem de ideias, adentramos na teoria de Amartya Sen, que preconiza que só há realmente desenvolvimento de uma sociedade a partir do momento que seus cidadãos tem liberdade, afinal a condição de agente de cada um é “inescapavelmente restrita e limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas que dispomos” (SEN, 2011, pp. 9-10). Assim:

Ao avaliarmos nossas vidas, temos razões para estarmos interessados não apenas no tipo de vida que conseguimos levar, mas também na liberdade que realmente temos para escolher entre diferentes estilos e modos de vida. Na verdade, a liberdade para determinar a natureza de nossas vidas é um dos aspectos valiosos da experiência de viver que temos razão para estimar. (SEN, 2013, pp. 226-227).

Como é comum pensar, desenvolvimento está atrelado a riquezas financeiras (PIB – Produto Interno Bruto, por exemplo). Mas segundo esse autor, não é apenas o dinheiro que define se determinado Estado é desenvolvido ou não, pois deve-se levar em conta muitos outros fatores, tanto que foi um dos responsáveis pela criação do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano). Afinal, para ele:

Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma

negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade. (SEN, 2011, p. 17).

Em outras palavras, somente experimenta a verdadeira liberdade aquele que, despedido de coações físicas e decorrentes das condições sociais, econômicas e jurídicas a que submetido, pode escolher uma das opções materialmente possíveis. O alargamento das soluções extrajudiciais, notadamente pelo instrumental trazido pelos cartórios, pavimentam os caminhos do acesso à justiça e o tornam mais próximo da coletividade, promovendo a liberdade plena.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, percebe-se que facilitar o acesso dos cidadãos à justiça compreende uma ideia muito mais ampla que simplesmente garantir sua participação no sistema do Poder Judiciário. Nesse sentido, os cartórios cumprem um enorme papel, visto que esse tipo de desjudicialização já ocorre há algum tempo, com excelentes resultados.

Além das questões práticas que envolvem essa situação, nota-se que existe um profundo arcabouço teórico sobre a atuação dos cartórios e que vão ao encontro do estudado décadas atrás por Cappelletti e Garth, sempre em prol do acesso à justiça.

Por fim, a presença capilarizada das serventias extrajudiciais em todos os municípios permitem empoderar e garantir meios para que as pessoas se desenvolvam, tirando restrições territoriais, financeiras e redefinindo a sua condição de agente, atingindo maiores graus de liberdade, como defendido por Amartya Sen.

## REFERÊNCIAS

- AHUALLI, Tânia Mara; BENACCHIO, Marcelo (coords.); SANTOS, Queila Rocha Carmona dos (org.) **Direito Notarial e Registral: Homenagem às Varas de Registros Públicos da Comarca de São Paulo**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 1988.
- CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça – Juizados especiais cíveis e a ação civil pública – Uma nova sistematização da teoria geral do processo**. Editora Forense. 2ª ed. Rio de Janeiro: 2007.
- FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Tabelionato de Notas**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SEN, Amartya. **A idéia de justiça**. Companhia das Letras, São Paulo: 2011.
- \_\_\_\_\_. **Desenvolvimento como liberdade**. Companhia de Bolso – Companhia das Letras, São Paulo: 2013.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Solução extrajudicial de conflitos exige mudança cultural de operadores do direito**. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Solu%C3%A7%C3%A3o-extrajudicial-de-conflitos-exige-mudan%C3%A7a-cultural-de-operadores-do-direito](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Solu%C3%A7%C3%A3o-extrajudicial-de-conflitos-exige-mudan%C3%A7a-cultural-de-operadores-do-direito). Acesso em 20/09/2016.

\*\*\*

## OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

**FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF  
HUMAN RIGHTS**

GT3 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

LUIZ AUGUSTO ALMEIDA MAIA  
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
luizaugusto@lfmaia.com.br

SAMYRA HAYDEE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES  
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
samyranaspolini@gmail.com

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar as tensões e convergências entre direitos fundamentais e direitos humanos, no contexto do sistema interamericano. Com efeito, passando por alguns aspectos essenciais da teoria geral dos direitos fundamentais, bem como pela problemática envolvendo o modo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, no ordenamento jurídico brasileiro, é que se pretende aferir possíveis implicações da jurisprudência firmada pela Corte Interamericana, na ressignificação dos direitos fundamentais, no âmbito interno. Para tanto, foi utilizado no trabalho o critério metodológico dedutivo e a consulta bibliográfica como técnica de pesquisa. Ao final, constatou-se que para um efeito diálogo entre o direito doméstico e o sistema interamericano, é necessária uma mudança cultural significativa, por parte dos operados, em especial dos que atuam nos órgãos de cúpula.

Palavra chave: Direitos Fundamentais; Direitos Humanos; Sistema Interamericano.

**ABSTRACT:** This article seeks to analyze the tensions and convergences between fundamental rights and human rights in the context of the inter-American system. Indeed, through some key aspects of the general theory of fundamental rights and the issue involving the incorporation mode of international human rights treaties, the Brazilian legal system, is that if you want to assess possible implications of the jurisprudence set by the Inter-American Court, the reinterpretation of fundamental rights in the domestic sphere. Thus, it was used at work the methodological criteria deductive and bibliographic as a research technique. In the end, it was found that for a dialogue effect between domestic law and the inter-American system, a significant cultural change is required by the surgery, especially those who work in umbrella bodies.

Keywords: Fundamental rights; Human rights; Inter-American system

## **INTRODUÇÃO**

O diálogo entre jurisdições nacionais e internacionais é um tema de extrema relevância, que envolve questões complexas, para a comunidade jurídica, possuindo contornos especiais em matéria de direitos humanos e direitos fundamentais, haja vista a existência de tensões e convergências em relação a ambos.

No caso brasileiro, não obstante previsão constitucional, a abertura dos direitos e garantias fundamentais aos tratados internacionais de direitos humanos encontra certa resistência, ainda que isso não seja declarado expressamente, como se pode observar, por exemplo, na problemática envolvendo a questão da hierarquia dos citados instrumentos perante o ordenamento jurídico pátrio.

Sem embargo, impossível ignorar o relevante papel desempenhado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no contexto latino-americano, bem como o crescente aumento de importância das decisões proferidas pela Corte Interamericana, o que força com que os operadores revejam conceitos tradicionais, para compatibilizar o direito interno, com a interpretação convencional.

Neste sentido, o primeiro capítulo analisa o fenômeno dos direitos fundamentais, traçando seu conteúdo jurídico e principais classificações, sem perder de vista a necessidade de uma releitura de seus institutos.

Já no segundo, é exposto o descolamento entre doutrina e jurisprudência a respeito do status hierárquico com que são recepcionados os tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, tema este revitalizado a partir da emenda constitucional nº 45.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, são mencionadas algumas decisões e opiniões oriundas do Sistema Interamericano de Direito Humanos, que conferiram um maior nível de proteção aos direitos fundamentais reconhecidos pelos estados signatários da Convenção Americana, refletindo-se a respeito da influência recíproca exercida pelas diferentes esferas jurisdicionais.

Logo em seguida, são apresentadas as conclusões finais deste trabalho, onde serão sintetizadas as principais teses descritas nos capítulos anteriores.

Quanto à questão metodológica, utilizou-se neste artigo científico, principalmente, o critério dedutivo, recorrendo-se a pesquisa bibliográfica, a partir de estudos de diversos autores.

## **DESENVOLVIMENTO**

Embora seja comum falar sobre direitos, muitas vezes o significado intrínseco do termo se perde em meio à abstração do fenômeno jurídico. Com efeito, é muito mais simples compreender o que é ter um objeto, vendo ou tocando o mesmo, do que ter direito à propriedade, para citar somente este exemplo.

Não obstante, sabemos, até mesmo instintivamente, que as pessoas devem respeitar o direito de propriedade do outro, abstendo-se de praticar atos que o violem. Daí o porquê de se dizer que ter um direito é ser beneficiário de deveres de outras pessoas ou do Estado.

Sem embargo, como as pessoas possuem direitos a coisas distintas, os mesmos vinculam terceiros também de forma diferente. Há direitos, por exemplo, que podem obrigar apenas uma única pessoa, como aqueles decorrentes de determinados tipos de contratos. Outros que se destinam ao Estado, por expressa disposição constitucional, como o direito à educação básica. E, ainda, direitos que criam obrigações universais.

Sem prejuízo, alguns direitos, por sua especial relevância dentro do ordenamento jurídico, possuem certa superioridade em relação aos demais, motivo pelo qual são classificados como pertencentes a uma categoria própria e dotados de características que facilitam a sua proteção e efetivação.

São os chamados “Direitos Fundamentais”, expressão esta que servirá como base semântica para a presente pesquisa, a qual, apesar de relativa banalização em relação ao seu uso, mostra-se como sendo a mais adequada para a designação dos direitos que serão objetos de análise.

Todavia, tendo em vista a multiplicação de termos utilizados, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, cumpre, inicialmente, distinguir-se a expressão, Direitos Fundamentais, de outros fenômenos correlatos, tais como: Direitos do Homem e Direitos Humanos.

Senão vejamos.

A expressão *droits fondamentaux* aparece, na França, por volta da década de 1770, durante o movimento que culminou com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mas é com o surgimento do constitucionalismo moderno, com a positivação do termo junto aos textos constitucionais, no direito alemão (identificado como *Grundrechte*), a partir da Constituição de Frankfurt (1848), que o mesmo assumiu a formulação jurídica que conhecemos hoje (LUÑO, 1995, p. 30).

Não obstante, é certo que não se pode ignorar que a reivindicação de determinados direitos, tidos como “fundamentais”, em um dado momento histórico, é muito mais antiga do que a concepção atual de Direitos Fundamentais, uma vez que sempre houve, na consciência humana, a noção de que certos direitos, em função de sua importância axiológica, deveriam ser garantidos a todos, pelo simples fato de pertencerem à espécie *homo sapiens*.

Desta feita, a terminologia, Direitos do Homem, cuja noção é tão antiga quanto o surgimento da própria sociedade, é empregada para designar os valores ético-políticos, inerentes e essenciais à condição humana, em sentido semelhante ao do direito natural. Note-se, não se está aqui tratando de direitos positivados, mas sim de direitos em estágio de pré-positivação, que evoluem em decorrência de sua relação dinâmica com a realidade.

Assim sendo, os Direitos do Homem existem na sociedade, independentemente de serem positivados, formando o senso comum de justiça, através de códigos morais e religiosos, mesmo sem o reconhecimento formal do Direito Estatal.

Em outras palavras, os Direitos do Homem são a matéria-prima de que são feitos os Direitos Fundamentais, ou, ainda, dito de outra forma, os Direitos Fundamentais são os Direitos do Homem positivados no plano constitucional (ALEXY, 1999, p. 73).

Já a expressão Direitos Humanos, identifica, para a maioria dos autores, os valores que foram positivados na esfera do direito internacional, através de tratados ou pactos internacionais.

Como se vê, tratam-se de direitos que já passaram pelo processo de positivação, tal como os Direitos Fundamentais. Entretanto, o reconhecimento destes direitos se deu no plano supranacional, não se destinando, objetivamente, a uma determinada ordem interna, mas possuindo uma pretensão de universalidade, mesmo que em contextos regionais.

Assim, optou-se, para esta etapa do trabalho, pelo conceito trazido por Marmelstein (2011, p. 20), segundo o qual:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Isto porque, apesar de ser vaga a linguagem utilizada, estão presentes todos os elementos necessários para a identificação da existência de um direito fundamental, mesmo que este não seja apresentado desta forma pelo texto constitucional.

Com efeito, sempre que uma determinada norma jurídica possuir ligação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito, é muito provável que se trate de uma norma de direito fundamental.

Logo, os Direitos Fundamentais se apresentam como a base do Estado constitucional, os vetores de suas ações e também os seus limites, na medida em que este não existe como um fim em si mesmo, mas sim como um instrumento para viabilizar que os indivíduos possam usufruir de seus direitos, da forma mais ampla possível.

Sem prejuízo à rigidez do texto constitucional, a Constituição Federal de 1988 se caracteriza como um sistema aberto, especialmente em matéria de direitos humanos e

fundamentais, como se depreende de seu artigo 5º, parágrafo 2º, em que está prevista a chamada “cláusula de abertura material”, a qual foi alterada pela emenda constitucional nº 45/2004, com a inclusão do parágrafo 3º, estabelecendo a equivalência dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, desde que aprovados pelo quórum das mesmas, revitalizando a discussão acerca do modo de incorporação dos tratados no sistema jurídico pátrio.

Outrossim, não obstante o significativo avanço na matéria, com a estipulação de hierarquia constitucional equivalente as emendas constitucionais, para os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados da maneira mencionada alhures, com a consequente distinção em relação aos demais tratados, da mesma natureza, que teriam status supralegal, consoante posicionamento do STF, o citado dispositivo não resolve completamente a questão.

Neste sentido, mesmo a incorporação do tratado, nos termos do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, é passível de questionamento, em relação a normas constitucionais originárias, tidas como cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º), que possam conflitar.

Ademais, inexistindo qualquer tipo de hierarquia em relação aos direitos fundamentais, questionável a necessidade de incorporação do tratado com o quórum qualificado, já que a cláusula de abertura material, prevista no artigo 5º, § 2º do Diploma Constitucional, já garantiria fundamentalidade material aos tratados internacionais de direitos humanos, sendo, inclusive, em muitos casos, mais vantajosa.

Assim, enquanto para a atual orientação do STF, os demais tratados de direitos humanos, gozam de hierarquia supralegal, grande parte da doutrina sustenta que o dispositivo introduzido pela emenda constitucional nº 45 apenas reforçar o entendimento de que os tratados anteriores, sempre possuíram hierarquia materialmente constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, ou, foram recepcionados como equivalentes às emendas constitucionais pelo novo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Desta feita, a tese da hierarquia apresenta graves problemas, pois de acordo com o texto da Constituição, bem como pela própria natureza dos direitos fundamentais, clara é a necessidade de que os tratados internacionais possuam, ao menos, nível constitucional, devendo, esses novos direitos, serem incorporados e compatibilizados com os já existentes.

Na realidade, o que o dispositivo previsto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal faz é incorporar o tratado como parte integrante da constituição formal (bloco de constitucionalidade), tornando, inclusive, impossível a sua renúncia.

Com efeito, embora longa a discussão, o importante é reconhecer que em um contexto de globalização, necessário o diálogo entre a ordem jurídica interna e a externa, partindo da premissa da expansão e promoção dos direitos humanos e fundamentais, de forma a se garantir níveis de proteção cada vez maiores, seja pela via do controle de constitucionalidade, ou do chamado controle de convencionalidade.

O Sistema Interamericano de Direito Humanos, foi instituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que entrou em vigor no dia 18 de julho de 1978, conforme seu artigo 74, nº 2.

Outrossim, como é de conhecimento geral, a história latino-americana é marcada por períodos de regimes ditatoriais e de transições políticas pelo fim de governos militares na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil, a partir da década de 80.

Neste cenário, muitas das mais significativas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, foram proferidas no sentido de reprimir e prevenir excessos do Estado.

O leading case a respeito da matéria pode ser encontrado no caso Velasquez versus Honduras, relativo ao desaparecimento de pessoas contrárias ao regime, onde o Estado hondurenho foi condenado a indenizar os familiares das vítimas, além de investigar e punir os responsáveis pelas violações.

No plano consultivo, importante mencionar as opiniões a respeito da impossibilidade de adoção da pena de morte pelo Estado da Guatemala e impossibilidade de que a garantia do Habeas corpus seja suspensa em face de situações de emergências, consoante artigo 27 da Convenção Americana .

Outra vertente da atuação do Sistema Interamericano é em relação ao combate à impunidade e o direito a verdade, em decorrência da promulgação de diversas leis de anistia no contexto latino-americano, como se verifica, por exemplo, no caso Barrios Altos, relativo à Lei de Anistia do Peru .

Importante ressaltar que em 2010, no famoso caso da guerrilha do Araguaia (Gomes Lund e outros versus Brasil), a Corte interamericana condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de pessoas, considerando que a lei de anistia, aprovada em 1979, é incompatível com a Convenção Americana.

Da mesma forma, nota-se, ainda, outros tipos de intervenção em prol das instituições democráticas da região, como no caso Aguirre Roca versus Peru, pela independência dos magistrados .

Outrossim, no caso Yatama vs. Nicarágua, referente à participação democrática de membros da comunidade indígena, a Corte buscou proteger um grupo vulneráveis, o que resultou, por via reflexa, na ampliação de direitos fundamentais da comunidade indígena daquele país.

Embora em menor número, também existem precedentes que enfocam na aplicação progressiva de direitos sociais.

Como se vê, embora as decisões da Corte Interamericana sejam em número reduzidos, até mesmo por problemas estruturais, estas possuem um grande impacto regional.

Todavia, ainda são enormes os desafios no sentido de propiciar um verdadeiro “diálogo” entre a ordem jurídica nacional e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Isto porque, ainda que reconhecido o controle da convencionalidade, realizado no plano internacional, controversa é a aplicação dos entendimentos da Corte Interamericana para questões domésticas.

Como já mencionado, um dos problemas passa por conferir um status privilegiado aos tratados internacionais de direitos humanos, em relação a ordem jurídica interna, o que deve ser aliado a uma cultura jurídica que fomente o controle da convencionalidade também na ordem interna, tanto difuso como concentrado.

## **CONCLUSÃO**

Conforme foi possível observar no decorrer do presente trabalho, os direitos fundamentais representam preceitos intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, que, uma vez positivados no plano constitucional de um Estado Democrático de Direito, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico, possuindo pontos de tensão e de convergência com outros fenômenos, dentre os quais, os direitos humanos, que se encontram positivados no plano internacional.

Outrossim, embora diversas classificações tentem, por motivos históricos, dividir os direitos fundamentais em determinados grupos, de forma artificial, esses direitos contemplam múltiplas dimensões, dependendo da perspectiva com que se faça a análise. Sem embargo, em que pese o atual posicionamento do STF, os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, devem ser incorporados à ordem jurídica



interna com status constitucional, independentemente de terem sido aprovados pelo quórum qualificado, previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Quanto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, verifica-se a existência de diversas decisões relevantes, no contexto latino-americano, que aumentaram os níveis de proteção regional, influenciando na ampliação e na forma de interpretação dos direitos fundamentais previstos nas respectivas Constituições dos países signatários da Convenção Americana.

Todavia, existem ainda inúmeros desafios a um efetivo “diálogo” entre a ordem jurídica internacional e a estatal, especialmente no Brasil, em razão da resistência dos órgãos de cúpula, o que demanda uma mudança cultural dos operadores.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 1995.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\*\*\*

## **O CONTRADITÓRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

### **THE CONTRADICTION IN THE NEW CIVIL PROCESS CODE**

CATHARINA MARTINEZ HEINRICH FERRER – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
catharinamartinez@hotmail.com

ARTUR CÉSAR DE SOUZA – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
artur.souza@trf4.jus.br

**RESUMO:** O contraditório, diante de sua importância na efetividade e segurança dos provimentos jurisdicionais, possui expressa previsão na Constituição Federal e no Código de Processo Civil de 2.015. Verifica-se, claramente, uma maior ênfase nos dispositivos do novo texto legal, ultrapassando o Processo Civil em sentido estrito e alcançando outros campos do Direito, como o Processo Administrativo e Penal. Estabelece-se, inclusive, os casos de mitigação, quais sejam, as tutelas de urgência, evidência e o caso previsto no artigo 701 do NCPC, das ações monitórias, cujo procedimento é específico e, em regra, dispensa-se a audiência de conciliação. O legislador também prevê a vedação das decisões surpresas, proferidas sem ser dada a oportunidade da parte contrária se manifestar nos autos, sob pena de nulidade. Através da análise de jurisprudência, é possível concluir que esse princípio realmente tem sido resguardado pela 2ª Instância, sendo utilizado nos casos em concreto e servindo de fundamento para vários acórdãos.

Palavras-chave: Contraditório. Segurança. Mitigação.

**ABSTRACT:** The contradictory, given its importance in the effectiveness and security of jurisdictional proceedings, has express provision in the Federal Constitution and in the Code of Civil Procedure of 2,015. There is clearly a greater emphasis on the

provisions of the new legal text, going beyond Civil Procedure in the strict sense and reaching other fields of Law, such as the Administrative and Criminal Procedure. Mitigation cases, such as emergency safeguards, evidence and the case provided for in article 701 of the NCPC, are also established, of the monitory actions, whose procedure is specific and, as a rule, a conciliation hearing is not necessary. . The legislature also foresees the prohibition of the surprises decisions, made without being given the opportunity of the opposing party to appear in the records, under penalty of nullity. Through the analysis of case law, it is possible to conclude that this principle has really been protected by the Second Instance, being used in the specific cases and serving as the basis for several judgments.

Keywords: Contradictory. Safety. Mitigation.

## **INTRODUÇÃO**

Interessante destacar que se a palavra “contraditório” for digitada no instrumento de busca do texto do CPC/73, aparecerá somente um resultado, qual seja, o artigo 536, que o utilizava como fundamento dos embargos de declaração.No Novo Código de Processo Civil, a situação se inverte, já que o contraditório ganha maior amplitude, não somente no sentido escrito, mas também no plano do processo.

Isso porque, conforme veremos no deslinde do presente trabalho, o contraditório é um dos princípios mais importantes do texto constitucional e do Processo Civil, e a garantia de que as partes não sejam surpreendidas com decisões proferidas pelo juiz de forma unilateral, sem a cooperação necessária para garantia de efetividade da justiça.

A regra utilizada é a do contraditório prévio, tanto que até nos casos de prescrição e decadência, matérias tidas como de ordem pública, não podem ser declaradas antes de ser dada oportunidade às partes de se manifestarem no processo.

O contraditório, entretanto, possui algumas mitigações, tais como as tutelas provisórias de urgência e evidência; e a possibilidade de, na ação monitória, diante da certeza de direito do Autor, ser expedido de plano mandado de pagamento.

Fato é que desde o projeto de alteração do Código de Processo Civil Brasileiro e, principalmente após a sua vigência, em 18 de março de 2016, muito se tem discutido acerca das alterações realizadas. Daí a importância de abordar temas como o do contraditório, em uma tentativa de aprofundar os estudos e solidificar essa nova tese. A metodologia empregada consiste, basicamente, em levantamento bibliográfico; pesquisa de artigos científicos e jurisprudências na ferramenta internet; análise de texto legal; e comparativo de artigos do Código de Processo Civil de 1973 e 2015.

## **DESENVOLVIMENTO**

O Princípio do Contraditório é um dos mais importantes do devido processo legal e,conforme EpídioDonizetti:

Em um primeiro momento, o contraditório era visto exclusivamente como abertura do processo para as partes, desconsiderando a participação ativa do juiz. Depois, se transformou em um direito das partes e uma série de deveres para o magistrado. Esses direitos e deveres se tornaram tão relevantes para o processo que deram origem a três outros princípios: o da isonomia, o da ampla defesa/amplitude do direito de ação e o da cooperação. (DONIZETTI, 2016, p.46.)

O contraditório é uma garantia de natureza e sede constitucionais e quem tenha poder decisório, tanto no plano jurisdicional quanto no administrativo, deve respeitar esse princípio em toda a sua amplitude. O direito ao contraditório, nesse plano, é tido como

uma barreira protetora contra qualquer surpresa e a garantia de que haverá cooperação para que o processo alcance seus próprios objetivos.

Ainda, apresentaria duas dimensões, sendo visto como o direito de participar do processo, e o dever correspondente do juiz de levar essa manifestação na sentença. O princípio também preconiza que mesmo nos casos em que pode decidir de ofício, o magistrado deve possibilitar a prévia manifestação das partes, nos termos do artigo 10º do NCPC.

Faz-se necessário mencionar, nesse passo, que no Código de Processo Civil de 1973, o contraditório aparecia apenas como fundamento para arguir os embargos de declaração, nos termos do artigo 536 de referido texto legal.

Já no NCPC, esse princípio, tido como norma fundamental, ganhou maior repercussão, com expressa previsão nos artigos 7º, 9º e 10º. Ainda, pode ser encontrado no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal e nos seguintes artigos:

*a) Artigo 98, inciso VIII do NCPC*

No que tange à gratuidade processual, a fim de assegurar a ampla defesa e contraditório de todos os atos processuais.

*b) Artigo 115 do NCPC*

Declarando a nulidade da sentença de mérito quando esta for proferida sem a observância do contraditório.

*c) Artigo 329, inciso II do NCPC*

Assegura que o Autor possa aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, desde que com o consentimento da parte contrária.

*d) Artigo 372 do NCPC*

Determina que o juiz admita a utilização de prova de um outro processo, observando-se o contraditório.

*e) Artigo 503, inciso II do NCPC*

Determina a coisa julgada de decisão que julgar total ou parcialmente o mérito, se a seu respeito tenha havido o contraditório prévio e efetivo.

*f) Artigo 962, parágrafo 2º do NCPC*

Garante a execução de decisão estrangeira, garantindo-se o contraditório em momento posterior a esta.

No novo texto legal observamos alguns exemplos de mitigação do contraditório, tais como as tutelas provisórias, que se subdividem-se em de urgência e de evidência. A tutela de urgência, nos termos do artigo 300 do NCPC, será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco do resultado útil do processo.

Artur César de Souza refere que:

[...] o novo dispositivo, ao unificar a antecipação dos efeitos da tutela principal (satisfativa) e a medida cautelar, também unificou os requisitos para a concessão da tutela de urgência em caráter geral. Os dois requisitos são: a) probabilidade ou plausibilidade do direito; b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. (SOUZA, 2015, p. 1.324).

A prova inequívoca, presente no artigo 273 do CPC/73, não foi repetida pelo NCPC, pois o juiz passou a decidir com base na cognição sumária, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, não fazendo coisa julgada material. Isso porque, nenhuma prova pode ser considerada inequívoca, principalmente se ainda não foi submetida ao crivo do contraditório da prova.

Assim, o que se pode afirmar de uma prova sem que haja o contraditório é apenas a probabilidade de sua força diante dos fatos. O perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional ou “*periculum in mora*”, por sua vez, diz respeito ao dano que a duração do processo ou conduta concreta que possam causar ao direito pleiteado.

A demonstração desse perigo deve ser feita de modo a firmar a convicção do magistrado e, em alguns casos, o juiz pode exigir a chamada contracautela, nos termos do artigo 300, parágrafo 1º do NCPC (artigo 804 do CPC/73), que seria uma caução para ressarcir os prejuízos que a parte possa sofrer.

Já com relação às tutelas de evidência, presentes no artigo 311 do NCPC, o texto estabelece algumas hipóteses em que poderão ser concedidas. A principal diferença entre a tutela de urgência e a de evidência é que a segunda representa a antecipação de forma definitiva da pretensão principal, independente da comprovação da existência de dano irreparável.

A hipótese elencada no inciso I do texto legal acima mencionado diz respeito aos abusos decorrentes do direito de ação, notadamente o de defesa ou com propósito protelatório, como, por exemplo, o uso de embargos de declaração, sem que este realmente preencha os requisitos exigidos em lei, apenas com a finalidade de adiar o provimento jurisdicional, causando prejuízo ao processo e, principalmente, para a parte que aguarda a tutela do Estado. Já no inciso II, permite-se a concessão quando a tese jurídica estiver comprovada nos documentos juntados aos autos ou então tratar de matéria sumulada ou em casos repetitivos. O principal objetivo dessa previsão legal é evitar a demora de processos quando já tiver uma decisão reconhecida para os casos em concreto.

O inciso III trata da ação em que o Autor pretende a recuperação da coisa dada em depósito através de contrato, e será concedida desde que o mesmo comprove documentalmente a transação, independente da comprovação de dano e sob pena, inclusive, de multa diária. O último inciso, IV, mais comum na prática, ocorre quando há nos autos provas suficientes do direito do Autor, não oponíveis por prova alguma da parte contrária.

Outro exemplo de mitigação do contraditório é o artigo 701 do CPC, que trata das ações monitórias. Normalmente, nessa classe de processo, dispensa-se a audiência de conciliação logo na inicial, e havendo provas suficientes nos autos que comprovem o direito que está sendo exigido, o juiz expedirá mandado, conforme o caso em concreto, e concedendo ao Réu o prazo de 15 (quinze) dias para o pagamento.

O artigo 10º do NCPC veda expressamente as chamadas “decisões surpresa”, conforme texto legal. O objetivo é viabilizar a prévia participação dos destinatários da decisão, para que tenham condições de influir ou influenciar sobre o conteúdo da mesma. Conclui-se, portanto, que a intenção do legislador ao estabelecer a vedação das decisões surpresas era justamente de assegurar à parte o direito constitucional e processual do contraditório, analisando, por obviedade, as particularidades existentes em cada ação.

## **CONCLUSÃO**

O Princípio do Contraditório possui intrínseca relação com os princípios da ampla defesa e do devido processo legal e a principal intenção do legislador, conforme dito anteriormente foi a de garantir a efetividade dos provimentos jurisdicionais e maior

segurança jurídica, dando oportunidade às partes de se manifestarem nos autos antes de qualquer decisão ser proferida.

Até mesmo nos casos em que o juiz poderia decidir de ofício, como na prescrição e decadência, em razão da vedação das decisões surpresa, o magistrado é obrigado a intimar a parte interessada, dando a possibilidade de a mesma inferir em seu convencimento.

O Novo Código de Processo Civil trouxe mudanças importantes para o Direito Brasileiro, destacando-se a maior participação das partes e do juiz no processo, cooperando para a solução da lide, da forma mais adequada e correta possível, buscando a celeridade e verdade real. Fazia-se necessária essa abordagem no novo texto legal, tanto que logo no início, nos artigos 7º ao 10º, o contraditório é exposto de forma direta e exemplificada, estabelecendo-se, inclusive, os casos em que pode ocorrer a sua mitigação: tutelas de urgência, evidência e ações monitórias (artigo 701 do NCPC).

A principal diferença das tutelas de urgência e evidência é que no primeiro caso, esta somente será concedida se houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco do resultado útil do processo. Já no segundo, a antecipação de forma definitiva da pretensão principal independente da comprovação da existência de dano irreparável.

Por obviedade, há de se analisar cada caso de forma individual, levando-se em consideração as peculiaridades em concreto, mas priorizando a possibilidade de manifestação das partes antes de qualquer ato processual decisório, em consagração ao contraditório e como um verdadeiro fomento à processos mais céleres e escorreitos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasil, 1.988.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 46.

Novo Código de Processo Civil. Brasil, 2015.

SOUZA, Artur César de Souza. *Código de Processo Civil anotado, comentado e interpretado*. São Paulo: Almedina, 2015. V.1. p. 1.324

\*\*\*

## POKEMON GO E PRIVACIDADE

### POKEMON GO AND PRIVACY

CATHARINA MARTINEZ HEINRICH FERRER – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA –  
catharinamartinez@hotmail.com

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA – UNIVERSIDADE DE  
MARÍLIA – JUSSARA@BFLAW.ADV.BR

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a invasão de privacidade que o aplicativo de celulares *Pokemon Go* causa aos usuários do serviço, através da análise do Termo de Uso e Política de Privacidade do mesmo, fazendo um comparativo com o que dispõe a legislação brasileira. Isso porque, o aplicativo, ao ser instalado, requer a permissão de vários componentes, tais como, dados, fotos, vídeos, etc, além dos que estão sendo armazenados durante o uso. Todas essas informações, conforme dispõe a Niantic, produtora do *Pokemon Go*, podem ser divulgadas ou vendidas para

empresas do ramo, em situações específicas, o que, obviamente, configura dano à imagem dos consumidores. Tal prática mostra-se mais corriqueira do que imaginamos, já que com o mundo virtual toda pessoa que faz uso de qualquer aplicativo de internet ou celular acaba ficando exposta e vulnerável, razão pela qual é necessário alertar e, principalmente, coibir qualquer abuso por parte dos fornecedores desses serviços. Palavras-chave: Pokemon Go. Privacidade. Invasão.

**ABSTRACT:** This study aims to demonstrate the invasion of privacy that Pokemon Go mobile application because users of the service, by analyzing the Terms of Service and Privacy Policy of the same, making a comparison with the disposal of the Brazilian legislation. This is because the application to be installed, requires the permission of various components, such as data, photos, videos, etc., in addition to being stored during use. All of this information as set forth in Niantic, producer of Pokemon Go, may be disclosed or sold to companies in specific situations, which obviously sets damage the image of consumers. Such a practice is shown more commonplace than we think, as with the virtual world every person who makes use of any web application or mobile end up getting exposed and vulnerable, which is why it is necessary to warn and especially restrain any abuse by the suppliers of those services.

Keywords: Pokemon Go. Privacy. Invasion.

## INTRODUÇÃO

Um assunto recorrente nos últimos meses tem sido a utilização do aplicativo *Pokemon Go* por diversas pessoas em todo o mundo, e principalmente no Brasil, em que tanto se discutiu acerca da invasão de privacidade e insegurança jurídica atribuídas ao mesmo. Daí a necessidade de um maior aprofundamento sobre o tema, entendendo como o aplicativo funciona, as pessoas que podem utilizá-lo, os dados acessados, o compartilhamento de informações fornecidas e colhidas, bem como a responsabilização das pessoas que vierem a praticar um ato ilícito uma vez em posse dessa coleta.

Os métodos utilizados no resumo consistem basicamente em levantamento bibliográfico, pesquisa em meios eletrônicos e análise dos termos e políticas vinculados ao *Pokemon Go*.

## DESENVOLVIMENTO

*Pokemon Go* é um aplicativo gratuito, disponível na Play Store de qualquer smartphone, e oferecido pela Niantic Inc, possui mais de 100.000.000 downloads, e com a classificação livre. A descrição está em inglês, sem possibilidade de tradução para a língua de cada país, dificultando o entendimento do usuário acerca do serviço que está sendo contratado. Assim que o aplicativo é iniciado aparecem mensagens como “permitir que o app *Pokémon GO* acesse o local do dispositivo?”, “permitir que o *Pokémon GO* acesse fotos, mídia e arquivos do seu dispositivo?”, “permitir que o app *Pokémon GO* acesse seus contatos?”, e “permitir que o app *Pokémon GO* tire fotos e grave vídeo?”

Nesse momento, os consumidores do serviço estão tão vulneráveis e ansiosos para acessá-lo que clicam em “permitir”, sem ao menos pensar nas consequências que tal ato pode causar no futuro. A “Política de Privacidade” refere que com relação a coleta e uso de dados os “[...] principais objetivos ao recolher dados são fornecer e melhorar nossos Serviços e administrar o seu uso e permitir que você (ou seu filho autorizado) naveguem facilmente nos nossos Serviços.” (POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO POKEMON GO).

Essa coleta de dados se dá através de “cookies” (armazenados no disco rígido) e “web beacons” (geralmente são incorporados de forma invisível em páginas da web ou em um

e-mail). O aplicativo também coleta e armazena dados sobre a localização dos usuários, sendo que ao utilizá-lo, há a concordância de que “[...] estará transmitindo a localização do seu dispositivo para nós e parte destes dados de localização, juntamente com o seu nome de usuário, podem ser compartilhados através do nosso App.” (POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO POKEMON GO)

Com relação ao compartilhamento com terceiros, a “Política de Privacidade” estabelece que os Dados Pessoais Identificáveis não sejam compartilhados com terceiros, exceto nas seguintes situações:

a) Dados compartilhados com “The Pokémon Company” (TPC)

Caso haja algum problema relacionado à conta, tais como erros ou incidentes de operação, o *Pokemon Go* pode compartilhar os Dados Pessoais Identificáveis com a TPC, sendo que expressamente o aplicativo se isenta de qualquer responsabilidade pelo conteúdo, práticas e políticas de privacidade ou segurança da TPC ou da TPCI.

b) Dados compartilhados com os provedores de serviços

O aplicativo refere que pode haver a contratação de terceiros prestadores de serviços para trabalhar na administração e provimento dos serviços. Nesse caso, terão acesso aos Dados Pessoais Identificáveis dos usuários.

Ainda, “[...] são expressamente obrigados a protegê-los, e não divulga-los ou usá-los com qualquer outro finalidade.” (POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO POKEMON GO). O questionamento que deve ser feito, nesse passo, é: qual a garantia de quem realmente esses terceiros não irão se apropriar indevidamente dos dados e utilizá-los de forma indevida? É possível identificar essas pessoas causadoras do ilícito? E como puni-las?

c) Dados compartilhados com terceiros

O aplicativo afirma categoricamente que: “Podemos compartilhar dados agregados e dados sem identificação com terceiros para pesquisa e análise, identificação de perfil demográfico e outros fins semelhantes. Estes dados não incluirão seus Dados Pessoais Identificáveis.” (POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO POKEMON GO)

d) Dados divulgados em relação a transações comerciais

Todos os dados coletados pelo aplicativo no tempo de uso, poderão ser comercializados em caso de venda ou fusão da empresa. É o que estabelece a “Política de Privacidade”: “Os dados que coletamos de nossos usuários, inclusive Dados Pessoais Identificáveis, são considerados um ativo comercial. [...] Na hipótese de tal operação, te notificaremos e daremos a oportunidade de recusar a divulgação ou transferência de seus Dados Pessoais Identificáveis ao terceiro comprador, dentro de um prazo de 30 dias.”

e) Dados divulgados para a proteção da *Pokemon Go* e para a proteção de outros

Esse item diz respeito à cooperação com autoridades do governo, da lei e entidades privadas, que ocorrerá para responder a reclamações ou processo legal; proteger os bens, direitos e segurança da *Pokemon Go* e de terceiros ou público em geral; e identificar e interromper qualquer atividade considerada ilegal, antiética ou em desacordo com a legislação vigente. A “Política de Privacidade” deixa claro que fornecer esses dados para a coleta, uso e compartilhamento, é uma “escolha” do usuário, observando que “[...] se você decidir não nos fornecer os Dados Pessoais Identificáveis que solicitamos, você poderá não ser capaz de acessar alguns ou todos os recursos dos Serviços.” (POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO POKEMON GO).

Ou seja, na verdade, não é uma escolha, e sim uma coação. O usuário somente poderá utilizar o aplicativo se concordar em compartilhar seus dados, sob o subterfúgio de

melhorar o uso do mesmo. E, no caso de rescindir ou desativar sua conta, a Niantic, produtora do aplicativo, poderá reter esses dados e o conteúdo do usuário “por um período de tempo comercialmente razoável para fins de backup, arquivo e/ou auditoria.” (POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO POKEMON GO). Com relação à segurança do aplicativo, a Pokemon Go afirma que “[...] Assim sendo, não podemos garantir a segurança absoluta de quaisquer dados.” (POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO POKEMON GO)

Nos “Termos de Uso”, disponíveis no site do aplicativo, estabeleceu-se que: “Todas as comunicações, opinião solicitada e outros materiais enviados ao Serviço (por e-mail ou de outra forma) são não confidenciais e de não propriedade. (TERMOS DE USO DO POKEMON GO). Tal fato acarreta um total desprendimento de direitos sobre o uso de dados, pois “[...] ao enviar material ao Serviço, você abre mão de quaisquer reivindicações quanto ao uso do material, violar qualquer dos seus direitos, inclusive direitos morais, de privacidade, de propriedade [...] inclusive o de aprovar a forma como o material é utilizado. (TERMOS DE USO DO POKEMON GO)

A análise da documentação do aplicativo demonstra absoluta fragilidade no que diz respeito à segurança no acesso, visto que o público alvo do *Pokemon go* constitui-se majoritariamente por crianças, não há o respaldo necessário em termos de vigilância possibilitada aos pais e ou responsáveis. Apenas a título de elucidação, o *Pokemon Go* utiliza a câmera dos celulares, em tempo real, onde os “pokemons” que devem ser capturados surgem na tela, ou seja, todas as imagens reproduzidas durante o trajeto da pessoa são armazenadas no serviço. Por essas razões, nos últimos meses, o número de alertas de invasão de privacidade pelo *Pokemon Go* cresceu, nos levando ao seguinte questionamento: vale a pena abrir mão de um direito inerente à pessoa humana apenas por um divertimento instantâneo?

O artigo 5, inciso X da Constituição preconiza “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Assim, resta clara a violação do aplicativo ao direito à privacidade, que deveria ser garantido, como medida de rigor. Pois, segundo Direito à privacidade, nos termos de André Ramos Tavares, pode ser conceituado da seguinte forma: “Pelo direito à privacidade, apenas ao titular compete a escolha de divulgar ou não seu conjunto de dados individuais [...] a privacidade engloba, portanto, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. (TAVARES, 2008. p. 616).

Apesar de o usuário do serviço permitir o acesso a esses dados, ele claramente está sendo ludibriado e não tem ideia da dimensão do prejuízo que pode vir a sofrer. Com relação a essa invasão, José Afonso da Silva declara que “o intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. (SILVA, 2007. p. 209).

Faz-se necessário mencionar, ainda, que, nos casos em que haja o consentimento da pessoa, como o acima analisado, em que o usuário permite o acesso a esses dados, deve-se apurar se o mesmo não foi levado ao erro ou recebeu informações equivocadas sobre o aplicativo, constituindo um verdadeiro dano à privacidade, cabível de indenização ou aplicação das sanções previstas em lei.

## CONCLUSÃO

O aplicativo *Pokemon Go* demonstra, inequivocamente, uma invasão da privacidade dos usuários, que ao realizarem o download do mesmo, como prática habitual da população, não se atém aos Termos de Uso e Política de Privacidade, permitindo que a empresa armazene e eventualmente faça uso de dados pessoais, ou até mesmo imagens capturadas durante o uso.



A privacidade, conforme dito anteriormente engloba outros princípios, tais como a intimidade, imagem e vida privada, verdadeiros direitos personalíssimos, e que, em tese, não poderiam ser, de forma alguma, violados.

Portanto, apesar da tentativa de se isentar de qualquer responsabilidade civil ou criminal, há de se analisar os casos em concreto, a fim de evitar que uma injustiça seja cometida. O usuário, na condição de consumidor de serviços e pessoa humana, deve receber proteção do Estado, fazendo valer os direitos constitucionalmente previstos e assegurados em referido ditame.

## REFERÊNCIAS

- CONSTITUIÇÃO FEDERAL:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 18/10/2016.
- POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO POKEMON GO:  
<https://www.nianticlabs.com/privacy/pokemongo/en/>. Acesso em 18/10/2016.
- REDAÇÃO RBA: <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2016/08/crescem-alertas-de-invasao-de-privacidade-pelo-pokemon-go-6491.html>. Acesso em 18/10/2016.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Págs. 209/210.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. Pág. 616.
- TERMOS DE USO DO POKEMON GO: [http://www.pokemon.com/br/termos-de-uso/?mo\\_ar=true](http://www.pokemon.com/br/termos-de-uso/?mo_ar=true). Acesso em 18/10/2016.

\*\*\*

## FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DA EMPRESA E O USO DO *STORYTELLING*

### SOCIAL SOLIDARITY AND FUNCTION OF THE COMPANY AND THE USE STORYTELLING

GT1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

JULIANA RAQUEL NUNES  
UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
[jnunesraquel@hotmail.com](mailto:jnunesraquel@hotmail.com)

JEFFERSON APARECIDO DIAS  
UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
[jeffersondias@unimar.br](mailto:jeffersondias@unimar.br)

RESUMO: É facilmente perceptível que nas últimas décadas tem havido uma importante mudança de paradigma na forma de atuação das empresas, antes focadas apenas em interesses individuais, especialmente no alcance da lucratividade. Com o advento da Constituição Federal brasileira fica bastante nítida a mudança de modelo adotado, visto que não é mais aceito o exercício de atividade empresarial destituído de compromissos que atendam também aos interesses da coletividade. E, diante desse novo estágio evolutivo em que passam as empresas, voltadas a observar, portanto, a função social e solidária, a responsabilidade pela veracidade das informações transmitidas ao

consumidor, por meio dos anúncios publicitários também ganha um espaço bastante importante, já que muitas, infelizmente, utilizam-se da publicidade, de forma enganosa ou abusiva, com intuito de aumentarem as vendas e adquirirem novos clientes. No entanto, esses artifícios publicitários estão sujeitos à autorregulamentação do setor e também às regras de proteção ao consumidor. No decorrer da pesquisa, será trazido exemplado método de publicidade denominado *storytelling* (contando histórias), dando-se destaque ao fato de que o uso correto pode trazer diversos benefícios à atividade empresarial, mas também, atentando-se à situação de que algumas dessas empresas tiveram que sofrer interferência do CONAR, visando resguardar os direitos dos consumidores.

**Palavras-chave:** Função Social. Publicidade. *Storytelling*.

**ABSTRACT:** It is readily apparent that in recent decades there has been a major paradigm shift in the way companies operate, before focusing only on individual interests, especially in achieving profitability. With the advent of the Brazilian Federal Constitution is very clear change of the model adopted, since it is no longer accept the exercise of business activity devoid of commitments that also meet the collective interests. And before this new evolutionary stage in passing the companies, aimed to observe, therefore, the social and solidarity function, responsibility for the accuracy of the information given to consumers, through advertising, also gains a very important space, as many unfortunately use is made of advertising, deceptive or abusive manner, in order to increase sales and acquire new customers. However, these advertising devices are subject to self-regulation of the sector and also to the consumer protection rules. During the research, will be brought example of advertising method called storytelling (storytelling), giving prominence to the fact that the correct use can bring many benefits to the entrepreneur activity, but also paying attention to the situation that some of these companies had to suffer interference of CONAR, aiming protect consumers.

**Keywords:** Advertising. Social Solidarity. Storytelling.

## INTRODUÇÃO

A empresa, hodiernamente, adota os novos mandamentos constitucionais. Ao contrário de ser entendida como meio de acúmulo de valores, deve ser analisada como um sistema pelo qual se expressa a atividade humana no campo econômico, com objetivos múltiplos, dentre eles a realização pessoal do empresário e de todos que com ela colabora, atingindo a coletividade de forma geral.

Nesse contexto, a empresa deve ampliar suas responsabilidades sociais, redefinir seu papel e missão na sociedade, devendo realizar atividades distintas daquelas que eram consideradas suficientes para sua manutenção, ligadas diretamente à produção de riquezas e obtenção de lucros.

Sob esse novo viés, a empresa deve atender à função social, com produção e desenvolvimento voltados ao princípio da dignidade da pessoa humana e bem-estar social e, caso se afaste de seus fins sociais, deverá sofrer intervenções legais.

Diante desse quadro, especial atenção também deve ser dada às formas de publicidade adotadas pelas empresas. O volume de informações que as pessoas são expostas diariamente é imenso e saber utilizar a ferramenta da história para divulgação da atividade empresarial, fenômeno conhecido como *storytelling*, pode trazer grandes benefícios, já que potencializa a forma de comunicação e interação entre as partes.

O problema ocorre quando os anúncios publicitários contam histórias para vender marcas e produtos envolvendo o consumidor de forma distorcida, disseminando valores

e comportamentos por meio de mensagens contextualizadas com informações inverídicas.

Para o sucesso da narrativa, muitas vezes, é apresentado um universo fictício ao consumidor, que deixa de ser informado acerca do que foi figurado. Uma vez constatada esse forma de atuação, as empresas afastam-se de sua função social, podendo ser representadas e sofrerem punições pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, Associação Brasileira de Defesa do Consumidor – PROTESTE, Agência de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON, Código de Defesa do Consumidor - CDC, dentre outros dispositivos legais.

## **DESENVOLVIMENTO**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, novo e importante foco foi dirigido à empresa, que deixa de ser observada como mera expectadora de lucros, devendo se importar com o impacto de seus atos e produtos na sociedade. Trata-se de uma nova construção, agora coadunada aos interesses da coletividade.

Extraí-se do princípio constitucional da função social da propriedade, elencado nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, da Constituição Federal Brasileira, o da função social da empresa, cuja produção e desenvolvimento deve se ater ao princípio da dignidade da pessoa humana e bem-estar social.

Numa visão contemporânea, é inaceitável a hipótese de uma propriedade satisfazer apenas interesses individuais, sem vistas ao social. Referida condição também se encontra positivada no art. 1228, § 1º, do Código Civil, ao dispor que o direito sobre a propriedade somente poderá ser exercido, de maneira pacífica e sob a proteção estatal, se atendida a função social.

Da mesma forma, a Constituição Federal reconhece implicitamente o dever da empresa de ser socialmente produtiva, devendo contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural do país, com a geração de empregos, pagamento de tributos e demais encargos, patrocinando medidas empresarias sustentáveis, bem como respeitando as leis e os direitos dos consumidores (COELHO, 2014, p. 76).

Ademais, encontra-se inserido no preâmbulo constitucional fundamentos e bases para a observância do Estado Democrático de Direito, destinado a perseguir e assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, assim como a liberdade, a segurança, a igualdade e a justiça, consideradas como valores supremos de uma nação fundada na harmonia social, incluindo-se, ainda, a garantia de um sistema econômico de mercado eficiente a todos.

Seguindo os ditames constitucionais, hodiernamente, as empresas têm o dever de buscar o bem-estar individual e coletivo, observando os interesses da sociedade como um todo, podendo-se afirmar que possuem uma função social e solidária a cumprir.

A empresa afasta-se de seus fins sociais caso passe a operar distante das necessidades de seus funcionários e demais consumidores, inviabilizando ações de cunho ético, como ao adquirir matérias-primas ou produtos de fornecedores que não possuem responsabilidade social, ou aquelas que oferecem bens sabendo que não atendem aos fins propostos, ou ainda, às que sonogam em seus rótulos informações essenciais, desrespeitando a saúde e segurança dos consumidores (ZANOTI, 2006, p. 175-176).

Nesse novo estágio evolutivo em que passam as empresas, voltadas a observar a função social e solidária, a responsabilidade pela veracidade das informações transmitidas ao consumidor, por meio dos anúncios publicitários, também ganha um espaço bastante importante. No entanto, infelizmente, muitas empresas utilizam-se da publicidade, de forma enganosa ou abusiva, com intuito de aumentarem as vendas e adquirirem novos clientes.

A matéria acerca da publicidade enganosa vem inscrita na lei de proteção aos consumidores e também no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, podendo ser entendida como sendo aquela cujo anúncio veiculado induz o destinatário em erro, ao afirmar situações falsas ou omitindo informes essenciais, consoante disposto nos artigos 37 e 67 do Código de Defesa do Consumidor.

O efeito da publicidade enganosa é, portanto, induzir o consumidor a acreditar em algo que não corresponde com a realidade em si do produto ou serviço ofertado, dentro de todas as suas características.

O Código de Defesa do Consumidor também proíbe a veiculação de publicidade abusiva, cujo efeito transmitido possa causar algum mal ou constrangimento ao consumidor, bastando a configuração do perigo de dano, violação ou ofensa, para a caracterização da natureza abusiva do anúncio.

A liberdade de expressão (art. 5º, IX) é garantia constitucional pautada no Estado Democrático de Direito, contudo, essa liberdade deve ater-se ao limite ético da verdade, quando o assunto diz respeito às relações jurídicas de consumo, ao apontar fatos objetivos, oferecer produtos ou serviços e descrever acontecimentos.

Dessa forma, os anúncios publicitários não podem faltar com a verdade daquilo que oferecem ou anunciam, quer seja por afirmação ou omissão, nem mesmo por meio de manipulações, visando iludir o consumidor através de frases, sons ou imagens. A publicidade que contrariar tal dispositivo será tida como enganosa, porque viola diretamente o princípio da boa-fé objetiva, consagrado no sistema jurídico brasileiro como um dos princípios fundamentais das relações de consumo e como cláusula geral para controle de abusividades (NUNES, 2013, p. 566).

Uma forma de publicidade que tem se destacado no mercado é a denominada *storytelling*, podendo ser definida como sendo a arte de criar e também de contar histórias. Em outras palavras, uma narrativa bem articulada, que tenha capacidade de reter a atenção do interlocutor e registrar-se em sua memória, por estabelecer uma conexão de identificação entre determinada empresa, marca, produto ou serviço e seu consumidor.

É compreensível que o mercado de comunicação se aproprie de consagrados recursos de narrativa para evitar a dispersão, tendo em vista que há uma saturação muito grande de notícias, diante da globalização e, especialmente, da internet. No entanto, quando a publicidade utiliza-se de uma história, constata-se que ela embeleza, facilita a compreensão e as pessoas tendem a ouvir o outro e a sua mensagem, já que o conteúdo divulgado passa a ser muito mais emocional e lúdico (NÚÑEZ, 2015).

Quando existe história, a memorização é muito maior. Por outro lado, quando se trata apenas da fala racional, as pessoas esquecem o conteúdo em um período muito curto de tempo. A relevância está na forma em que a mensagem é contada. As histórias conseguem transformar informações simples em emoções e sensações genuinamente pessoais. A narrativa permite seduzir o público e fazer que com que ele dedique seu tempo a ouvi-la.

Um exemplo de resultado positivo pela utilização do *storytelling*, obtendo grande aprovação pelo mercado, foi a campanha criada no Brasil “Retratos da real beleza” (Sketches), da Ogilvy para a Dove, premiada pelo *AdvertisingAge*, na última edição do *Viral Video Awards*, no ano de 2014 em Nova York, por ser a campanha mais assistida, com 138,1 milhões de *views*. O sucesso justifica-se pelo fato da história contada ser comovente e relevante, ao tocar em um ponto muito sensível, especialmente do público feminino (PENTEADO, 2015).

Dessa forma, o uso do *storytelling* pode ser bem proveitoso para a divulgação das atividades empresariais, visto que suas estratégias atuam primordialmente no psíquico do consumidor, conquistando-o de modo emocional. Pelo fato do *storytelling* tratar-se de

uma ferramenta de marketing, muitas empresas têm se valido desse método de publicidade, propalando histórias inverídicas, com a finalidade de construir conceitos e se aproximar dos consumidores.

Ocorre que, a prática do *storytelling* está sujeita à autorregulamentação do setor e às leis de proteção ao consumidor. A título de exemplo, pode ser citado o caso das empresas Diletto e Do Bem, as quais foram representadas ao CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, por apresentarem fatos distorcidos ao público, quando da divulgação de dados acerca das marcas.

A denúncia foi realizada ao CONAR por uma consumidora que considerou ser enganosa a publicidade trazida na embalagem e no site da marca Diletto, a qual, valendo-se do *storytelling*, conta que o sorvete provém de receita formulada por Vittorio Scabin, avô do fundador da empresa, que seguiu na profissão depois de emigrar da Itália para o Brasil, em fuga da Segunda Guerra Mundial, trazendo na embalagem do produto fotos de Vittorio e do suposto caminhão por ele utilizado, bem como o ano em que chegou ao Brasil, além de outros detalhes da fabricação do sorvete e das matérias-primas empregadas (CONAR, 2015).

A empresa Diletto sofreu a representação nº 263/2014, com fundamento nos artigos 1º, 3º, 27, parágrafos 1º e 3º, e 50, letra "b" do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Sendo assim, ressalta-se que o artigo 1º determina que todo anúncio deve ser respeitador, honesto e verdadeiro, devendo, ainda, estar em consonância com às leis do país. Já o artigo 27 destaca a importância da veracidade da veiculação, inclusive quanto à descrição e alegações eventualmente feitas, trazendo em seu artigo 50 as penalidades que os infratores estão sujeitos, indo todos ao encontro dos artigos 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor, que versam a respeito de publicidade.

Nesse contexto, caso as informações trazidas pelo *storytelling* sejam fictícias, o consumidor deve ser alertado, visando evitar que haja instauração de procedimentos junto ao CONAR, ou ainda ações perante a Justiça, fundamentadas no Código de Proteção ao Consumidor e demais dispositivos legais.

Diante da denúncia ofertada contra a empresa Diletto, o seu fundador manifestou-se informando que seu avô, ainda que fosse um imigrante italiano, tinha o nome de Antônio, o qual chegou ao Brasil após o período mencionado pela propaganda e neste país exerceu a profissão de jardineiro. Ainda, justificou-se alegando o uso de recursos lúdicos para transmitir os valores da empresa. O relator do caso não aceitou as explicações e determinou alterações.

Quanto à empresa Do Bem, ela notícia que suas laranjas são oriundas da Fazenda do Senhor Francesco, induzindo diversos consumidores a pensarem que os pequenos produtores são valorizados pela marca, persuadindo-os, também, com a questão familiar e orgânica. No entanto, houve representação por parte de consumidores, afirmando que ela adquire as frutas de gigantes como a Brasil Citrus.

Em resposta, a Do Bem informou que os agricultores anunciados no Suco realmente existem e são atuais colaboradores. Entretanto, outros fornecedores precisaram ser incorporados, diante do crescimento da empresa nos últimos anos.

Nesse último caso, o CONAR determinou o arquivamento da representação formulada, com fundamento de que os questionamentos levantados a respeito da empresa não foram suficientes e satisfatórios.

Vale ressaltar, ainda, que as denúncias contra publicidade enganosa ou abusiva também podem ser endereçadas à Associação Brasileira de Defesa do Consumidor – PROTESTE, que é uma entidade civil sem fins lucrativos, fundada em 16 de julho de 2001, que atua na defesa e fortalecimento dos direitos dos consumidores brasileiros, bem como ao PROCON – Agência de Proteção e Defesa do Consumidor, que é órgão

destinado à proteção e à defesa dos direitos e interesses dos consumidores, exercendo funções de acompanhamento e fiscalização das relações de consumo.

## CONCLUSÃO

No decorrer dos tempos, a concepção de empresa passou por alterações bastante significativas, afastando-se de diretrizes individualistas, de visão eminentemente econômica, pautada nos atos de comércio, para adequação às novas perspectivas impostas pela sociedade.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a atividade empresarial passa a ater-se ao impacto que seus atos, serviços ou produtos causam ao meio social, redefinindo seu papel e missão. Assim, na concepção contemporânea de empresa, cujo dever é ser socialmente produtiva, a busca pelo lucro não pode ocorrer em detrimento às responsabilidades sociais.

A sociedade passa a exigir o acesso aos bens produzidos pela economia, autorizando a intervenção estatal para que as novas exigências sejam efetivamente concretizadas, inibindo abusos a direitos e garantindo a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e bem-estar social.

Observa-se, ademais, que um dos marcos mais importantes trazido pelo texto constitucional encontra-se no artigo 170, que dispõe que nenhuma atividade negocial poderá ser exercida quando em conflito com os ditames da justiça social, servindo como instrumento voltado à redução das desigualdades sociais e crescimento do desenvolvimento econômico, social e cultural do país.

E, diante desse novo contexto, as informações transmitidas pelas empresas acerca de seus produtos, especialmente por meio de anúncios publicitários, também ganham especial relevância, com a finalidade de resguardar os consumidores de divulgações enganosas ou abusivas, que visam unicamente à comoção e captação de novos clientes.

Diversas vezes, os consumidores são induzidos a erro pelo uso distorcido do *storytelling*, que é uma forma de publicidade utilizada para cativar o interesse do público por meio de histórias relacionadas à determinada empresa, afastando-a, desse modo, de sua função social, já que a prioridade passa ser a expansão da atividade empresarial, a captação de clientes e a busca incondicionada do lucro.

Em razão dessas constatações, observa-se que, além da atuação incisiva dos órgãos responsáveis pela defesa e proteção dos consumidores, àquelas empresas que se distanciam de sua função social sejam também impostas sanções voltadas a trazer benefícios a toda coletividade e não apenas à pessoa que se sentiu lesada com determinado procedimento.

A título de exemplo, imposição de multas cujos valores se destinem à criação de instituições que venham beneficiar a sociedade, tais como construção de creches, escolas, hospitais, exigência de florestamento, entre outras. Somente dessa forma, acredita-se que haverá efetivo cumprimento da função social por um número bem maior de empresas.

## REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. v. 1, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **Representação nº 263/2014: Diletto – Gelato italiano**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em 08 dez. 2015.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

NÚÑEZ, Antônio. **É melhor contar tudo**. Entrevista *Storytelling* na Jovem Pan TV 1 de 2. Entrevista concedida à Thaís Alves. Disponível em: <http://emelhorentartudo.com/>. Acesso em 06 dez. 2015.

PENTEADO, Cláudia. **Os melhores virais do mundo**. Disponível em: <http://colunas.revistaepocanegocios.globo.com/mundocriativo/2014/04/02/os-melhores-virais-do-mundo/>. Acesso em 04 dez. 2015.

ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho. **A Função Social da Empresa como Forma de Valorização da Dignidade da Pessoa Humana**. 2006. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Marília, Marília, 2006. Disponível em: <http://www.unimar.com.br/pos/trabalhos/arquivos/e8922b8638926d9e888105b1db9a3c3c.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2015.

\*\*\*

## TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA NO NOVO CPC

### PROVISIONAL TUTELAGE OF URGENCY IN THE NEW CCP GT4 – JUDICIÁRIO E DEMANDAS SOCIAIS

KELL MAZZINI RIBEIRO DE CAMARGO  
UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
[kellcamargo@msn.com](mailto:kellcamargo@msn.com)

JULIANA RAQUEL NUNES  
UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
[jnunesraquel@hotmail.com](mailto:jnunesraquel@hotmail.com)

ARTUR CESAR DE SOUZA  
UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
[Artur.souza@trf4.jus.br](mailto:Artur.souza@trf4.jus.br)

RESUMO: O Código de Processo Civil de 1973 estabelecia duas espécies de tutelas, as quais faziam parte do gênero “tutela de urgência”: cautelar e antecipada. A tutela cautelar deveria ser requerida em processo autônomo ao principal, visando assegurar, na máxima medida possível, a eficácia prática do processo de conhecimento ou de execução, por meio da eliminação do perigo de dano ou perecimento do direito almejado. A tutela antecipada, diferentemente, podia ser postulada no bojo dos autos em que o direito material fosse discutido, consistindo em adiantamento, total ou parcial, dos efeitos do julgamento do mérito, quer em sede de primeira ou segunda instância. Enquanto que, o novo Código de Processo Civil – NCPC, que entrou em vigência em março de 2016, entendeu por bem reunir no Livro V, da Parte Geral, sob a denominação de “Tutela Provisória”, as medidas de natureza cautelar e de antecipação de tutela, anteriormente previstas, respectivamente, no Livro III e no artigo 273, do revogado CPC de 1973, alterando, desse modo, a denominação tradicional “Tutelas de Urgência”, estabelecendo, ainda, o instituto da tutela de evidência, a fim de viabilizar sua eficácia. Palavras-chave: Código de Processo Civil. Modificação. Tutela.

ABSTRACT: The Code of Civil Procedure of 1973 established two types of guardianships, which were part of the genre "urgent protection": interim and anticipated. The injunctive relief should be required in autonomous process to the principal, to ensure, to the maximum extent possible, the practical effectiveness of the process of knowledge, performance by eliminating the danger of damage or perishing of

the desired law. The injunctive relief, in contrast, could be postulated in the wake of the case where the right equipment was discussed, consisting of advance all or part of the effects of the merits of the judgment, either in place of first or second instance. While the new Code of Civil Procedure - NCCP, which entered into force in March 2016, saw fit to gather in Book V, Part General, under the name of "Trusteeship Provisional", the interim protective measures and anticipation guardianship previously provided, respectively, in Book III and Article 273 of the repealed CPC 1973, changing thus the traditional name "Emergency guardianship", establishing also the evidence of protection institute in order to enable its effectiveness.

Keywords: Code of Civil Procedure. Modification. Tutelage.

## **INTRODUÇÃO**

Diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, a nova legislação processual, que passou a vigorar a partir do mês de março de 2016, sistematizou a denominada “tutela provisória”, em seu Livro V, da Parte Geral, inserindo a tutela cautelar, a tutela antecipada e a tutela de evidência como espécies do gênero tutela provisória.

Em suma, a nova classificação legal estabeleceu o gênero “tutela provisória”, o qual se subdivide em “tutela de urgência” e “tutela de evidência”, sendo que a tutela de urgência ainda possui duas subclasses: “cautelar”, que pode ser antecedente ou incidente, além de “antecipada”, antecedente ou incidente.

A presente pesquisa tem por objetivo principal tratar da Tutela Provisória de Urgência Antecipada, que é subdividida em antecedente e incidente, no novo Código de Processo Civil brasileiro.

O novo Código de Processo Civil brasileiro identificou a tutela provisória de urgência antecipada nos arts. 303 e 304, estando ali presentes as previsões legais que cercam a nova modalidade de tutela.

## **DESENVOLVIMENTO**

O Novo Código de Processo Civil entendeu por bem reunir em seu texto a denominação de “Tutela Provisória”, para as medidas de natureza cautelar e de antecipação de tutela, alterando, desse modo, a denominação tradicional “Tutelas de Urgência”, estabelecendo, ainda, o instituto da tutela de evidência.

O Livro V divide-se em três títulos: disposições gerais, da tutela de urgência e da tutela da evidência. Esclarecendo a nova disposição legislativa, explica Olavo de Oliveira Neto (2015, p. 621-622):

No primeiro dos títulos a lei aborda aspectos gerais da tutela provisória, preocupando-se em positivar as classificações que entende corretas, isso no aparente desiderato de extremar as espécies de tutela existentes. Já no título segundo o que se procura é estabelecer o perfil da tutela de urgência, em três capítulos distintos que trazem disposições gerais sobre tema, aspectos relativos a tutela antecipada antecedente e aspectos relativos a tutela cautelar antecedente, respectivamente. Por fim, o terceiro título disciplina a tutela de evidência, procurando distingui-la da tutela de urgência.

Assim, a tutela provisória foi classificada pela legislação em consonância com três enfoques. O primeiro deles diz respeito à satisfação da decisão, dividindo-se em tutela antecipada cautelar, que tem por objetivo apenas assegurar o resultado pretendido, bem como tutela antecipada satisfativa, a qual permite a antecipação dos efeitos da decisão final.

Nesse sentido, pode-se definir como medidas antecipadas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida. Por sua vez, são



medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo (SOUZA, 2015, p. 1300).

Já o segundo destina-se a analisar o momento da decisão, sendo certo tratar-se de tutela provisória antecedente, aquela pleiteada anteriormente ao momento em que se formula o requerimento principal, enquanto que na tutela antecipada incidental, o pedido é feito ao mesmo tempo ou após o pleito principal.

Por fim, o terceiro enfoque refere-se à natureza da decisão. A tutela provisória é urgente quando existe perigo próximo de perda ou lesão ao direito declarado pelo autor, exigindo rapidez na prestação jurisdicional. Por outro lado, a tutela provisória é considerada de evidência nas hipóteses em que o julgador pode, desde logo, reconhecer que há uma grande possibilidade de existir o direito pleiteado.

Desse modo, essa terceira classificação não trata de situações em que se opõe, mas sim de espécies cuja natureza são diferenciadas, podendo o magistrado reconhecer a fungibilidade entre elas, conforme disposto no art. 305, parágrafo único, do NCPC.

No que se refere à eficácia da tutela provisória, ela produzirá seus efeitos até o advento de uma nova decisão que lhe modifique, substitua ou absorva. Dessa forma, mesmo em se tratando de tutela antecipada satisfativa, em que a decisão do pleito principal é proferida em consonância com a liminar, pode-se afirmar que ela produz efeitos até o advento de nova decisão, uma vez que, nessa hipótese, é a própria decisão relacionada ao pedido principal quem passa a produzir efeitos (artigo 296 do NCPC).

Cabe ressaltar, ainda, que o novo Código de Processo Civil autoriza a concessão da tutela provisória de urgência antecipada, que se subdivide em antecedente e incidente, bem como e da tutela provisória de urgência cautelar, que também é subdividida em antecedente e incidente.

Ocorre que, diversas vezes, a duração do processo é demasiadamente prolongada, sendo necessária, em certas ocasiões, a antecipação dos efeitos da decisão que seria prestada ao final, como forma de garantir o direito material alegado em juízo.

Para tanto, a legislação trazida no NCPC, artigo 300, dispõe que a tutela de urgência será concedida caso sejam constatados dois requisitos: a) elementos que evidenciem a probabilidade do direito, o que equivale ao *fumus bonis iuris* do processo cautelar e a verossimilhança da alegação nos casos de antecipação de tutela (CPC de 1973), b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, devendo ser demonstrado de forma concreta o que consiste o risco para que seja firmada a convicção do magistrado.

Nesse sentido, ao tratar dos dispositivos do novo Código de Processo Civil: “A concessão de eventual tutela de urgência fica limitada a um juízo de *plausibilidade* ou *probabilidade* e não de verdade ou inequivocidade que é pressuposto para prolação de uma decisão que possa gerar coisa julgada material” (SOUZA, 2015, p. 1324).

Todavia, embora baste a probabilidade do direito para ambas as espécies de tutelas provisórias de urgência, o grau de cognição do juiz diferencia-se, visto que a tutela de urgência antecipada requer uma probabilidade maior do que a cautelar. Da mesma forma, o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, uma vez que, no caso da tutela antecipada, a situação de perigo existe no que tange à perda ou lesão do próprio direito material, enquanto que, tratando-se de tutela cautelar, o perigo refere-se ao resultado útil que derivar do processo.

Ademais, nos casos em que se almeja a concessão da tutela provisória de urgência antecipada, não é viável a existência de perigo de irreversibilidade do provimento, já que a tendência é deferir ao requerente, desde logo, tudo aquilo que ele conseguiria na decisão final. Contudo, em muitas situações poderão ser irreversíveis os efeitos decorrentes da decisão antecipada, devendo o magistrado agir com prudência e bom senso diante dessa previsão legal, visto que em diversos casos a concessão será inevitável para resguardar o direito.

As tutelas provisórias sempre serão concedidas por meio de uma decisão liminar, o que significa afirmar que serão prestadas em momento anterior ao da prolação da sentença, possuindo natureza de decisão interlocutória.

O novo Código de Processo Civil brasileiro mantém a possibilidade de obtenção da tutela antecipada no bojo do próprio feito em que ao final será apreciado o direito ao bem da vida almejado, em consonância com o disposto no art. 303 do NCPC.

O novo CPC inova ao criar o procedimento chamado de “estabilização da tutela de urgência” (art. 304 do NCPC), o qual permite que a tutela liminarmente concedida produza plena eficácia, independentemente da continuidade do processo para análise final do mérito, em cognição exauriente, com fundamento nos princípios da celeridade processual, da economia processual e da efetividade da tutela jurisdicional.

Para tanto, basta que o autor declare expressamente essa opção em sua inicial (art. 303, § 5º), bem como que o réu não apresente impugnação, por meio de agravo de instrumento ou contestação, à decisão que concedeu a antecipadamente a tutela, nos termos do art. 304, *caput*.

Dessa forma, o novo dispositivo legal permite ao requerente pleitear a tutela antecipada antecedente por meio de petição inicial pautada nas regras dos arts. 319 e 320 do NCPC, ou em consonância com o disposto no art. 303, momento em que será elaborada uma petição simplificada que, apenas posteriormente, será adequada à regra geral.

Assim, o autor deve expressamente declarar que pretende se valer do benefício da petição simplificada, conforme previsão do § 5º do art. 303, implicando em renúncia ao procedimento comum (instrução probatória) e à tutela jurisdicional exauriente (sentença de mérito); realizar a exposição dos fatos, de forma sucinta, sem necessidade de tecer profundas considerações; do direito objeto da pretensão; do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo; indicar o pedido da tutela final; o valor da causa (§ 4º); e, ainda, pleitear a antecipação da tutela.

Ademais, deverá apresentar a qualificação mínima das partes, com dados suficientes apenas para que o réu seja identificado, além de indicar o juízo competente para apreciar o pedido. Entretanto, caso a petição seja endereçada erroneamente a juízo absolutamente incompetente, deverá o magistrado, em havendo perigo de perecimento imediato do direito, apreciar o requerimento liminar, antes de realizar a remessa do feito ao órgão competente.

Caso o pedido liminar seja concedido, o processo seguirá pelo procedimento especial de jurisdição contenciosa, devendo o autor providenciar o aditamento da petição inicial simplificada, nos moldes do § 1º do art. 303 do NCPC, exceto se já tenha formulado toda sua pretensão num único momento processual. Por outro lado, consoante previsão do § 6º do mesmo diploma legal, se o magistrado negar a concessão da medida, a tramitação dos autos prosseguirá em conformidade com o procedimento comum, devendo o autor emendar a inicial no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de extinção do feito sem resolução do mérito.

Vale ressaltar, no entanto, que a qualquer tempo, o autor ou o réu podem demandar no sentido de que a tutela antecipada satisfativa estabilizada seja revista, reformada ou invalidada, sendo que a decisão proferida nessa nova contenda ensejará a coisa julgada material. Nesse sentido, a estabilidade permanecerá até que seja cumprido o disposto no § 2º do art. 304.

É possível verificar, assim, que a tutela antecipada satisfativa terá sua vigência pelo tempo que ocorrer a decisão de mérito em definitivo com relação a pretensão principal pleiteada na demanda autônoma.

Eventual petição que visar rever, modificar ou invalidar a tutela provisória de urgência concedida terá que ser realizada no prazo máximo de 2 (dois) anos. Sendo que, o início da

contagem do prazo é da ciência da decisão que extinguiu o processo, conforme estabelece o § 5º.

Decorrido o prazo de dois anos sem a utilização da modalidade prevista no § 2º do art. 304 do Novo Código de Processo Civil, a tutela antecipada concedida passará a ser definitiva, não podendo sofrer reanálise, sendo incabível também, a utilização de ação rescisória.

Com a mudança acima descrita, ocorreu a identificação de um problema, vez que a será possível encontrar casos em que a definitividade de tutela concedida, não deixará claro os efeitos alcançados pela longitudinalidade nas relações jurídicas de direito material.

No caso de uma demanda judicial de reconhecimento de paternidade, cumulada com alimentos, por exemplo, em que a tutela antecipada é concedida para pagamento apenas dos alimentos, sem adentrar o assunto do reconhecimento de paternidade, o magistrado deverá extinguir o processo, caso não ocorra o agravo de instrumento, baseando-se no previsto no art. 304 do Novo Código de Processo Civil.

Ainda, caso também não ocorra a utilização da demanda prevista no art. 304, § 2º, do mesmo código acima mencionado, a ultratividade dos efeitos da tutela antecipada tornar-se-ão definitiva.

Assim, o cerne da questão é que o magistrado somente identificará a tutela provisória de urgência com relação aos alimentos, ainda que passe pelo reconhecimento de paternidade, somente decidindo, inicialmente, sobre o assunto realmente urgente.

No presente exemplo, é possível identificar que a ação de reconhecimento de paternidade necessita de sentença declaratória para ter efeitos, sendo que, segundo a doutrina operante no período de vigência do Código de Processo Civil de 1973, não pode ser acolhido o pedido por tutela antecipada, juntamente com as pretensões de natureza constitutiva.

Não existe uma resposta concreta para o problema do exemplo acima exposto, sendo que é possível identificar, através do § 6º do art. 304 do Novo Código de Processo Civil, que a decisão que conceder a tutela não fará coisa julgada, entretanto, os efeitos decorrentes da tutela terão estabilidade, podendo somente sofrer alterações por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

O autor poderá ainda, apresentar nova demanda visando a modificação ou nova conotação à tutela antecipada concedida em seu favor, ou ainda, buscar em definitivo uma decisão com efeito de coisa julgada material.

## **CONCLUSÃO**

O presente trabalho identificou a mudança da tutela provisória do Código de Processo Civil de 1973 para o Novo Código de Processo Civil de 2015, ocorrendo no recente ordenamento a divisão de tutela provisória de urgência e de evidência.

Dentro da tutela provisória de urgência, ainda, é possível realizar nova subdivisão: cautelar e antecipada, sendo que cada uma também é subdividida em antecedente e incidente.

A previsão legal encontrada na tutela provisória de urgência antecipada está nos arts. 303 e 304 do novo Código de Processo Civil, onde estão elencados todos os parâmetros para utilização, bem como requisitos para que haja validade, formas e prazos de recursos.

Dentro do estabelecido pela tutela provisória de urgência foi encontrada uma questão peculiar, identificada e exposta pelo exemplo da ação de reconhecimento de paternidade com pedido de alimentos com tutela antecipada. Nessa modalidade, o magistrado decidirá, desde que preenchido os requisitos previstos no art. 303 do novo Código de Processo Civil, sobre a antecipação da tutela de alimentos.

Em sendo o caso em que a tutela antecipada de alimentos fora deferida e o réu não impugnar, por meio de agravo de instrumento ou contestação, ocorrerá a estabilidade da decisão proferida, somente podendo sofrer riscos de modificação no caso em que houver demanda por qualquer uma das partes.

Entretanto, vez que a ação de reconhecimento de paternidade prescinde de sentença declaratória, não podendo ser decidida por antecipação de tutela, a dúvida paira sobre a questão de direitos de sucessão, terá o alimentando todas as prerrogativas de herdeiro, sem que proceda com a demanda pleiteada?

A doutrina operante na vigência do Código de Processo Civil de 1973 entende que não há possibilidade de ser reconhecida a paternidade por tutela antecipada, sendo necessária sentença declaratória para surtir os devidos efeitos, entretanto, ainda paira sobre o novo código os posicionamentos doutrinários neste caso.

Desse modo, a nova legislação processual civil ao sistematizar a tutela provisória, juntou as modalidades existentes no antigo CPC, de 1973, em um único livro, viabilizando sua aplicabilidade.

## REFERÊNCIAS

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de. **Códigos de processo civil comparados: 2015–1973/ 1973-2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de Direito Processual Civil: parte geral**. São Paulo: Verbatim, 2015.

SOUZA, Artur César de. **Código de Processo Civil: parte geral**. Anotado, Comentado e Interpretado. São Paulo: Almedina, 2015.

\*\*\*

## CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL E A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS SUSTENTÁVEIS

### ENVIRONMENTAL CONSIDERATIONS TAXATION AND EFFECTIVE PUBLIC POLICY SUSTAINABLE HOUSING

OTERO NETO, Acácio Arruda; (Mestrando do Programa de Mestrado em Direito pela UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – SP. E-mail [oteroneto@gmail.com](mailto:oteroneto@gmail.com))

ALMEIDA, Patrícia Silvia de; (Mestranda do Programa de Mestrado em Direito pela UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – SP. E-mail [jpalmeyda@via-rs.com.br](mailto:jpalmeyda@via-rs.com.br))

RIBEIRO, Maria de Fatima (Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP e professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR – UNIVERSIDADE DE MARÍLIA - SP. E-mail [mfat@sercomtel.com.br](mailto:mfat@sercomtel.com.br) ).

## GT3

## RESUMO

Sendo a moradia um dos pilares para a efetivação da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Constituição Federal de 1988, é fundamental que o Estado, através de políticas públicas incentive e propicie a digna habitação para a população. Também é dever do Estado, porém, a defesa e preservação do meio ambiente conforme preceitua o artigo 225 e seguintes da Carta Magna. É seguro dizer, que sendo tanto a moradia como a proteção de manutenção do meio ambiente diretrizes constitucionais, as mesmas não devem, ao menos em tese, gerar conflitos em suas implementações. O direito tributário ambiental é ferramenta importante, dentre outras funções, para auxiliar nesse equilíbrio entre desenvolvimento e sustentabilidade. Através do mesmo, é possível levar a habitação a população e com os devidos incentivos, fazer com que a mesma atenda a medidas sustentáveis e que garantam a população seu direito fundamental do cuidado e manutenção do meio ambiente por parte do Estado. A parceria desenvolvimento, habitação e sustentabilidade não é simples mas pode trazer bons resultados ao país se bem implementada.

**Palavras Chave**

Moradias. Sustentabilidade. Direito tributário.

**ABSTRACT**

And housing one of the pillars for the realization of human dignity, fundamental principle of the Constitution of 1988, it is essential that the state, through public policies and incentive conducive to decent housing for the population. It is also duty of the state, however, the defense and preservation of the environment as provided in Article 225 and following of the Constitution. It is safe to say that being both the housing and the maintenance of environmental protection constitutional guidelines, they should not, at least in theory, lead to conflicts in their implementation. The environmental tax law is an important tool, among other functions, to assist in this balance between development and sustainability. Through it, you can take the housing population and appropriate incentives, to make the same meets sustainable measures and to ensure the people their fundamental right care and maintenance of the environment by the state. The partnership development, housing and sustainability is not simple but can bring good results to the country if well implemented.

**Keywords**

Houses. Sustainability. Tax Law.

**INTRODUÇÃO**

O presente trabalho, através do método de pesquisa hipotético-dedutivo, objeto de uma pesquisa que se encontra em andamento, visa iniciar a análise do atendimento do Estado aos princípios constitucionais de moradia e manutenção do meio ambiente. Busca-se, ainda, verificar o acesso ao direito social à moradia e a sua respectiva função social, garantidos constitucionalmente, ínsitos nos artigos 5º, 6º e 182, respectivamente, avaliando os mecanismos de incentivos fiscais direcionados para o desenvolvimento sustentável à luz do Estatuto da Cidade e da Lei de Responsabilidade Fiscal e os controles de efetividade; pretende, do mesmo modo, analisar o Sistema Tributário Nacional e os direcionamentos para as políticas públicas de sustentabilidade. Para tanto, mister se faz percorrer as decisões judiciais quanto à aplicabilidade das políticas públicas e as legislações pertinentes aos incentivos fiscais destinados às construções de habitações populares. O presente ensaio é representativo dos estudos e resultados parciais da supramencionada análise, agregando com complemento, textos doutrinários e legislativos, visando justificar a aplicabilidade das políticas públicas e os incentivos fiscais ambientais, destinados às construções de habitações populares. Por fim, de igual

modo, observa-se os reflexos dessas decisões sobre a livre concorrência na Ordem Econômica Constitucional.

### **DESENVOLVIMENTO**

A Constituição Federal de 1988 que tem como princípio fundante a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, da mesma forma que contempla, avanços significativos no que se refere a proteção ao meio-ambiente, tratando-a como direito de todos a presente e as futuras gerações. E, com base nesta carga axiológica protetiva, o texto constitucional careceu em apresentar soluções para a problemática ambiental, destacando apenas diretrizes necessárias de preservação e proteção de recursos naturais - flora e fauna -, determinando de forma programática a promoção da educação ao meio-ambiente como um bem comum do povo. (SEBASTIÃO, 2007).

Embora seja dever do Estado a preservação e manutenção do meio ambiente, este cuidado constitucional deve ser objeto de análise visto que, além de outros princípios e deveres constitucionais expostos, há de ser relevado o crescente desenvolvimento populacional versus a utilização dos meios próprios à proteção do meio-ambiente, de um todo inovador.

Acerca do rol exemplificativo de direitos sociais elencados na Carta Magna, tem-se a considerar por fundamental o direito social à moradia, um meio de concretude à dignidade da pessoa humana. Para tanto, em virtude da aplicação de medidas tributárias de natureza fiscais e extrafiscais, convém destacar a importância de sua aplicação para o alcance dos fins sociais que atendam os ditames de nosso ordenamento jurídico. Sobre a constante necessidade de “ajuste” das medidas adotadas pelo estado, como forma da concretização dos deveres de proteção para a efetiva aplicação dos direitos fundamentais.

Nesta senda, para fins de realização da proposta, o estado contemporâneo deve ajustar-se - e, se necessário, remodelar-se -, a cada novo passo histórico no sentido de enfrentar as ameaças e riscos ecológicos que fragilizam a nossa existência humana. Ademais, conforme expõe Ingo Wolfgang Sarlet: [...] como refere Häberle, um “processo dialético posto em marcha”, que se renova constantemente no horizonte do projeto político-jurídico da comunidade estatal. (SARLET, 2013, p.21)

Ainda, sobre o direito social à moradia, importante repisar, é de competência de todos os entes federativos para a aplicação do desenvolvimento de programas habitacionais mas, mormente, é primordial, a implantação de programas de regularização fundiária urbana ambientalmente sustentáveis. É paulatino o crescente desenvolvimento dos grandes centros urbanos, e, com ele, surge a problemática responsabilidade dos entes públicos, em prover segurança e diminuição dos riscos de danos ao meio-ambiente. Impossível negar, existem inúmeras imbricações complexas acerca da redução dos riscos e problemas decorrentes desse “bum populacional”. Todavia, pode-se afirmar com relativa segurança jurídica, além do dever de proteção de direitos fundamentais pelo poder público, por vezes, exige a colaboração do cidadão, para que o direito a um meio-ambiente saudável não acabe como um direito retórico.

E nesse contexto, nos termos do contido no art. 23, IX, da Constituição Federal, a competência administrativa é de fato concorrente para fins de promoção de programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Ao partir da proteção da dignidade da pessoa humana, facilmente se percebe que a todos os entes federativos existe o poder-dever de combater e erradicar os fatores de marginalização e redução de pobreza, buscando promover a máxima integração social dos setores desfavorecidos.

Para tanto, ao analisar os aspectos tributários, apesar de identificados os instrumentos fiscais - os tributos extrafiscais em específicos -, e sua pertinente destinação de receitas à proteção do meio ambiente, pouco se confere a sua imediata aplicação.

Ao lado dos controles direcionados pelas políticas públicas, o Sistema Tributário Nacional oferece escassas medidas visando atender os objetivos ambientais. Embora exista uma política tributária nacional orientada para assegurar a sustentabilidade ambiental, para a realização dessa nova ordem econômica “verde”, evidentemente serão necessários ajustes para o estabelecimento dos critérios ao desenvolvimento dos instrumentos tributários que permitam fortalecer a política ambiental, sem desrespeitar o federalismo posto. (MACEDO, 2011)

Destarte, cada ente tributante poderá dispor, na medida de suas possibilidades, da concessão de benefícios fiscais - isenções, alíquotas reduzidas ou não-incidência -, destinados a promover sustentabilidade ambientais, desde que respeitado o âmbito de suas respectivas competências, sem necessidade de profunda reforma tributária. No entanto, é inerente ao sistema capitalista, como o nosso, um certo grau de conflito entre os entes federados, visto a insuperável concorrência e antagonismo de interesses. Porém, por evidentes razões, neste contexto econômico atual, a concessão de benefícios fiscais não prejudicará em nada a livre concorrência estabelecida pela ordem econômica constitucional.

## **CONCLUSÃO**

À luz do proposto preambularmente, a manutenção e cuidado do meio ambiente é medida fundamental para a dignidade da pessoa humana, bem como à garantia da qualidade de vida da presente e das futuras gerações. Para além de mera finalidade arrecadatória, o direito tributário dispõe de medidas de incentivos fiscais que se garantam o desenvolvimento do país, em especial, a garantia constitucional de vida digna da população através de realização do direito social à moradia.

E preciso rever alguns instrumentos tributários para alcançar o almejado direito social casado a necessária sustentabilidade ambiental.

Existe programas e planos governamentais destinados ao acesso à moradia a população de baixa renda, com significativos estímulos fiscais utilizados à proteção e preservação ambiental. Contudo, apesar da preocupação, tais iniciativas são pequenas diante da demanda existente. Por ora, urge destacar, a saída proposta requer maior participação colaborativa social do cidadão, bem como racionalização e destinação dos instrumentos de tributação (benefícios fiscais) capazes de conciliar o direito à moradia e a proteção aos meio-ambiente.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAÚJO, Cláudia Campos de *et al.* *Meio Ambiente e Sistema Tributário – Novas Perspectivas*. São Paulo: SENAC, 2003.

BASSO, Ana Paula. *Os Benefícios Fiscais em favor do Desenvolvimento Sustentável*. In Revista Direito e Desenvolvimento.1, n. 2, jul/dez.2010, p. 41-52.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DOMINGUES, José Marcos. *Direito tributário e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito ambiental tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACEDO, Laura Valente de, FREITAS, Paula Gabriela (Org.). *Construindo Cidades Verdes:Manual de Políticas Públicas para Construções Sustentáveis*.São Paulo: ICLEI, 2011.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *O papel do Estado no desenvolvimento econômico sustentável: reflexões sobre a tributação ambiental como instrumento de políticas públicas*. In: TORRES, Heleno (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROCCO, Rogério. *Dos instrumentos tributários para a sustentabilidade das cidades*. In: *O Direito Ambiental das Cidades*. ROCCO, Rogério e COUTINHO, Ronaldo (Orgs.). Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

SEBASTIÃO, Simone M. O tributo como instrumento efetivo de proteção do Direito à vida no planeta. In: FOLMANN, Melissa (Coord.). *Tributação e Direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2007.

TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\*\*\*

## **RESERVA DO POSSÍVEL, ESCOLHAS TRÁGICAS, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E NEOCONSTITUCIONALISMO**

### **RESERVATION POSSIBLE CHOICES TRAGIC, HUMAN DIGNITY AND NEOCONSTITUTIONALISM**

#### **GT4 - JUDICIÁRIO E DEMANDAS SOCIAIS**

Autor: EDER FREDERICO BARBOZA RAIA  
UNIMAR

efb.raia@hotmail.com

Orientador: Prof. Dr. ARTUR CESAR DE SOUZA  
UNIMAR

artur.souza@trf4.jus.br

**RESUMO:** O governo se utiliza da teoria da reserva do possível e da teoria das escolhas trágicas para justificar eventual omissão na implementação de determinadas políticas públicas, de forma a não efetivar ações em setores que carecem de uma atitude mais positiva por parte do Estado. Justificam sua eventual omissão ante a falta de recursos para custear a efetividade e a implementação necessárias. Tal teoria, a despeito de ser justificável sua utilização por parte do Estado, deve ser analisada em face do neoconstitucionalismo e ponderada ante o princípio da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Reserva do possível. Dignidade da pessoa humana.

**Abstract:** The government uses the reserve of theory as possible and the theory of the tragic choices to justify any failure in the implementation of certain policies, in order not to carry out actions in sectors that require a more positive attitude by the state. Justify their eventual failure due to the lack of resources to fund the necessary effectiveness and implementation. Such a theory, despite being justified their use by the State, must be analyzed in light of neoconstitutionalism and weighted against the principle of human dignity.

**Keywords:** Reservation possible. Dignity of human person.



## **1 INTRODUÇÃO**

Alguns direitos exigem um determinado custo para que possam ser concretizados. Uma coisa, por exemplo, é falar sobre o direito à saúde, colocar esse direito em uma norma (seja regra ou princípio), e regulamentar o referido direito. Mas isto não faz ou não torna tal direito acessível às pessoas, não lhe confere a devida e necessária eficácia e concretude.

Logo, é necessária a concretização, a implementação do referido direito. É necessário torná-lo passível de ser usufruído, algo que é muito diferente de simplesmente dotá-lo de existência e validade.

Efetivar um direito, portanto, envolve vários fatores, mas de modo especial, referimo-nos, aqui, quanto ao aspecto financeiro.

Aqui se coloca uma questão muitas vezes despercebida no mundo jurídico. Afinal, normalmente, nós da seara jurídica somos avessos aos números. Trata-se da questão do custo dos direitos. A realidade financeira, muitas vezes, é empecilho para a fruição de direitos.

As necessidades sociais são imensas. No campo dos direitos de segunda dimensão, por exemplo, onde se abrigam os direitos sociais (tais como educação, saúde, previdência e assistência social, entre outros), grande é o anseio e o interesse público de que tais direitos sejam efetivados, e de forma satisfatória.

Ocorre que tais direitos de segunda dimensão exigem um balanço financeiro e orçamentário considerável, o que pode colocar em estagnação, ou num patamar de insatisfação, a necessária efetividade que se espera em relação a tais direitos.

Por outro lado, vivemos um período dentro do constitucionalismo onde não podemos deixar de enxergar uma nova realidade: o neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo é um movimento constitucional que prega a interpretação dos institutos jurídicos a partir da Constituição, já que ela é a base do ordenamento. Além disso, o neoconstitucionalismo tem como pressuposto a dignidade humana e a ampliação da jurisdição constitucional, viabilizando o controle judicial de políticas públicas. Logo, nenhum outro argumento, seja ele de ordem política, financeira, orçamentária, econômica, poderia se sobrepor à dignidade humana.

E aqui surge o grande embate: a dignidade humana se sobrepõe a eventuais déficits orçamentários e financeiros? Ou seja, por essa ótica, o custo de um direito não pode servir de argumento quando o que se está em jogo é a dignidade humana? Por outro lado, como a dignidade humana também é um direito, ela também exige um custo.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

Os direitos constitucionais fundamentais de segunda dimensão (geração) são aqueles que envolvem os direitos sociais.

Tais direitos sociais, de segunda dimensão, surgiram, no plano constitucional, a partir das Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), além de terem sofrido forte influência, no plano econômico, pelas teorias keynesianas e pelo Welfare State.

O início do século XX foi um período de guerra, fome, desemprego, depressão e recessão. Algo estava errado com o sistema então predominante no mundo, pois o liberalismo previa o total absentismo estatal, especialmente no plano econômico, de maneira que, a mão invisível do mercado seria capaz de reajustá-lo e equilibrá-lo – e isto não estava acontecendo.

Daí que, numa conjugação de fatores, começaram a surgir movimentos que preconizavam a inserção do Estado, uma atuação mais positiva do mais forte dos agentes, no sentido de reverter o caos então reinante.

Era necessário, pois, que o Estado passasse a ocupar uma posição ativa, garantidor mas, acima de tudo, concretizador de direitos que viessem a combater o desemprego, a fome,

a falta de saúde, educação, previdência e assistência social. O Estado passaria a ser o principal curador dos direitos sociais, assegurando-os e, efetivamente, garantindo-os à sociedade.

Nascia, a partir de então, uma postura proativa do Estado, um Estado promovedor do bem-estar social (*Welfare State*), com a inserção de normas, nesse sentido, nas Constituições. Só que isso exige recursos financeiros.

Nesse cenário surge a teoria da reserva do possível, através da qual o Estado argumenta que não possui todos os recursos possíveis à realização dos direitos sociais.

Já que todos os direitos sociais exigem uma prestação positiva por parte do Estado, e partindo-se do pressuposto que essa prestação positiva gera um encargo financeiro ao Estado, esse mesmo ente político tem sustentado que, em certos casos, não há reservas financeiras disponíveis (possíveis) para a efetivação de tais direitos. Dito de outro modo, o Estado tem argumentado que sua atuação positiva, no ramo dos direitos, só consegue ocorrer até um limite que seja possível ao seu orçamento.

Ademais, também sustenta que, caso seja obrigada a investir ou concretizar uma política social, estando sem orçamento, poderá ter que fazer “escolhas trágicas”, como por exemplo, retirar verba da educação para investir na saúde:

A dependência de recursos orçamentários para a implementação das prestações materiais e jurídicas necessárias à redução das desigualdades no plano fático (“reserva do possível”), é apontada como principal responsável pelo menor grau de efetividade alcançado por esses direitos quando comparados com os direitos de defesa.[...]” (DANTAS, 2014, p.277)

Um importante questionamento que surge ao se tratar do assunto relativo à teoria da reserva do possível refere-se ao controle judicial de políticas públicas.

Isto porque, nenhuma pretensão (lesão ou ameaça de lesão) pode ser afastada do judiciário. Assim, uma negativa do Poder Público em conferir (concretizar) um determinado direito poderia ser levada até o Judiciário para que este analisasse a razoabilidade da abstinência. Logo, eventuais abusos e ilegalidades cometidas pelo Poder Público podem ser corrigidos pelo Judiciário.

Entretanto, eventuais ingerências do Judiciário, no mérito de escolhas políticas feitas pelo Executivo quando do momento da elaboração do orçamento público, bem como onde serão alocadas as verbas, a fim de serem concretizadas as referidas políticas, pode significar uma indevida intromissão judicial.

Todavia, a relação entre os poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), por mais que devidamente delimitada na Constituição, não é uma relação estanque, totalmente independente. Os poderes e o exercício de suas competências exigem uma devida harmonia, de forma que a unidade maior possa restar assegurada.

É o que se convencionou de *checks and balances* (freios e contrapesos). Isto não significa dizer que teremos ingerências indevidas de um poder em outro, muito menos que teremos usurpação de competências entre eles:

Apesar do princípio da independência dos poderes (art.2º), a Constituição Federal, visando, principalmente, evitar a concentração de poder e o desrespeito aos direitos constitucionais, criou mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito. Esse sistema de interferência recíproca é chamado de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). (PADILHA, 2013, p.367-368)

Assim sendo, já que é possível o controle de um poder sobre outro, analisemos, pois, o controle judicial de políticas públicas, feitas pelo Executivo, com a ressalva de que, basicamente, o controle pode ser de duas formas:

a) controle de legalidade: refere-se à análise da atuação administrativa em relação à ordem jurídica como um todo, avaliando a conduta da administração em relação a todo o ordenamento jurídico (incluindo princípios);

b) controle de legitimidade: também chamado de controle de mérito. Nesse aspecto, avalia-se a conduta administrativa quando atua com base em critérios de conveniência e oportunidade, conjugando-se tal atuação com o interesse público primário. O controle de mérito, pois se avalia, com base no interesse público, as escolhas eleitas pela Administração. Analise-se, pois, se as decisões tomadas pela administração foram em conformidade com o interesse público.

Se não há maiores controvérsias quando o objeto do controle for a legalidade dos atos controlados, celega maior se estabelece quando nos deparamos com o controle de legitimidade (ou seja, de mérito) dos atos administrativos.

Entretanto, tem-se se verificado perfeitamente factível ao Judiciário exercer o controle de legitimidade dos atos administrativos, mesmo que adentrando em seu mérito. O que se deve observar, contudo, é que nesse tipo de controle, o Judiciário não pode questionar os critérios de conveniência e de oportunidade eleitos pela Administração na adoção de suas políticas públicas. Em casos assim, cabe ao Judiciário verificar se as escolhas perpetradas pela Administração estão em conformidade com os princípios constitucionais.

Em relação ao controle de mérito, portanto, desde que não se adentre nas opções feitas pelo Administrador, mas sim, se pondere tais escolhas em face de princípios constitucionais, o controle se mostra possível:

[...]. Todavia, atualmente, vem se reconhecendo ao Poder Judiciário a competência para controlar o mérito dos atos da Administração Pública, desde que tenha como parâmetro a legalidade ou a legitimidade destes atos. Isto é, o Judiciário não examina o mérito dos atos da Administração a partir de considerações sobre a sua oportunidade ou conveniência, mas sim relativamente à sua conformação com os princípios constitucionais, notadamente com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e moralidade. (CUNHA JÚNIOR, 2016, p.666.)

O neoconstitucionalismo, por sua vez, também prevê uma nova roupagem à função do Direito Constitucional, pregando o pós-positivismo (onde os princípios ganham força normativa), onde a Constituição tem total força normativa e, especialmente, pela ampliação da jurisdição constitucional (onde o judiciário passa a ter efeito controle de qualquer ato confrontando-o com a Constituição).

Mas, de modo especial, o neoconstitucionalismo, faz uma releitura dos institutos jurídicos através do princípio da dignidade da pessoa humana. Todo o direito deve gravitar em torno do ser humano, a fim de se possibilitar-lhe uma existência digna. Significa que o indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, como a razão de ser de todo o ordenamento jurídico. Impondo não só ao Estado, mas como a todos os agentes privados e particulares que o respeitem de maneira ampla.

Assim, a partir da dignidade da pessoa humana, conjugando-se e ponderando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que se deve controlar o mérito dos atos e políticas público-governamentais adotadas pela Administração Pública.

É desse modo que se reconhece e se garante o que é necessário à dignidade humana, e se confere legitimidade aos atos governamentais.

Assim, nessa forma de agir, o Judiciário passa a garantir a efetivação de políticas sociais, fazendo com que, entre outras coisas, o Poder Público tenha a obrigação de financiar tratamentos médicos e hospitalares, além de ter que construir hospitais, adquirir medicamentos, construir creches e escolas etc.

E tudo isso de forma legítima. Tudo de uma forma constitucionalmente garantida.

## **8 CONCLUSÃO**

Em que pese os argumentos do Poder Público e a legitimidade da teoria da reserva do possível, ela não se sustenta quando utilizada para justificar eventual omissão ou ingerência do Estado diante de políticas públicas que estão diretamente relacionadas à promoção ou garantia da dignidade da pessoa humana.

Não há como se sobrepor interesses econômico-financeiros do Estado, ainda que seja a escassez de recursos, como justificativa para qualquer situação que vá contra a promoção da dignidade humana.

É óbvio que em momentos de crise econômica, onde basta assistirmos aos noticiários televisivos, via rádio ou via internet para nos certificarmos da existência e realidade da crise econômica de nosso país, a questão da reserva do possível ganha destaque.

Mas, deixemos claro: questões financeiras não podem sobrepor-se à vida humana.

Não existe inviabilidade financeira alguma que justifique a falta de prestação exigida pela vida humana.

Quando muito possamos admitir, em momentos tais, que a reserva do possível seja sustentada perante alguns direitos sociais ou alguns aspectos da dignidade humana, a serem ponderados e, razoavelmente avaliados no caso concreto, tais como cultura, lazer, esporte, moradia etc.

Mas em momento algum, repita-se, as condutas administrativas poderão ser blindadas face ao controle judicial das políticas públicas, o qual é legítimo e constitucional.

Além disso, nenhuma inércia da Administração, nenhum argumento sobre a reserva do possível pode se sustentar perante a vida, a saúde e a educação do ser humano.

Somos defensores, *data venia*, que não existe falta de condições financeiras estatais alguma que justifique a ineficácia estatal no socorro da vida humana, no cuidado e tratamento do ser humano, bem como em conferir acesso à educação.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2014

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Grupo Gen/Método, 2013

\*\*\*

## **JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS DE SAÚDE**

### **JUDICIALIZATION OF CLAIM HEALTH**

### **GT4 - JUDICIÁRIO E DEMANDAS SOCIAIS**

HENRY ÂNGELO MODESTO PERUCHI

UNIMAR  
[henryperuchi@yahoo.com.br](mailto:henryperuchi@yahoo.com.br)

PROFESSORA DRA. SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES  
[samyranaspolini@gmail.com](mailto:samyranaspolini@gmail.com)

Resumo: O Poder Judiciário tem tido papel de destaque na efetivação das políticas públicas, principalmente no tocante às demandas de saúde para fornecimento de medicamentos. Sob o fundamento de omissão ou morosidade do Poder Público e a urgência de tais demandas, decisões são prolatadas sem se preocupar com as questões de cunho administrativo e aspectos legais. O ativismo judicial se mostra cada vez mais presente. Contudo, inicia-se a discussão se limites devem ser estabelecidos sob pena de caos no Sistema Único de Saúde. A máquina administrativa por mais célere e aparelhada que seja não consegue ser ágil como a evolução da medicina, tendo recursos limitados pelo orçamento aprovado. Nesse compasso, compete ao Supremo Tribunal Federal traçar requisitos ao direito “absoluto” à saúde, pacificando socialmente tema de tamanha relevância e grandes divergências. Através da análise da legislação e doutrina e de julgados sobre o tema serão buscadas as possíveis soluções para o tema.

Palavras-chave: Judicialização. Requisitos para a concessão de medicamentos. Saúde.

Abstract: The Judicial Power has had leading role in the execution public policies, mainly regarding the health requirements to ensure the medicines supply. Based in omission or slowness of the Public Power and urgency of these requeriments, decisions are handed down without concern with administrative and legal issues. The judicial activism has proved increasingly presente. However, begins the discussion if limits should be established under mayhem penalty in “Sistema Único de Saúde” (Health Unic System). The Public System, although it is fast and equipped, can not be as nimble as the medicine evolution, with limited resources by the approved budget. In this way, the Supreme Court has to set requirements to the “absolut” right of health, pacifying socially such relevant subject with major differences. Through the analysis of the legislation and the doctrine and the judged about the subject, possible solutions to the topic will be sought.

Keywords: Judicialization. Requiriment to granting of medication. Health.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo visa através de uma análise da legislação e doutrina, bem como dos julgados e casos estudados apresentar uma possível solução para a questão da judicialização das demandas de saúde.

O Poder Judiciário diante das demandas sociais crescentes nos últimos anos vem dando efetividade às normas constantes da Constituição da República de 1988, compelindo União, Estados, Distrito Federal e Município à efetivação de políticas públicas expressamente previstas em normas programáticas constitucionais, mas não implementadas de forma plena.

A constante judicialização faz com que as decisões sobre os direitos sociais saiam dos campos político e administrativo e ingressem na esfera de decisão do Poder Judiciário, o que, *a priori*, poderia representar uma ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, previsto no artigo 2º da Constituição.

A crescente necessidade de fornecimento de medicamentos via decisão judicial, incluindo também o contexto de crise econômica, vem afetando o orçamento público estatal, comprometendo as demais políticas públicas.

Todo o embate surge diante das correntes que se formaram, uma defendendo a concessão irrestrita de medicamentos e outra destacando a necessidade de respeito a certos requisitos já previstos em lei, bem como aquilo que é possível ser feito pela Administração Pública.

### **DESENVOLVIMENTO**

Frente à crescente judicialização das demandas sociais surge o que chamamos de ativismo judicial, ou seja, o Poder Judiciário passa a interpretar as normas, principalmente a Constituição Federal, seja para imprimir conceitos, seja para alargá-los, permitindo-se garantir e efetivar direitos.

O chamado ativismo judicial encontra fundamento principalmente na omissão legislativa, na omissão do Poder Público em implementar políticas públicas ou mesmo na ineficiência do serviço público prestado – dificuldade em executar tais políticas.

Os direitos sociais podem ser definidos como sendo os direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo artigo 1º, IV da Constituição Federal (MORAES, 2014, p. 203).

Inegavelmente que entre os direitos sociais, o direito à saúde tem alcançado o centro da atenção da comunidade jurídica e da sociedade, principalmente nas discussões recentes quanto aos medicamentos de alto custo e aqueles que não possuem estudos concretos e aprovação pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

O direito à saúde, consagrado como direito social - direito de 2ª dimensão – encontra previsão na Constituição da República, artigo 6º, sendo ainda tratado de forma expressa no artigo 196 e seguintes do mesmo diploma. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção. Esse bem jurídico está diretamente vinculado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, núcleo central da Constituição Federal de 1988, previsto expressamente no artigo 1º, III.

Judicializada a questão do direito à saúde, surgem duas correntes diametralmente opostas. De um lado estão aqueles que entendem o direito à saúde como dever do Estado, não podendo existir limitação ao fornecimento de qualquer medicamento, desde que necessário ao tratamento, respondendo solidariamente os entes da Administração.

Para essa corrente, o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). [...] O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema de saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (MELLO, 2000, p. 1409).

Como exposto, por ser direito fundamental, seu gozo é garantido a todos os cidadãos, sem qualquer distinção prevista no texto constitucional, sendo ainda dever solidário dos entes da Administração providenciá-lo, garantindo o efetivo acesso a tal serviço.

Destacam ainda que o bem jurídico saúde não pode ficar condicionado às burocracias e entraves criadas pela Poder Público, já que a demora em efetivar tal direito pode levar ao comprometimento do próprio direito à vida. O direito à vida é o mais fundamental de

todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. (MORAES, 2014, p. 34).

Não pode ainda o cidadão ter negado o seu direito à saúde sob o fundamento de limitação ou dificuldade orçamentária, não havendo o que se falar em violação ao Princípio da Reserva do Possível, inaplicável em casos de tutela ao direito à saúde.

De outro lado estão aqueles que aduzem que o direito à saúde através do fornecimento de medicamentos não seria irrestrito, devendo ser respeitadas as objeções de cunho legal e administrativo (dotação orçamentária, na vertente princípio da reserva do possível, aprovação pela ANVISA e respeito à relação nacional de medicamentos essenciais).

A concessão indiscriminada de ordens judiciais referentes ao direito à saúde acaba por ferir o Princípio da Igualdade, previsto no artigo 5º, *caput* da Constituição da República, já que haveria o benefício a somente um cidadão em detrimento de toda a coletividade que se vale dos serviços de saúde. Não é razoável conceder medicamento de alto custo a somente um paciente, valor este que poderia permitir à Administração a compra de diversos medicamentos que atenderiam um universo maior de pacientes.

Além disso, sem se preocupar com as regras a que se submete o Poder Público, as decisões judiciais na área da saúde impelem prazos extremamente exíguos para o cumprimento, bem como fixam multas de grande importe como forma de compelir o seu cumprimento.

Destaca-se que mesmo em se tratando de ordem judicial, o Poder Público não pode se furtar em cumprir com as determinações previstas na Lei nº. 8.666/93, já que ao providenciar uma dispensa de licitação por urgência (Artigo 24, inciso IV), deve adotar todas as medidas administrativas previstas em lei para formalização do processo de licitação, sob pena de responsabilização do gestor que autorizou a compra/contratação do serviço.

Para o magistrado não importa se o Poder Público detém ou não dotação orçamentária para o cumprimento da citada obrigação, não se preocupando muitas vezes sequer com o valor do medicamento/procedimento requerido, que algumas das vezes atingem cifras altíssimas.

Os recursos da saúde são finitos, como todo o orçamento do Poder Público, e o aumento indiscriminado das ordens judiciais vem impactando de forma direta nos orçamentos das entidades da Administração, afetando as políticas públicas voltadas ao setor da saúde.

Conforme matéria disponibilizada na Folha de São Paulo, “A judicialização da saúde no Estado de São Paulo deve atingir neste ano a cifra de R\$ 1,2 bilhão, patamar semelhante ao nível federal, apontou o secretário de Saúde, David Uip, durante a abertura do segundo dia do 3º Fórum A Saúde do Brasil, promovido pela Folha em parceria com Interfarma e Unimed”.

Ora, o Estado de São Paulo, uma única unidade da federação, já apresenta gastos com saúde diante das ações judiciais próximo ao valor gasto pela União, o que não se mostra razoável. É preciso destacar ainda o impacto dessa judicialização no orçamento dos pequenos municípios, que possuem recurso ainda mais escassos.

Além disso, em alguns casos são deferidas entregas de medicamentos que sequer constam da lista de aprovação da ANVISA, o que, em tese, configura crime por parte do gestor público.

Se não houve sequer a aprovação do medicamento pela agência responsável, como pode uma decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa neste sentido. Esta agência “tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e

das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados”.

Ademais, diante dos estudos efetivados pelo Ministério da Saúde, são elaboradas relações de medicamentos, havendo uma divisão administrativa para o fornecimento dos mesmos, de acordo com a capacidade de cada ente da federação e das necessidades da população interessada. Novamente, as decisões judiciais deixam de considerar o macro para deferir pedidos isolados e em desrespeito aos estabelecido pelo órgão competente.

O Supremo Tribunal Federal recentemente se debruçou novamente sobre o tema, tendo sido em tese de repercussão geral apreciada a matéria, sem ainda uma decisão final, eis que houve pedido de vista pelo Ministro Teori Zavascki.

Nos recursos extraordinários RE 566471 e 657718, conforme aduziu o relator Ministro Marco Aurélio, “os casos concretos não estavam mais em análise, mas pelo fato de terem repercussão geral reconhecida, com a sobreposição do interesse coletivo sobre o individual, seriam analisadas as teses suscitadas, nos termos do artigo 998, § único do Código de Processo Civil”. (Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos).

Após voto do relator, o Ministro Luís Roberto Barroso em 15 de setembro de 2016 pediu vista do processo, suspendendo o julgamento conjunto dos dois recursos extraordinários. Em seu voto, assevera o Ministro que “o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas pública de saúde”. E continua: “Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser fornecidos pelo Estado a todas as pessoas”. E assim propôs cinco requisitos cumulativos: “incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo”.

Em sessão acontecida em 28/09/2016, o relator Ministro Marco Aurélio manteve o voto proferido, realizando uma adequação para análise do Plenário: “O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso”.

## **CONCLUSÃO**

Verifica-se que a questão da judicialização do direito à saúde e o crescente ativismo judicial vem causando impactos severos no orçamento da Administração Pública, prejudicando todo o planejamento voltado às políticas públicas.

Não se discute a vida como bem maior e a faculdade concedida pela Constituição Federal no tocante ao acesso à justiça, não podendo se impedir o cidadão de buscar todos os meios para garantir o direito à saúde.

Contudo, o Sistema Único de Saúde não vem comportando os constantes abusos, estes principalmente ligados à tentativa de acesso a medicamentos de altíssimo custo e muitas



vezes sem um estudo detalhado de sua efetividade, mesmo por aqueles que detêm condição financeira para arcar com o tratamento.

Não se adentrará na discussão da indústria dos medicamentos e o financiamento à classe médica para divulgação de medicamentos ainda em fase de experimento, medicamentos concebidos como “a salvação”, mas tais condutas novamente comprometem todo o funcionamento do sistema.

Além da conduta odiosa acima exposta, não podemos deixar de destacar a atuação de certos advogados que vêm nas ações de medicamentos um meio para ganho de honorários, muitas vezes de valor bem superior ao valor do medicamento pretendido.

A análise dos recursos extraordinários com repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal se mostra como uma oportunidade de se reduzir o uso indiscriminado das ações judiciais, atingindo a pacificação social.

É mais que urgente a necessidade de se estabelecer requisitos para o acesso do cidadão ao fornecimento de medicamentos. A saúde pública está na Unidade de Terapia Intensiva – UTI. Em breve diante da demanda de alguns, toda uma coletividade será cabalmente prejudicada.

Como já dito e redito pelo Supremo Tribunal Federal, o direito à saúde não é alcançado com reiteradas decisões judiciais, mas com políticas públicas que alcancem aqueles que realmente precisam.

#### **REFERÊNCIAS:**

<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2016/06/1781875-judicializacao-da-saude-em-sp-chegara-a-r-12-bi-em-2016-diz-secretario.shtml>

<http://portal.anvisa.gov.br/institucional>

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional – 30. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

STF, Rel. Min. Celso de Mello, AGRG. no Recurso Extraordinário n. 271.286-8 Rio Grande do Sul, DJ. 24/11/2000.

STF, Rel. Min. Marco Aurélio, Recurso Extraordinário n. 566471.

STF, Rel. Min. Marco Aurélio, Recurso Extraordinário n. 657718.

STF, Min. Luís Roberto Barroso, Recurso Extraordinário n. 566471.

STF, Min. Luís Roberto Barroso, Recurso Extraordinário n. 657718.

\*\*\*

### **FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO**

### **SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT UNDER THE PERSPECTIVE OF ECONOMIC LAW REVIEW**

GT2 – Globalização, Direito e Economia

FERNANDA GRANJA CAVALCANTE DA COSTA

UNIMAR

nanda8143@hotmail.com

JUSSARA BORGES FERREIRA

UNIMAR

jussara@bflaw.adv.br

## **RESUMO**

O trabalho pretende abordar a função social do contrato sob o viés econômico, utilizando-se, para tanto, o instrumental da Análise Econômica do Direito, que considera a teoria finalística da construção do ordenamento jurídico para uma otimização de recursos. Para tanto, parte-se da definição usual de função social do contrato e demonstra-se, pela aplicação do ponto de vista econômico, que tal definição não é tão social assim, mas, principalmente, individual, visto que a real função social do contrato, a par de auxiliar o mercado na troca de bens e serviços, não traz prejuízos para a sociedade.

Palavras-chave:

Análise econômica do Direito. Função social do contrato. Mercado.

## **ABSTRACT:**

The work aims to address the social function of the contract under the economic bias, using up to both the instrumental of Economic Analysis of Law, which considers the teleological theory of the construction of the legal system for resource optimization. Therefore, it is normally usual definition of social function of the contract and is demonstrated by applying the economic point of view, that such a definition is not as social as well, but mainly individual, as the real social function of the contract, along with assisting the market in exchange for goods and services, does not bring harm to society.

Keywords:

Economic Analysis of Law. Social function of the contract. Marketplace.

## **INTRODUÇÃO**

Apregoa-se no meio acadêmico que a função social do contrato significa analisa-lo considerando sua finalidade no meio social. Assim também é quando se fala de função social da propriedade ou de qualquer outro instituto de Direito Privado a que se tenha dado funcionalidade.

Em decorrência da difusão de tal pensamento, seja no meio acadêmico, doutrinário ou jurisprudencial, a função social do contrato se tornou um dogma, dificultando sua análise sob outros prismas. Esse cenário trouxe, conseqüentemente, a falta de investigação acerca dos seus reflexos na sociedade.

O Judiciário, também é influenciado pelo sentido mais difundido da expressão, passou a intervir, quando acionado, nos litígios contratuais, oferecendo soluções questionáveis em seus julgados, a pretexto de fazer cumprir a função social do contrato.

De acordo com Antônio Porto (2013, p. 10), a Análise Econômica do Direito é a disciplina que estuda o Direito e suas instituições tendo como base a racionalidade individual, aplicando a teoria econômica e os métodos econométricos.

Essa análise considera o ambiente normativo no qual os agentes econômicos atuam e sua influência sobre o comportamento deles. “Nesta perspectiva, sustenta-se que o juiz, ao julgar, deve-se guiar pelos parâmetros legais sem olvidar das conseqüências econômicas e sociais das decisões que toma, pois estas têm reflexos nos negócios.” (MENEZES, 2007, p. 8).

Partindo dessa análise econômica, a realidade tem demonstrado, muitas vezes, que a alegada função social do contrato, além de trazer benefício exclusivamente para a parte do litígio que a alega, acaba por trazer prejuízo para a sociedade, deixando, portanto, de exercer uma função genuinamente social.

## **DESENVOLVIMENTO**

O atual Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei 10.406/02, fez uma alteração principiológica do Direito Privado, buscando valorizar a eticidade, a socialidade e a operabilidade. Especificamente ao que diz respeito ao princípio da socialidade, o Código Civil de 2002 procurou superar o caráter individualista e egoísta que imperava na codificação anterior, de modo que os grandes ícones do Direito Privado passaram a receber uma denotação social: a família, o contrato, a propriedade, a posse, a responsabilidade civil, a empresa, o testamento. (TARTUCE, 2014, p. 47-48)

Essa mudança foi, em verdade, precedida e influenciada pela Constituição Federal de 88 que trouxe, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, além de diversos direitos sociais positivados, deixando claro a prevalência dos interesses sociais. Dentre os diversos institutos que receberam denotação social, a única que, expressamente, tem sede constitucional é a função social da propriedade (artigos 5º, XXII e XXIII, 170, III, todos da CF/88). O Código Civil de 2002, por sua vez, tipificou a função social dos contratos, em seu artigo 421, segundo o qual “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, objeto do nosso estudo.

A função social do contrato é definida por Flávio Tartuce (2014, p. 48) como um princípio contratual de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade.

O contrato era visto, até então, como um instrumento de satisfação dos interesses particulares, fazendo lei entre as partes, em claro diálogo entre os princípios da força obrigatória do contrato (*Pacta Sun Servanta*) e da autonomia contratual.

É consenso que a presença da coerção é necessária para a efetividade do contrato. Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 62-63), “a tutela da confiança, a segurança jurídica dos pactos, a utilidade social dos contratos e a justiça contratual são alguns dos fatores, levantados pela doutrina, como justificadores para que haja força vinculante aos pactos”.

Porém, a conotação social dada ao contrato limitou o princípio da força obrigatória, passando a permitir as chamadas trocas úteis e justas. Nesse sentido, afirma o Enunciado 22 do Conselho da Justiça Federal: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”. O contrato, agora, deve ser socialmente justo, ainda que, para isso, seja necessário mitigar sua força obrigatória, limitando a autonomia das partes.

O sentido mais difundido da função social do contrato ainda é este, visto com o propósito de equilibrar os poderes econômicos e fáticos entre as partes, sob a ótica da justiça distributiva inerente ao Estado Social (TIMM, 2008, p. 3). O princípio da função social do contrato, nesse sentido, acaba por permitir a intervenção estatal mediante a revisão judicial dos contratos ou através de normas cogentes.

Ocorre que, ao analisarmos a função social do contrato sob um viés econômico, perceberemos que nem sempre essa interferência estatal será economicamente eficiente, podendo trazer mais custos do que benefícios para a sociedade e, portanto, não atender a real função social do contrato (TIMM, 2008, p. 4).

A Análise Econômica do Direito – AED propõe, como o próprio nome sugere, analisar o Direito e as instituições legais a partir da teoria econômica. Essa análise pressupõe uma interdisciplinaridade entre as ciências, compreendendo o Direito como uma ciência não isolada das demais (TOKARS, 2008, p. 3).

Direito e Economia aparentemente possuem propósitos distintos. Enquanto o tema que norteia o Direito é a justiça, a Economia se ocupa com a eficiência. Porém, como ensina Antônio Porto (2013, p. 10-11) “o mundo globalizado, entretanto, não se pode mais pensar nessa clivagem de conteúdo epistemológico entre tais ciências”. A AED seria,

então, a aplicação de uma perspectiva de eficiência às normas legais, avaliando-as de acordo com um critério que determine se eles facilitam ou atrapalham o uso eficiente dos recursos.

No mesmo sentido, Vinicius do Nascimento (2014, p. 3) afirma que “os contratos empresariais não podem ser compreendidos apenas do ponto de vista da eficiência econômica, pois é essencial assimilar os limites impostos pelo conjunto de instituições”. De igual forma, os contratos não podem ser pensados apenas sob o ponto de vista jurídico, visto que é necessário reconhecer a existência do mercado, espaço no qual os contratos ocorrem (TIMM, 2008, p. 23).

Nessa perspectiva, o Direito é entendido como uma instituição que deve promover a eficiência, “não deve ser usado para corrigir aspectos de distribuição ou desigualdade social [...] existem outros mecanismos, como a política fiscal ou orçamentária, que podem corrigir esses aspectos com um menor custo social” (PORTO, 2013, p. 14).

Inicialmente é necessário retomar, ao lado da noção de mercado, alguns conceitos essenciais da microeconomia em vista de sua aplicação na AED. O mercado, por exemplo, é definido como forma eficiente de alocação de recursos. Falhas de mercado, por sua vez, são circunstâncias que levam um sistema de livre mercado à alocação ineficiente de bens e serviços. (ibid, p. 21).

Dentre as falhas de mercado podemos citar as externalidades. Externalidade é o impacto da ação de um agente sobre um terceiro que não participou dessa ação. Esse impacto pode ser benéfico ao terceiro, quando há a externalidade positiva, ou maléfica, sugerindo a externalidade negativa.

Portanto, as externalidades podem ser positivas ou negativas, a depender se ela acarretar benefícios ou custos, respectivamente, ao terceiro alheio à ação. Externalidades negativa são ações que geram custos indiretos a terceiros (ibid, p. 26).

Partindo dessas premissas econômicas, fazendo um elo com a relação contratual, percebe-se que a interferência estatal em favor da parte mais fraca pode ser fonte de externalidades negativas, impedindo ou prejudicando as negociações. Em outras palavras, desarranjando o mercado, que é estruturado sobre as expectativas dos agentes econômicos (TIMM, 2008, p. 4).

Nesse sentido, os agentes econômicos, ao elaborarem e firmarem contratos levam em consideração a tomada de decisão dos outros envolvidos, direta e indiretamente, e, a partir daí, decidem qual a melhor estratégia, se internalizar ou não os custos dessa transação.

Nesse momento, insta trazer à baila outra teoria de ordem econômica conhecida como “a teoria dos jogos”, que estuda a tomada de decisões entre os indivíduos quando o resultado de cada um depende das decisões dos outros, numa interdependência similar a um jogo (BARRICHELO, 2016, p. 1).

Nesse sentido, se afirma que a interferência estatal, na maioria das vezes através de decisões judiciais, favorece apenas a parte considerada mais fraca no litígio, prejudicando interesses coletivos, ao desarranjar o mercado, interferindo na realização de novos contratos.

Conclui-se que o custo de uma ação judicial individual será maior para a sociedade do que se o contrato fosse cumprido integralmente pelas partes e não fosse necessário acionar a justiça para fazer a parte “mais forte” da relação contratual cumprir algo não previsto contratualmente.

Quando as pessoas realizam uma negociação, elas chegam a um acordo quanto às condições de interação e cooperação. Em algumas situações, essas condições de interação e cooperação são impostas pelo Direito. Ocorre que as condições estabelecidas pelo legislador são, muitas vezes, menos eficientes se comparadas com condições que decorrem de acordos entre as partes (PORTO, 2013, p. 41).

Esse raciocínio originou outro teorema econômico, conhecido como Teorema de Coase. O Teorema de Coase sugere que as partes do negócio podem solucionar o problema das externalidades entre si, chegando a um acordo, desde que os custos da transação não sejam excessivos, vale dizer, desde que todos fiquem numa situação melhor.

Em outras palavras, o Teorema de Coase afirma que as externalidades ou ineficiências econômicas podem ser vislumbradas e corrigidas pela negociação entre as partes afetadas, sem a necessidade de intervenção do Estado, bastando, para isso, que os custos da negociação não sejam tão elevados e que os direitos estejam bem definidos no contrato. Como exemplos de custos de transação, podemos citar os custos de negociação, os custos de cumprimento de contrato e, inclusive, o custo da máquina pública pela prestação jurisdicional.

Aí residiria a real função social do contrato, visto que num ambiente de segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade de direitos e deveres, os agentes econômicos podem contratar livremente, fazendo circular bens e serviços e, conseqüentemente, contribuindo economicamente para o crescimento daquela comunidade.

Nesse sentido, Luciano Timm (2008, p. 4) explica que “a excessiva intervenção judicial nos contratos pode trazer instabilidade jurídica e insegurança ao ambiente econômico, acarretando mais custos de transação às partes, para que negociem e façam cumprir os pactos”.

De acordo com Timm (ibid, p. 21) “a economia não entende o contrato como um elo solidário entre pessoas, mas como uma transação de mercado, de modo que uma parte somente irá cooperar com a outra se for do seu interesse”. A relação contratual é celebrada nesse cenário de mercado, num espaço que existe para facilitar a troca e bens e serviços, reduzindo, conseqüentemente, os custos de operações de trocas. Nesse ambiente, as partes contratantes são e devem ser individualistas, não há espaço para a solidariedade se o que estimula cada um é o próprio interesse. Numa relação contratual, os interesses coletivos só são pensados e afetados de maneira reflexa, nunca diretamente.

Diante disso, a função social do contrato também deve ser revista, rediscutida e adequada. Não para que os contratos realizem a justiça distributiva, mas para que traga reais benefícios à sociedade, ao garantir segurança para que as negociações aconteçam.

Portanto, bens e serviços deverão circular de acordo com o que foi expresso no contrato. Isso gerará riqueza na sociedade, visto que as transações ocorrerão visando o melhor custo-benefício vislumbrado pelas partes. A principal função social do direito contratual, então, é possibilitar a ocorrência dos contratos, as trocas no mercado, minimizando os custos da negociação.

No sentido ora atual da expressão, volta-se a dizer, a função social resta prejudicada, diante das interferências estatais em prol de proteger uma das partes da relação pensadas como mais fracas, posto que a consequência da interferência estatal é o aumento dos custos do mercado. (ibid, p. 4)

Um exemplo pode ser vislumbrado nos contratos de seguro, que é um negócio que envolve cálculos e, portanto, cabe a aplicação econômica do direito. Suponha que a parte contratante descumpra o contrato e aciona judicialmente a seguradora, exigindo que segure algo não previsto no contrato, sob a alegação de ser a parte mais fraca da relação. Uma vez que o Judiciário condene a seguradora nesse sentido, a consequência será a insegurança jurídica, aumento dos riscos e, naturalmente, o aumento no valor de seguros.

Inevitavelmente, quanto maior a cobertura e quanto maior o risco, maior será o preço. Se as empresas de seguro verificam que, em havendo litígios processuais, a intervenção jurisdicional tende a lhes impor o cumprimento do contrato ainda que diante o

descumprimento da parte contrária, a título de função social do contrato, a consequência será o aumento no valor dos contratos de seguro, repassado à coletividade.

Percebe-se que a sociedade não faz parte da relação diretamente, mas pode e tem sido prejudicada pela excessiva intervenção judicial nos pactos privados. A intervenção estatal, portanto, tem gerado externalidades negativas.

Não se prega aqui a incoerência de externalidades ou de custos de transação. Os custos de transação existem e, eventualmente o Estado terá que intervir. Porém, ações judiciais privadas não são a melhor forma de se fazer regulação, justiça social ou política pública. Para isso já existe a política fiscal ou orçamentária.

Não se faz política pública por meio de decisões judiciais. Intervenções judiciais são necessárias, mas na dose certa e pelos meios corretos. O Direito e suas instituições, na AED, devem entender e trabalhar com o conceito de eficiência.

### CONCLUSÃO

A Análise Econômica permitiu conhecer o papel social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, garantindo segurança e a previsibilidade nas operações, reforçando a estrutura deste mesmo mercado.

A partir dessa análise, percebeu-se que a função social do contrato difundida atualmente não leva em consideração os prejuízos que a intervenção estatal, especialmente a judicial, a pretexto de cumpri-la, traz para essa mesma sociedade.

Conclui-se, com isso, que os contratos podem atuar como redutores de custos de transação, reduzindo os custos do intercambio e facilitando a operacionalização do mercado, desde que sejam cumpridos, respeitados e regulamentados.

Ademais, o Judiciário pode contribuir com esse cenário, incentivando o cumprimento do contrato pelas partes e punindo o descumprimento ilegal, de má-fé, ocasionado muitas vezes pela parte que se diz fraca na relação.

### REFERÊNCIAS

BARRICHELO, Fernando. A Teoria dos Jogos. Disponível em: <<http://www.cienciaestrategia.com.br/teoriadosjogos/capitulo.asp?cap=i2>>. Acesso em: 09 out. 2016.

LÔBO, Paulo. Direito Civil. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES, David Curtinaz. Reformulação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e suas implicações na redução dos custos de transação. Disponível em: <[http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2007/ii-premio-seae-2007/1\\_lugar\\_tema\\_1Est.pdf](http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2007/ii-premio-seae-2007/1_lugar_tema_1Est.pdf)>. Acesso em: 07 out. 2016.

NASCIMENTO, Vinicius de Souza. Análise econômica do Direito do Estado, A intervenção estatal e seus custos. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46654/analise-economica-do-direito-do-estado>>. Acesso em: 11 out. 2016.

PORTO, Antônio José Maristello. Análise Econômica do Direito – texto e casos geradores. Apostila. Disponível em: <[http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf)>. Acesso em: 09 out. 2016.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. Seminário - Ainda sobre a função social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. Disponível em:

<<http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Luciano%20Timm.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

TOKARS, Fábio. Por uma *law and economics* tupiniquim. Disponível em:  
<<http://www.marinsbertoldi.com.br/artigos/por-uma-law-and-economics-tupiniquim/>>.  
Acesso em: 19 set. 2016.

\*\*\*

## **O SISTEMA DE GARANTIAS DE DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL**

### **CHILDREN'S RIGHTS GUARANTEES SYSTEM AND TEENS IN BRAZIL**

GT3 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

AUTOR

GLAUCIA SILVA LEITE

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL – UFMS

[ivancorrealeite@hotmail.com](mailto:ivancorrealeite@hotmail.com)

COAUTORA

IVAN CORRÊA LEITE

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR

[glaucia@advcorrea.com.br](mailto:glaucia@advcorrea.com.br)

**RESUMO:** O direito da criança e do adolescente é um conjunto de disposições legais que tem por objetivo reger a atividade comunitária em relação aos mesmos. Desse modo, na eventualidade de ser constatada alguma ameaça ou violação aos direitos infanto-juvenis, deve-se acionar os órgãos que integram o sistema que garante os direitos das crianças e adolescentes no intuito de garantir a aplicação do Princípio da Proteção Integral, que é a principal fonte do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

**Palavras-chave:** Direito.Garantias.Sistema.

#### **ABSTRACT:**

The right of children and adolescents is a set of laws which aims to govern the community activity for the same. Thus, in the event of being found any threat or violation of child and adolescent rights, should trigger the organs of the system that guarantees the rights of children and adolescents in order to ensure the implementation of the Comprehensive Protection Principle, which is the main source of the Child and Adolescent - ECA.

Keywords: Guarantees.Law.System

#### **INTRODUÇÃO**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, diversas alterações modificaram a situação das crianças e dos adolescentes brasileiros, desse modo, a sociedade e o Estado passaram a assegurar diversos direitos como prioridades, entre os quais direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação e outros elencados no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, determinando a responsabilidade não só para o Estado, mas também para a sociedade e para a família. A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem diretrizes e políticas de atendimento relacionadas às crianças e adolescentes. Os artigos

86 a 88 do ECA, definem o que deve ser realizado através de um conjunto articulado de ações, tanto provenientes de instituições governamentais e não-governamentais, nas esferas Federal, Estadual e Municipal, sendo que entre os principais pontos abordados por estes dispositivos normativos, verificam-se políticas sociais básicas, programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que dele necessitem, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão, serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos, proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e adolescente.

Além destas linhas de ação são apresentadas as diretrizes que norteiam as políticas para melhor atendimento de proteção das crianças e adolescentes, o art. 88 do ECA estabelece que são diretrizes da política de atendimento a municipalização do atendimento, a criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federais, estaduais e municipais, a criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa, a manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente, a integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional e a mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.

Fica claro que o ECA, determina a participação da sociedade na fiscalização e a efetivação dos direitos da criança e do adolescente, decorrendo daí o surgimento do Sistema de Garantia de Direitos Das Crianças e Dos Adolescentes que deve ser integrado entre a sociedade em geral e os órgãos públicos, ficando sob a responsabilidade de todos o cumprimento das normas e diretrizes a serem aplicados.

## **DESENVOLVIMENTO**

O Sistema de Garantia de Direitos é articulado através de três formas, a promoção, o controle e a defesa, que envolvem vários órgãos e instituições do poder público na esfera federal, estadual e municipal, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as delegacias, hospitais, abrigos, fundações e vários outros que devem estar articulados em rede, como um só sistema de integração.

Murillo José Digiácomo ensina que a rede cria a necessidade de pensar horizontalmente, na visão de que não há uma autoridade suprema, não há hierarquia entre órgãos e sim junção de atividades, interação entre órgãos e entidades da administração pública, verificando que se faz necessário a total integração e concretização das diretrizes de proteção da criança e do adolescente, na visão do sistema em rede, onde deverá ocorrer a total valorização dos mesmos.

Do mesmo modo, Edson Sêda esclarece sobre a importância do princípio da descentralização do poder, para a melhor adequação de políticas públicas e priorização dos direitos sociais das crianças e adolescentes.

Importante ressaltar ainda que de acordo com a lei não é responsabilidade apenas dos órgãos públicos a efetivação do sistema de proteção às crianças e adolescentes, mas também de toda sociedade civil.

Apesar da previsão normativa e ciência de todos os atores que trabalham na defesa das crianças e adolescentes, a atuação como rede de proteção tem sido efetivada apenas por alguns órgãos e mesmo assim com algumas deficiências. Dentre esses órgãos e instituições estão o CONANDA, os CEDCAs, os CMDCA's, o Poder Judiciário, o



Ministério Público, a Defensoria Pública, as Secretarias de Segurança Pública e outros órgãos e instituições com funções similares e os Conselhos Tutelares.

A previsão normativa de cada um desses órgãos e instituições no sistema de proteção é de fundamental importância, assim o CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes possui como funções principais definir as políticas voltadas para a área das crianças e adolescentes, poder para fiscalizar as ações executadas pelo poder público, ser responsável pelo Fundo Nacional da Criança e Adolescente (FNCA), distribuindo as verbas de forma proporcional, defender e promover os direitos das crianças e dos adolescentes conforme estabelecido no ECA, dever de definir as diretrizes que serão traçadas em âmbito estadual e municipal e também pelos Conselhos Tutelares, dever de acompanhar a elaboração e a execução do Orçamento da União, verificando se os recursos necessários para a execução das políticas de promoção e defesa dos direitos da população infanto-juvenil estão assegurados.

Em relação aos CEDCAS - Conselhos Estaduais dos Direitos da Criança e Adolescente são órgãos colegiados existentes em cada estado da Federação, que possuem atribuição para dispor sobre a Política Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente da sua área de atuação e que estabelece normas gerais de atendimento e defesa dos direitos das crianças e adolescentes.

Estes conselhos são órgãos deliberativos, de caráter permanente e de composição paritária entre o Poder Público e a sociedade civil, tendo por finalidade deliberar sobre as políticas de atendimento, promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, bem como definir prioridades e controlar as ações voltadas para essas faixas etárias da população.

Os CMDCA's - Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e Adolescente são considerados os principais meios para discussão e formulação das políticas para a infância e a adolescência em âmbito municipal, pois visam estabelecer políticas e gerenciar recursos além de elaborar, deliberar e fiscalizar todos os trabalhos voltados à criança e ao adolescente, bem como efetuar a elaboração de diagnóstico sobre a situação de crianças e adolescentes no município, o registro de funcionamento e a fiscalização de entidades não-governamentais e a construção de uma rede de proteção intersetorial das políticas públicas voltadas para garantir a cidadania infanto-juvenil.

No que se refere ao Poder Judiciário, verifica-se que no período anterior a existência do Estatuto da Criança do Adolescente – ECA havia o “Juiz de Menores” que possuía poderes quase ilimitados. Atualmente, com o ECA, o juiz da infância tem suas funções mais delimitadas, representando o Poder Judiciário, em nome do Estado, desenvolvendo os atos jurisdicionais, instruindo e atuando como julgador nos processos onde se discute os interesses das crianças e adolescentes em situação de risco, ameaça ou que têm seus direitos violados. Também é o juiz da infância quem “julga” os adolescentes infratores, aplicando-lhe as medidas sócio-educativas cabíveis, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com relação à resolução das questões referentes a crianças e adolescentes, com o surgimento do ECA, o juiz da infância e juventude tornou-se responsável apenas pelos aspectos jurisdicionais; os aspectos administrativos ficaram a cargo do Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente, que tem natureza administrativo-contenciosa.

O Estatuto da Criança e do Adolescente atribuiu ao Ministério Público às funções previstas nos artigos 200 a 202. Suas atribuições podem ser resumidas em duas competências principais: atuação em ações públicas, ou seja, das ações que tratam da prevalência do interesse da sociedade sobre o individual. Desta forma, com relação às questões que envolvem crianças e adolescentes, cabe ao Ministério Público dar início ao procedimento de apuração de ato infracional praticado por adolescente; e Fiscal da Lei,

competindo-lhe acionar a Justiça sempre que algum direito fundamental da criança ou do adolescente for violado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê nos artigos 206 e 207 que toda criança e adolescente deve ser acompanhado por advogado de sua escolha na solução da lide, ou por Defensor Público, respeitado o segredo de justiça.

Como se observa, a lei assegura os direitos às crianças e adolescentes e garante a orientação e a defesa dos seus direitos, como a ampla defesa e o contraditório, entre outros princípios constitucionais, tanto antes como no curso de um eventual processo.

A Defensoria Pública tem se destacado na defesa dos adolescentes que respondem pela prática de ato infracional, mormente porque em sua maioria são hipossuficientes social e economicamente.

Quanto à Secretaria de Segurança Pública, os órgãos que a integram direta ou indiretamente e os similares, a lição do educador e psicólogo Antônio José Ângelo Motti é salutar ao destacar que as polícias são segmentos imprescindíveis no processo de garantias de direitos, principalmente em se tratando da responsabilização de agressores, de exploradores, de traficantes de crianças, etc.

Por fim os Conselhos Tutelares que possuem a missão de zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes, e é considerado um órgão público municipal, instituído por lei municipal.

Ao Conselho Tutelar compete deliberar e agir aplicando as medidas práticas pertinentes sem interferência, exercendo suas funções com independência, inclusive para relatar e corrigir distorções existentes na própria administração municipal, relativas ao atendimento das crianças e adolescentes. No entanto, suas decisões só podem ser revistas pelo juiz da Infância e da Juventude, a partir de requerimento de quem se sentir prejudicado.

Importante observar que apesar de ser um órgão autônomo e não jurisdicional, as suas ações são passíveis de fiscalização pelos órgãos que protegem os interesses das crianças e dos adolescentes.

Vale ressaltar ainda que o Conselho Tutelar é um órgão permanente, pois uma vez instituído não mais pode ser excluído, ocorrendo apenas a renovação de seus membros a cada três anos.

O Conselho Tutelar deve ser utilizado como meio de transmitir às Crianças e aos Adolescentes a cidadania, atuando como aconselhador em atendimento as Crianças, Adolescentes, Pais e demais familiares.

## **CONCLUSÃO**

Como visto, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No entanto raras vezes é o que ocorre, por vários problemas e principalmente por falta de capacitação dos profissionais que trabalham com as crianças e com os adolescentes. Desse modo, muitos deles atuam ainda com base no antigo “Código do Menor”, que não está mais em vigor. Esse tipo de atitude é contrário à integração dos trabalhos relacionados à criança e ao adolescente. Além do que muitos dos órgãos que integram o referido sistema não possuem interesse de atuar em rede, entendendo que sua atuação é o bastante para solucionar as questões.

Insta salientar que As Organizações Não-Governamentais com atuação na área da infância e adolescência possuem um papel peculiar no sistema, pois representam a sociedade civil, no entanto, por falta de verbas, já que sobrevivem de doações e repasses

financeiros que muitas vezes são insuficientes, mal conseguem atender pequenos grupos específicos, não auferindo os objetivos para o que foram instituídas. Desse modo conclui-se que para o efetivo funcionamento do Sistema de Garantias de Direitos das Crianças e Adolescentes, necessários que todos os órgãos do sistema trabalhem de fato em rede, cada um cumprindo o seu papel, mas de forma integrada buscando solucionar os inúmeros problemas atinentes a esta área.

## **REFERÊNCIAS**

- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DIGIÁCOMO, Murillo José. O sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente e o desafio do trabalho em “rede”. Disponível em: <[http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Sistema\\_Garantias\\_ECA\\_na\\_Escola.pdf](http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Sistema_Garantias_ECA_na_Escola.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2016.
- MOTTI, Antônio José Ângelo, PAIR – Programa de Ações Integradas e Referenciais de Enfrentamento à Violência Sexual Infanto-Juvenil no Território Brasileiro, Campo Grande: editora UFMS, 2006.
- SEDA, Edson Moraes. Infância e Sociedade: Terceira Via. São Paulo: Edição Adês, 1998.

\*\*\*

## **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL**

### **MUNICIPAL LAW CONSTITUTIONALITY CONTROL**

#### **GT 2 – GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA**

LUÍZA ANDREA CORREIA TONCHIS  
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR  
e-mail: [andreatonchis@hotmail.com](mailto:andreatonchis@hotmail.com)

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO  
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR  
e-mail: [mariadefatimaribeiro@uol.com.br](mailto:mariadefatimaribeiro@uol.com.br)

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo analisar o Controle de Constitucionalidade de Lei Municipal, procurando, em um primeiro momento, demonstrar as raízes do Município desde o período Colonial até seu reconhecimento como ente federado pela Constituição Federal de 1988, integrando-o a ordem administrativa e política e com autonomia para legislar, inclusive de elaborar sua própria Lei Orgânica. Também, serão pontuados os controles de constitucionalidades regentes no ordenamento jurídico pátrio e suas especificidades, assinalando seus momentos de atuação, especialmente com relação à verificação de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais pelos órgãos jurisdicionais de controle, tendo como parâmetro a Constituição Federal, Estadual e também a Lei Orgânica Municipal.  
**Palavras-chave:** Controle; Constitucionalidade; Lei Municipal.

**Abstract:** This study aims to examine the Constitutionality Control Municipal Law, looking, at first, to demonstrate the City of roots from the Colonial period to its recognition as a federal entity by the Federal Constitution of 1988, integrating it with administrative and policy and autonomy to legislate, including drafting its own Organic Law. Also, will be scored the constitucionalidades regents controls the paternal law and its specific features, marking its moments of action, especially with regard to the verification of constitutionality of laws and municipal normative acts by the courts control, having as parameter the Federal Constitution, State and also the Municipal Organic Law.

**Keywords:** Control; Constitutionality; Municipal Law.

## **INTRODUÇÃO**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Município ganhou posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro ao ser reconhecido como integrante da República Federativa, assumindo, a partir daí, novas responsabilidades politico-administrativas em decorrência do novo modelo de Pacto Federativo. O Município ganhou autonomia e independência suficientes para se igualar as demais esferas políticas já consagradas em Constituições anteriores, podendo elaborar sua Lei Orgânica, editar leis e atos normativos de interesse local, complementando a legislação federal e estadual no que for compatível. Dentro dessa lógica, toda lei ou ato normativo editado pelo Município só serão válidos se estiverem em consonância com a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro, sendo criados controles de constitucionalidades para essa aferição visando a adequação ou a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Constituição Federal, em obediência ao Princípio da Supremacia Constitucional. Mesmo diante de uma autonomia garantida pela Constituição Federal de 1988, em um modelo de repartição de competências de três níveis, o Município verga diante de um sistema misto de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil. Assim, suas emanções normativas estão sujeitas ao crivo de controle de constitucionalidade, aqui interessando o jurisdicional (posterior ou repressivo) de constitucionalidade, seja pela via de ação ou pela via de exceção. No controle jurisdicional difuso (pela via de exceção), o controle de constitucionalidade é realizado por qualquer juiz ou tribunal, diante de um caso concreto, por meio de uma ação indireta. Ao contrário, no controle jurisdicional concentrado (pela via de ação), o controle de constitucionalidade é exercido por um só tribunal ou tribunal especial, em um processo abstrato, por meio de uma ação direta.

## **DESENVOLVIMENTO**

Logo após a declaração da independência do Brasil Colônia nasce a Constituição do Império que cuidou de instituir um Poder Moderador, mas sem consagrar um controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário e os municípios não passavam de mera divisão administrativa, estrutura rompida anos mais tarde com o golpe militar de 1889. Pouco depois, nasce à primeira Constituição da República, de 1891, e o constituinte, influenciado pelo modelo dual clássico norte-americano, não reconheceu o município como ente federativo. Nesse período, “[...] a divisão do território se circunscreve apenas à dimensão administrativa, não possuindo qualquer substância política” (MAGNOLI, 1997, p. 93).

Até a promulgação da Constituição de 1946, o município não recebeu qualquer tutela do Estado e o federalismo implantado em 1891, perdeu sustentação. A Constituição de 1946 rompe o regime ditatorial e se preocupa discretamente com o controle constitucional de leis municipais e, mesmo assim, não reconheceu o efeito “erga omnes” das decisões,

mas admiti o controle concentrado, sendo o Procurador Geral da República o único legitimado para propor a representação.

Anos mais tarde o controle de constitucionalidade ganha corpo, passando a navegar na ordem constitucional brasileira com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (conhecida como Constituição de 1969), que suprimiu as omissões diagnosticadas anteriormente, passando a admitir o controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais, de competência dos Tribunais de Justiça, além de prescrever a possibilidade de intervenção do Estado no Município por violação às Constituições Estaduais.

Com a Constituição Federal de 1988, o Município é reconhecido como Ente Federativo, podendo promulgar sua Lei Orgânica, nos termos de seu artigo 29, e, ainda, instaurar um novo regramento constitucional de Controle de Constitucionalidade de atos normativos e de leis municipais e “[...] é provável, inclusive, que não se encontre em outro local do mundo uma instituição com as mesmas características do que as encontradas no solo brasileiro” (COSTA, 2015, p. 35).

Com isto, foi implantado no Brasil um federalismo tridimensional, dotando os Municípios de autonomia política e consequentemente integrando-os a República Federativa e para Hely Lopes Meirelles “[...] a Federação brasileira não dispensa nem prescinde do Município na sua organização constitucional. Segue-se, daí, que o Município brasileiro é entidade político administrativa de terceiro grau, na ordem descendente da nossa Federação: União - Estados – Municípios” (2008, p. 47).

Desde então, o Município conquista autonomia constitucional, inaugurando um novo modelo de Estado Federal que se posta como “[...] uma aliança ou união de Estados” (DALLARI, 1998, p. 92), em que a União detém a soberania e os Estados-partes uma autonomia política limitada, mas impossibilitados de romperem o pacto federativo por força do Princípio da Indissolubilidade do Vínculo Federativo.

Com o novo status, a Constituição Federal de 1988 disciplina o regramento de controle de constitucionalidade das normas jurídicas como um todo e de forma geral dos atos normativos e leis municipais, impondo, noutro giro, observar o Princípio da Simetria Constitucional, o qual apregoa que o município está sujeito aos limites estabelecidos pela Constituição Federal que implantou “[...] um complexo sistema de controle da constitucionalidade no Brasil” (TAVARES, 2012, p. 304), o qual tem por premissa “[...] as Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão” (BONAVIDES, 2014, p. 303), destacando que “[...] controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição” (TEMER, 2008, p. 44).

O primeiro controle de constitucionalidade posterior ou repressivo implantado foi o difuso ou aberto, pela Carta Manga de 1891. Já o controle concentrado ou abstrato só apareceria no cenário constitucional anos mais tarde, com a Carta Constitucional de 1946, inclusive a nível Estadual.

Assim, a depender do momento a ser realizado, o controle de constitucionalidade pode ser:

- político, prévio ou preventivo: é o controle que recai sobre o projeto de lei e não sobre a lei propriamente dita e sua pretensão é impedir que alguma norma inconstitucional produzida pelo Poder Legislativo ingresse no ordenamento jurídico.
- jurisdicional, típico, posterior ou repressivo: é o controle que recai sobre a lei já editada e busca expulsar, do ordenamento jurídico a norma que nasceu e foi publicada em desrespeito à Constituição. Trata-se de um controle jurisdicional “misto”, ou seja, a regra é que esse controle seja realizado pelo Poder Judiciário, sendo que o termo “misto” se justifica por ser realizado tanto pela via do controle difuso, concreto (aberto ou indireto de constitucionalidade), como pela via do controle concentrado, abstrato (ou direto de constitucionalidade).

No controle difuso ou aberto da constitucionalidade pela via de defesa ou de exceção, a declaração de inconstitucionalidade é a causa de pedir e dar-se-á de modo incidental (sobre a questão principal do processo), podendo ser arguida perante qualquer Juiz ou Tribunal, diante de um caso concreto que analisará a compatibilidade das leis federais, estaduais e municipais com a Constituição Federal, para a satisfação de direito individual ou coletivo. Somente o titular do direito poderá argui-lo, seja em sede de Mandado de Segurança, Habeas Corpus ou qualquer outra ação.

A regra, no controle difuso, é que a declaração produz efeitos inter partes e retroativos (ex tunc), pois a lei é considerada nula desde a sua edição e a decisão não faz coisa julgada erga omnes, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade busca isentar o interessado, diante do caso concreto, do cumprimento da lei ou ato normativo produzido em desacordo com a Constituição, mas continua em vigor com relação a terceiros estranhos à ação. Daí a necessidade da declaração de inconstitucionalidade para o desfecho do caso concreto, mas não como o objeto principal da ação.

Importante salientar que se o controle for realizado pelos tribunais, deverá ser respeitada a previsão do artigo 97, da Constituição Federal, que prescreve a regra conhecida como cláusula de reserva de plenário, que garante a eficácia jurídica da declaração, já que o órgão fracionário (turma ou câmara) não pode afastar a lei – só o pleno do tribunal e por maioria absoluta de seus membros.

Contudo, a regra geral do efeito inter partes e retroativo comporta exceção. Assim uma vez declarada inconstitucional uma lei pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso, por decisão definitiva, é possível: 1) a modulação dos efeitos da decisão para o futuro ou ex nunc, em observância a segurança jurídica ou excepcional interesse público; 2) dar efeito erga omnes e ex nunc a decisão através de Resolução do Senado Federal que mandará suspender a execução da lei, no todo ou em parte, nos termos do artigo 52, X, da CF/88, que tem como objeto lei federal, estadual, distrital ou mesmo municipal, cumprindo anotar que o artigo 1º, §2º, do Decreto 2346/97, declara que se a resolução se referir exclusivamente à administração pública federal, direta ou indireta, o efeito da decisão será ex tunc. Por outro lado, por tratar-se de um ato discricionário e político, o Senado Federal não está obrigado a editar a resolução, mas se o fizer, estará adstrito exatamente aos termos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

A edição de Resolução pelo Senado Federal tem por fundamento possibilitar que os efeitos de uma lei declarada inconstitucional pelo controle difuso – inter partes – sejam estendidos a todos, indistintamente, a exemplo do que ocorre no controle concentrado.

Por sua vez, no controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade dar-se-á de modo principal ou principaliter, já que é a tutela jurisdicional principal (a causa petendi), e os legitimados para a propositura das ações competentes estão elencados no artigo 103, da Constituição Federal.

Já os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não ficam limitados às partes, como no controle difuso, e alcançam efeito erga omnes, ou seja, extensível a todos, já que o objetivo que se busca é a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais e para isto independe de um caso concreto. A medida visa garantir a segurança das relações jurídicas, que não pode fundar-se em normas inconstitucionais, o que faz da declaração de inconstitucionalidade o objeto principal da ação.

Reconhecida a inconstitucionalidade pela Suprema Corte ou pelos Tribunais de Justiça, a declaração emitida tem força imperativa, com efeitos vinculantes em relação às outras esferas do Poder Judiciário e à Administração Pública – inclusive municipal – afastando a incidência do controle difuso ou concreto de constitucionalidade.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988, contempla as espécies de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, sendo elas:

- 1 – Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI (artigo 102, inciso I, “a”, da CF/88).
- 2 – Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC (artigo 102, I, “a”, in fine, da CF/88).
- 3 – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO (artigo 103, §2º, da CF/88).
- 4 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (artigo 102, §1º, da CF/88).
- 5 – Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADIN Interventiva/Intervenção Federal (artigo 36, III, da CF/88).

Portanto, o controle de constitucionalidade difuso (concreto, incidental) pode ser exercido por qualquer Juiz ou Tribunal, tendo como característica principal a possibilidade de qualquer pessoa – física ou jurídica – pleiteá-lo em juízo.

Já no controle concentrado (abstrato, direto) a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 103, legitima àquelas pessoas que detém o direito de mover uma ação perante o Supremo Tribunal Federal e pleitear a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Também, no seu artigo 125, §2º, confere aos Tribunais de Justiça à competência para julgarem a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face das Constituições Estaduais.

Nesse contexto, é importante sublinhar que o juízo de controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo parte da própria Constituição Federal, por intermédio do Princípio da Supremacia da Constituição sobre os demais atos normativos e a existência desse controle depende da supremacia constitucional sobre a ordem jurídica de determinado Estado. É da rigidez constitucional que decorre, conforme Silva (2005, p. 45), o princípio da supremacia da constituição.

Dessa colocação exsurge o entendimento de compatibilidade vertical das normas em que as de menor grau só terão eficácia se forem compatíveis com as de grau superior e àquelas darão validade, ficando seu julgamento a cargo de um Juiz ou tribunal.

Assim, as leis infraconstitucionais estão subordinadas a Constituição e a ela devem se ajustar, como condição de sua validade e para isto são submetidas a um rígido controle, sendo de interesse o controle repressivo ou posterior de normas municipais, seja pela via de exceção ou pela via de ação, enfatizando que esse é um desafio para o Poder Judiciário, por encontrar dificuldades em aferir a constitucionalidade dos atos emanados pelos Municípios.

Quanto ao controle posterior ou repressivo de constitucionalidade, pela via incidental, ou difusa, há uma peculiaridade que é a possibilidade de ser exercido de forma ampla por qualquer Juiz ou Tribunal, tendo como objeto de controle uma lei ou ato normativo municipal e como parâmetro de constitucionalidade não só a Constituição Federal, como a Estadual e a própria Lei Orgânica do Município. Neste particular, a norma declarada inconstitucional, por via de exceção ou de defesa, permanece válida no ordenamento jurídico e produzindo seus efeitos para terceiro, sendo que a matéria recorrida em Juízo ou Tribunal pode ter sido emanada de qualquer ente federativo, inclusive pelo Município.

Anota-se, neste caso, que a declaração de inconstitucionalidade não faz coisa julgada por figurar como mera causa de pedir na competente ação, produzindo efeitos inter partes e retroativos (*ex tunc*). Contudo, e como exceção, a decisão poderá ter efeito erga omnes e irretroativos (*ex nunc*), pois “[...] a sentença declaratória da inconstitucionalidade de lei municipal em face da Carta Federal comporta, na via de defesa, recurso extraordinário” (BULOS, 2015, p. 210) e se o Supremo Tribunal Federal confirmar a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a matéria julgada poderá ser encaminhada ao Senado Federal para que este, em ato discricionário

(MORAES, 2016, p. 756), suspenda sua execução por meio de Resolução, nos moldes do artigo 52, X, da CF/88, dando efeito erga omnes (para todos) e ex nunc (a partir deste momento).

Como visto, o controle de constitucionalidade de leis municipais em face da Constituição Federal se mostra pleno e independente, porém restrito às partes envolvidas, salvo se o Senado Federal resolver estender, expandir seus efeitos à coletividade.

Ao contrário do controle difuso, por via de exceção (incidental), que pode ser exercido de forma ampla por qualquer Juiz ou Tribunal, o controle concentrado, ou por via de ação direta, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, a quem cumpre processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e também a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e no dizer de Uadi Lammêgo Bulo “[...] magistrados e tribunais não o exercitam, pois ele é exclusivo do órgão de cúpula do Poder Judiciário que, em nosso país, é o Supremo Tribunal Federal” (2015, p. 235).

Por outro lado, inexistente a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou atos normativos municipais que ofendam diretamente a Constituição Federal, sendo inadmissível qualquer provocação perante o Supremo Tribunal Federal ou Tribunal de Justiça. Neste caso, resta, apenas, a via indireta ou difusa, para análise do caso concreto por qualquer órgão do Judiciário, inclusive pelo STF, em sede de recurso extraordinário.

Excepcionalmente, é possível o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal pelo Supremo Tribunal Federal em face da Constituição Federal, que se dará pela via de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental por equiparação (artigo 102, §1º, da CF/88), não cabendo as demais espécies de ações de controle in abstrato por falta de previsão legal – artigo 102, I, a, da CF/88 – e no entender de Alexandre de Moraes (2016, p. 772):

Será inadmissível ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal ou perante o Tribunal de Justiça local, inexistindo, portanto, essa espécie de controle concentrado de constitucionalidade, pois o único controle de constitucionalidade de lei e ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite, em regra, é o difuso.

No entanto, é perfeitamente possível o controle abstrato de constitucionalidade da Lei Orgânica, de leis e atos normativos municipais pelos Tribunais de Justiça dos Estados em face das Constituições Estaduais. Tal controle só é possível por decisão da maioria absoluta dos membros dos tribunais e ainda assim depois de ouvido o Procurador Geral de Justiça. Essa competência foi consagrada nos artigos 25, caput e 125, §§ 1º e 2º, ambos da Constituição Federal, pois esse é também o entendimento de Rodrigo Cesar Rebello Pinho (2013, p. 68):

Reproduzindo a Constituição Estadual norma da Carta Federal de observância obrigatória nos Estados, é possível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, por afronta à Constituição Estadual, perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Muito embora a Lei Orgânica Municipal, para muitos, seja uma verdadeira “Constituição do Município”, é impossível o controle de constitucionalidade em abstrato de normas municipais, tendo como parâmetro a Lei Orgânica de um município qualquer, o que se dá pela falta de previsão constitucional, já que a autonomia política dos municípios é fixada pela Constituição Federal e “[...] é bom lembrarmos que, em relação a Leis Municipais, cabe controle difuso de constitucionalidade e também cabe



controle concentrado, só que via ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” (FERNANDES, 2011, p. 955).

Portanto, é inadmissível o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal que contrarie a Lei Orgânica do Município, devendo a matéria ser analisada sob o crivo da legalidade (controle de legalidade) e em qualquer instância do Poder Judiciário.

### **CONCLUSÃO**

O reconhecimento do Município pela Constituição Federal de 1988 como o mais novo integrante da Federação brasileira, ao lado da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal, inaugurou um inédito modelo tridimensional, ou de três níveis, passando a ocupar um lugar de destaque no Pacto Federativo.

Muito embora não haja um Poder Judiciário Municipal, o Município conta com um Poder Legislativo e um Poder Executivo municipal que garante ampla liberdade para organizar e compor diretrizes em defesa de interesses locais, podendo, inclusive, elaborar sua Lei Orgânica e editar leis e atos normativos, tendo como limites restritivos os princípios constitucionais.

Por esta via, está o Município subordinado ao controle de constitucionalidade, que tem por finalidade a defesa dos valores constitucionais básicos e dos direitos fundamentais eleitos pelo constituinte e promulgados pela atual Carta Magna.

Portanto, o controle político ou preventivo de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais, frente à Constituição Federal, Estadual e à Lei Orgânica Municipal, será exercido por Comissão de Constituição de Justiça da Câmara Municipal e pelo Prefeito Municipal, através do veto.

Quanto ao controle jurisdicional repressivo difuso, incidental, em face da Constituição Federal, da Constituição Estadual e da própria Lei Orgânica Municipal, pode ser arguido perante qualquer instância do Poder Judiciário, onde estiver tramitando a ação, e pelas partes litigantes, inclusive no STF, via recurso extraordinário.

Também, é inadmissível o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais, em face da Constituição Federal, pela via de ação direta, ou seja, pelo controle repressivo concentrado, restando uma exceção: o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Com isto, resta apenas a via difusa e neste caso a controvérsia poderá chegar ao STF somente através de Recurso Extraordinário.

Da mesma forma, impossível também o controle de constitucionalidade concentrado de lei ou ato normativo municipal tendo como parâmetro a Lei Orgânica Municipal, que decorre da falta de previsão constitucional, devendo a controvérsia ser resolvida no campo da legalidade.

Já o controle de constitucionalidade repressivo concentrado, de leis e atos normativos municipais, em face da Constituição Estadual, é perfeitamente possível. Nestes casos, a competência é dos Tribunais de Justiça dos Estados.

No tocante ao controle jurisdicional repressivo concentrado, em abstrato, com relação aos atos normativos do Executivo Municipal que excederem os limites da lei ou delegação legislativa em face da Constituição Federal, da Constituição Estadual e à Lei Orgânica Municipal, o controle pode ser realizado pela Câmara Municipal.

Conclui-se que o controle de constitucionalidade se apresenta como um mecanismo essencial de garantia à integridade da Constituição Federal.

### **REFERÊNCIAS**

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. Ed. São Paulo:Malheiros, 2014.
- COSTA, Nelson Nery. *Direito Municipal Brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: forense, 2015.
- DALLARI, Dalmo Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MAGNOLI, Demétrio Martinelli. *O corpo da pátria: imaginação geográfica e política externa no Brasil (1808-1912)*. São Paulo: UNESP/Moderna, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 17.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\*\*\*

## **A EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO E OS CONTRATOS COLIGADOS**

### **EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS AND THE RELATED CONTRACTS**

FERNANDO DOMINGOS CARVALHO BLASCO

Universidade de Marília-UNIMAR.

blascoassociados@gmail.com

JUSSARA BORGES FERREIRA

Universidade de Marília-UNIMAR

jussara@bflaw.adv.br

#### **Resumo**

Esta é uma pesquisa baseada no método de pesquisa dedutivo, a qual almeja analisar, primeiramente, as possíveis situações e consequências que podem advir do inadimplemento na coligação contratual e, consequencialmente, a aplicabilidade do artigo 476 do Código Civil Brasileiro (*exceptio non adimpleti contractus*) a tais avenças.

Por ser o inadimplemento uma das questões que mais pode impactar na coligação contratual, já que é capaz, inclusive, de inviabilizar a concretização de todo o seu

objeto, é de rigor que o assunto seja bem esclarecido entre as partes, até para que se evite a responsabilização decorrente do descumprimento das obrigações.

A investigação se baseia no seguinte questionamento: O artigo 476 do Código Civil Brasileiro (*exceptio non adimpleti contractus*) é aplicável aos contratos coligados?

Todas as teorias e opiniões expressadas emergiram a partir de comparações bibliográficas e análises jurisprudenciais encontrados em fontes científicas diversas.

**Palavras-chave:** Inadimplemento; Contrato; Coligação.

### **Abstract**

This is a research based on deductive research method, which aims to analyze, firstly, possible situations of the breach of related contracts and, consequentially, the possibility of the application of Article 476 of the Brazilian Civil Code (*exceptio non adimpleti contractus*) to related contracts.

Because the breach of contract is the situation that causes most impact in contracts that are related, since it may turn impossible the fulfillment of the whole subject matter, this topic must be clarified between the parties, in order to avoid the accountability that arises from the violation of the obligation.

The research is based on the following question: Is the Article 476 of the Brazilian Civil Code (*exceptio non adimpleti contractus*) applicable to related contracts?

All theories and opinions expressed emerged from bibliographic compared and jurisprudential analysis found in several scientific sources.

**Keywords:** breach; agreement; related contracts.

### **Introdução**

A coligação contratual é ensejada pela complexidade das relações negociais, que não se podem amoldar em uma única espécie contratual típica, nem mesmo em uma única espécie contratual atípica ou mista.

Dentro do plexo das relações negociais, o conceito de coligação contratual, em sentido material, surge para permitir a exata compreensão e a consequente tutela jurídica dos contratos encetados de modo dependente, frutos de uma vontade maior ou unificadora, se não única.

Neste aspecto, o presente estudo tem por finalidade analisar a aplicação da exceção do contrato não cumprido, aos contratos coligados.

O estudo parte da explicação do conceito de coligação contratual e, passo seguinte, busca responder ao questionamento seguinte: O equilíbrio exigido entre as diversas relações presentes nos contratos coligados serve de fundamento para a aplicabilidade do *exceptio non adimpleti contractus* a tais avenças?

### **Desenvolvimento**

As relações negociais interligadas são uma construção recente.

No passado, somente eram aceitas relações contratuais pré-estabelecidas e tipificadas em lei. Após a formação dos Estados modernos passaram a ser admitidas contratações de formas atípicas<sup>9</sup>.

Com o tempo, a participação de terceiros em uma única relação processual passou a ser aceita, entretanto, a regulação de tais relações se dava por meio de contratos isolados, independentes e autônomos entre si.

Com o aumento da complexidade das relações contratuais, surgem os contratos coligados, que, conforme ensina Francisco Marino são aqueles que, “*por força de*

---

<sup>9</sup> ENEI, José Virgílio Lopes. *Contratos coligados* em Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro. Editora Malheiros, Ano XLII, outubro-dezembro/2003, 132ª edição, p. 111/112.

*disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca*<sup>10</sup>.

A coligação contratual pode ser considerada como uma situação de fato, que mesmo sem determinação expressa é facilmente perceptível ao se constatar a presença de atividades, direitos e obrigações próximos e interligados, transparecendo que o objetivo é o alcance de uma mesma finalidade econômica.<sup>11</sup>

É como Rodrigo Xavier Leonardo define o instituto:

[...] entendemos que se deve partir do termo *coligação contratual*, para retratar o *gênero* das situações em que duas ou mais diferentes relações contratuais se encontram vinculadas, *ligadas*, promovendo alguma eficácia paracontratual, ou seja, alguma eficácia *ao lado* daquela que se desenvolve internamente ao contrato, com o reconhecimento de uma operação econômica unificada que se sobrepõe àquela pertinente a cada um dos contratos que se encontram coligados.<sup>12</sup>

Dentro deste contexto faz-se pertinente o questionamento sobre a possibilidade de aplicação dos remédios sinalagmáticos, em especial da exceção do contato não cumprido, dentro do conjunto de relações obrigacionais presentes na coligação contratual.

A *exceptio non adimpleti contractus* é prevista no art. 476 do atual Código Civil, nos seguintes termos: "nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro".

Por meio da referida norma "*cada um dos contraentes deverá respeitar o conjunto indivisível da relação a ponto de não poder reclamar a prestação do outro contratante sem que esteja disposto a executar a sua*".<sup>13</sup>

Francisco Paulo de Crescenzo Marino explica que tal instituto pode ser aplicado aos contratos coligados e, para tanto, deve ser analisado o alcance do inadimplemento e o seu efeito em cada um dos contratos e, principalmente, o desequilíbrio gerado entre as prestações das diversas avenças.<sup>14</sup>

O autor complementa:

Para tanto, será decisivo o interesse do credor da prestação, a qual poderá ter-se tornado inútil (argumento ex art. 395, parágrafo único do Código Civil). O critério de utilidade é, portanto, essencial. No campo da coligação, trata-se de saber se o inadimplemento da prestação tornou a operação inútil para o seu credor.<sup>15</sup>

A aplicação da exceção do contrato não cumprido fica mais clara quando a coligação envolve contratos recíprocos, em que "*a prestação de uma das partes é objeto de um contrato e a contraprestação é objeto de outro contrato, coligado ao primeiro*"<sup>16</sup>.

Em outros casos, a interferência do inadimplemento da prestação pode não parecer tão evidente, mas é igualmente relevante.

---

<sup>10</sup>MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, 1ª edição; p. 99.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>12</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais: Contratos Coligados, Redes Contratuais e Contratos Conexos*. São Paulo: Saraiva, 2012, 1ª ed., p. 351.

<sup>13</sup>ROSENVALD, Nelson. Comentário ao art. 476, do Código Civil de 2002. In.: *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coord. Cezar Peluso. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2010. p. 536.

<sup>14</sup> MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. Cit.*, p. 99.

<sup>15</sup> *Ibidem* p. 99.

<sup>16</sup> *Ibidem* p. 99.

É o que se verifica quando há diversidade de contraprestação, em que cada um dos contratos possui um equilíbrio próprio, com prestação e contraprestação recíprocas e, aparentemente, autônomas em relação aos demais contratos pertencentes à coligação, conforme ensina Francisco Paulo de Crescenzo Marino:

Mesmo quando há diversidade de contraprestação, de modo que cada contrato apresente um sinalagma próprio, com prestação e contraprestação em aparente equilíbrio, pode perfeitamente ocorrer que o valor de uma ou de todas as prestações previstas dependa do conjunto contratual, ou ainda, que a prestação isoladamente considerada não tenha valor algum para a parte credora.<sup>17</sup>

O Superior Tribunal de Justiça (“STJ”)<sup>18</sup>, ao analisar questões relativas ao inadimplemento dos envolvidos em uma rede de contratos, adotou o posicionamento defendido pela doutrina, firmando entendimento de que a unicidade de interesses, sobretudo o econômico, é a principal característica dos contratos coligados, evidenciando mais ainda a importância das operações econômicas na regulamentação da relação existente entre os envolvidos.

No julgado, o relator Ministro Vasco Della Giustina registrou que “A relação de interdependência entre os contratos enseja a possibilidade de arguição da exceção de contrato não cumprido.”

Ante ao exposto, é possível concluir que, tendo em vista a relação de interdependência das obrigações presentes em uma rede de contratos, os remédios sinalagmáticos, em especial o *exceptio non adimpleti contractus*, previsto no art. 476 do atual Código Civil, podem ser aplicados aos contratos coligados.

### **Considerações Finais**

Com a presente pesquisa, conclui-se que a exceção do contrato não cumprido pode ser aplicada aos contratos coligados.

Assim, cada um dos contratantes das obrigações interligadas deve respeitar o conjunto de relações presentes na coligação. Para tanto, deve ser analisado o alcance do inadimplemento e o seu efeito em cada um dos contratos e, principalmente, o desequilíbrio gerado entre as prestações dos diversos contratos.

Além disso, a *exceptio non adimpleti contractus* pode ser invocada quando a coligação envolver contratos recíprocos com obrigações cruzadas, mas também quando os contratos interligados apresentarem um equilíbrio próprio, com prestação e contraprestação aparentemente autônomas.

### **Referências**

- BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 5 out. 2016.
- ENEI, José Virgílio Lopes. **Contratos coligados em Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro.** Editora Malheiros, Ano XLII, outubro-dezembro/2003, 132ª edição;
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais: Contratos Coligados, Redes Contratuais e Contratos Conexos.** São Paulo: Saraiva, 2012, 1ª edição;
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009, 1ª edição;

<sup>17</sup> Ibidem p. 200.

<sup>18</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 985531/SP. Terceira Turma. Relator Ministro Vasco Della Giustina. J em 01.09.2009

ROSENVALD, Nelson. **Comentário ao art. 476, do Código Civil de 2002.** In.: Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. Coord. Cezar Peluso. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2010. p. 536.

\*\*\*

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE**

**THE POWER ACTING ON JUDICIAL PROTECTION OF FUNDAMENTAL  
RIGHTS OF THE TAXPAYER**

JULIANA MIRANDA ALFAIA DA COSTA

Mestranda do programa de Mestrado em Direito da UNIVERSIDADE DE MARÍLIA-  
UNIMAR

Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-UNIDERP  
Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas de Três Lagoas – AEMS  
Advogada.

[julianalfaia@gmail.com](mailto:julianalfaia@gmail.com)

Orientador: Prof. Dr. JEFFERSON APARECIDO DIAS

Professor do programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR  
Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide  
de Sevilha (Espanha)

Procurador da República de Marília-SP  
[jeffersondias@unimar.br](mailto:jeffersondias@unimar.br)

**RESUMO**

O presente trabalho teve por fim a análise do desempenho do Poder Judiciário frente ao amparo dos direitos fundamentais do contribuinte. Primeiramente foi trabalhado os direitos consagrados aos contribuintes em âmbito constitucional, bem como quanto a possibilidade de limitação de referidos direitos fundamentais. Posteriormente, foi feita uma abordagem sobre o Poder Judiciário, suas características e o seu papel na resolução de conflitos. Ademais, avaliou-se a efetividade do Judiciário diante da proteção dos direitos fundamentais do contribuinte. Por fim, foram apontadas diretrizes para conter o comportamento inadequado do Judiciário, e formas de alcançar uma proteção mais justa e eficaz dos contribuintes. Para tanto, foi utilizado o método dialético-jurídico, constituindo o estudo a partir de pesquisa bibliográfica, levantamento Legislativo e jurisprudencial.

Palavras-chave: Contribuinte. Direitos Fundamentais. Judiciário.

**ABSTRACT**

This work was finally the performance analysis of the judiciary against the protection of fundamental rights of the taxpayer. First it was working the rights enshrined taxpayers in constitutional framework, as well as the possibility of limiting those fundamental rights. Subsequently, an approach was made about the judiciary, its characteristics and its role in conflict resolution. In addition, we evaluated the effectiveness of the judiciary on the protection of fundamental rights of the taxpayer. Finally, guidelines were identified to contain the inappropriate behavior of the judiciary, and ways to achieve a fairer and more effective protection of taxpayers. Therefore, we used the dialectical-

legal method, constituting the study from literature, legislative and jurisprudential survey.

Keywords: Taxpayer. Fundamental rights. Judiciary.

## **INTRODUÇÃO**

Os direitos fundamentais dos contribuintes estão dispostos na atual Constituição Federal de 1988, inclusive como mecanismo limitador do poder de tributar do Estado. De fato, é corolário que a sociedade necessita sujeitar-se ao recolhimento de tributos e obediência as normas jurídicas para a sua própria sobrevivência. Porém, referido comportamento não proporciona ao Estado o direito de atuar de forma absoluta.

Insta que atualmente têm se diagnosticado um desvirtuamento do papel do Legislativo, Executivo e em especial do Judiciário, que por vezes termina por realizar funções que extrapolam seu dever típico e atípico aceitos pelo ordenamento pátrio, acabando por atingir direitos consagrados aos contribuintes.

Na falta de legislação pertinente, ou na falta de rigor do Executivo, o Judiciário na ânsia de resolver os conflitos termina atuando por conta própria, e via de consequência desencadeando decisões inéditas, seja pelo uso do considerado ativismo judicial, seja pela conivência com a aplicação de sanções políticas indevidas praticadas pela Fazenda Pública.

Assim, é legítima a ampliação do poder conferido ao Judiciário para dirimir conflitos entre o Fisco e o contribuinte, uma vez inexistente ou falho o disciplinamento do impasse pelo Legislativo e Executivo? A aplicação de sanções políticas pelo ente fazendário é permitida sem qualquer controle, quando se busca o equilíbrio econômico e financeiro do próprio Estado?

Por certo, a atuação do Judiciário deve estar em harmonia com a função desempenhada pelos demais Poderes, até porque resguardados pela própria Constituição Federal.

Assim, a pesquisa pauta-se pela análise dos direitos fundamentais do contribuinte, seus caracteres e alcance, bem como a possibilidade de limitação de tais garantias. Ademais, analisa-se o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no que concerne sua função, e ainda sua atuação independente frente a situações que afetam diretamente os contribuintes perante o Fisco.

Aborda-se e discute-se quanto o desempenho empregado pelo Judiciário na busca da resolução de conflitos envolvendo os contribuintes e a Fazenda Pública, para por fim, avaliar a possibilidade de novas formas de atuação e comportamentos a serem adotados para preservação dos direitos fundamentais dos contribuintes e respeito aos princípios a eles consagrados.

Para tanto, adota-se o método dialético-jurídico, constituindo o estudo a partir de pesquisa bibliográfica, levantamento legislativo e jurisprudencial.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE**

O contribuinte é titular de direitos fundamentais, uma vez que é considerado cidadão em sua relação com o Estado. Porém, nem todos os cidadãos podem ser enquadrados como contribuintes propriamente. De algum modo, em algum instante, é que irão suportar o ônus do tributo, passando a serem assim considerados, mesmo não sendo sujeitos passivos de uma relação tributária.

Por isso há a necessidade de uma consciência fiscal, já que a carga da tributação não vai gerar impacto apenas àqueles que são obrigados a efetuar o adimplemento de tributos, mas em todos os que circundam essa cadeia.

Luciano Amaro pondera que

[...] a Constituição embaralha, no tópico das “limitações do poder de tributar”, princípios que amparam direitos fundamentais do *cidadão*

(por exemplo, o direito à segurança jurídica, valor protegido por uma série de princípios constitucionais, não estritamente tributários, como o da legalidade) e princípios que resguardam direitos do *contribuinte* (ou do cidadão na sua condição de contribuinte). Assim, o respeito à capacidade contributiva, a anterioridade da lei fiscal em relação ao exercício de aplicação do tributo e uma série de outras proposições [...] são tipicamente postulados *tributários*. (grifo do autor) (AMARO, 2009, p. 110-111)

Verifica-se assim, que referidos direitos fundamentais estão por si interligados, seja o indivíduo considerado cidadão ou contribuinte cidadão, pois se identificam em um único indivíduo.

Junte-se ainda outras diversas garantias consagradas em princípios, imunidades e proposições que extrapolam o título VI da Magna Carta, e irradia efeitos na esfera entre contribuinte e Fisco.

E se de um lado a Constituição abrange direitos essenciais aos que recolhem tributos, de outro delimita a atuação do Estado para inibir seu poder no campo da tributação.

Com isso, o que se espera é a formação de uma relação de poder-direito, decorrente de uma relação jurídica harmonicamente desencadeada, sem o uso da força arbitrária para atendimento das normas jurídicas. Ocorre que nem sempre essa delimitação é diagnosticada, conforme se verá adiante.

#### **LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Apesar de toda a proteção destinada aos direitos fundamentais do contribuinte é imperioso constatar que referidos direitos não são de mesma forma absolutos.

Por vezes, é possível se deparar com diversos direitos conflitantes entre si, seja na Constituição Federal, seja em legislações esparsas.

E diante do impasse não seria rara a verificação de conflito entre os direitos fundamentais e o direito de tributar do Fisco.

Aliomar Baleeiro assevera que:

Hoje o constitucionalismo vê a Constituição como um sistema de normas que aspira a uma unidade de sentido e de compreensão, unidade essa que somente pode ser dada por meio de princípios, continuamente revistos, recompreendidos e reexpressos pelos intérpretes e aplicadores do Texto Magno. Ou seja, a análise estruturadora sistêmica é necessariamente aberta, visto que, não raramente, normas e princípios estão em tensão e aparentam conflito. Chamamos tais conflitos e tensões de “aparentes”, porque a compreensão profunda da Constituição é sempre buscada, sempre descoberta, de forma contínua. (BALEIRO, 2010, p. 57).

Por essa razão, seu sistema aberto de princípios já faz inspirar o campo da tensão, inclusive levando-se em consideração os avanços culturais enfrentados pela sociedade. O que hoje é aceito, em um futuro não muito longínquo pode se mostrar um retrocesso. Nesse cenário, a soberania estatal na ânsia de prover as necessidades da coletividade pode aparentar rigor demasiado excessivo, quando não vislumbrar abusividade em sua atuação.

Assim, é necessário um ponto de equilíbrio, para que o exercício da função tributária não se torne uma exigência forçada e desmedida, e de outro ponto que seja garantido ao contribuinte o que lhe é guarnecido em cláusula pétrea.

#### **PODER JUDICIÁRIO**

A separação dos poderes do Estado vem no sentido de promover a organização do governo, por meio da distribuição e divisão por critérios funcionais. E como postulado essencial do Estado de Direito, a Constituição Federal em seu artigo 2º, prescreve a



divisão dos poderes da União, de forma harmônica e independente entre si, retratando os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Enquanto o Legislativo tem por função típica o cuidado na elaboração das normas, o Executivo se reserva no dever de fazer cumprir a norma gerada, e o Judiciário de exercer a jurisdição, tutelando direitos subjetivos até mesmo se contrários ao próprio Poder Público.

Nas lições de Cintra, Grinover e Dinamarco “[...] os direitos fundamentais, formulados pela Constituição [...] quando violados ou postos em dúvida só poder ser afirmados, positivados e efetivados pelos Tribunais”. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2015, p. 193).

Logo, é por meio do Poder Judiciário que se traz o resultado decisivo aos conflitos. Sua função destoa além do âmbito estadual ou federal. De mesma maneira que o Legislativo por vezes é chamado a julgar ou o Executivo a legislar, o Judiciário comporta outras funções que não apenas a jurisdição.

E justamente no tocante as suas funções, é que se tem deparado com situações inusitadas, quando não aparentemente injustas ou indevidas.

## **DO ACATAMENTO PELO JUDICIÁRIO DE SANÇÕES POLÍTICAS INDEVIDAS**

A todos é assegurado o livre exercício de atividade econômica, regra esculpida expressamente na Magna Carta.

Todavia, tem havido casos em que os Tribunais têm reconhecido mais poder à Fazenda Pública, condicionando a atuação do contribuinte apenas aos casos em que este atende a todas as exigências do Fisco.

Visualiza-se assim, um demasiado arbítrio do ente tributante com nítida concordância do Judiciário.

Esse lamentável retrocesso é perceptível, por exemplo, em situações como “[...] no agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 474.241-1, de Minas Gerais, [...] admitiu a legalidade no ato de suspensão da inscrição estadual do contribuinte”. (MACHADO, 2009, p. 125). Referida decisão teve acatamento pelo Supremo Tribunal Federal, que seguiu mesma linha autoritária.

A fundamentação adotada foi justamente no sentido da possibilidade de se aplicar sanções ao contribuinte infrator que não atender as exigências do Fisco, afrontando assim a legislação tributária.

Além de cobrar as penalidades pecuniárias previstas e o valor devido em execução fiscal, este teve garantido o direito de suspender a inscrição do contribuinte, impedindo-o de exercer atividade econômica enquanto não resolvesse suas pendências. A regra constitucional restou letra morta diante de referida decisão.

Outro caso de repercussão foi do fechamento de uma fábrica de cigarros que foi notificada pelo ente tributante a recolher todos os seus débitos, sob pena de ter cancelado o seu registro especial, e via de consequência ter seus estabelecimentos fechados.

A Fazenda pautou-se no Decreto lei n. 1.593/1977, em seu artigo 2º, inciso II, com redação da Lei n. 9.822/1999 e da Medida Provisória 2.158-35/2001.

No entanto, extrai-se da norma uma certa predileção atribuída a Administração Tributária, lhe permitindo interditar estabelecimentos quando assim julgar necessário.

Se em um caso não houve o respeito da norma constitucional pelos Tribunais, no outro a aplicação da norma de *per si* ensejou uma jurisdição indevida, pautada em critérios

parciais e alicerçados por uma insegurança jurídica, que atinge diretamente os direitos fundamentais do contribuinte.

### **DO RESGATE E RESPEITO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Não se diga que as sanções políticas aplicadas pela Fazenda Pública devam ser integralmente afastadas, inclusive porque em muitos casos, se o Fisco não forçar o cumprimento da obrigação, aquele que deve recolher nada fará, incidindo uma crise econômico/financeira em todo o Estado.

O que se compele é a sanção política indevida, pautada em execuções forçadas indiretas, que extrapolam o devido exercício da Administração Pública, ou seja, aquele provocado de forma arbitrária e com a benevolência do Judiciário.

Tem sido cada vez mais comum a Fazenda Pública se utilizar de meios próprios para compelir o contribuinte ao cumprimento de seus deveres tributários, o que não deve prevalecer, pois as garantias constitucionais estão sendo abandonadas em prol do interesse maior da arrecadação.

Conforme Machado:

[...] a defesa das sanções políticas é absolutamente inconsistente porque tais sanções afastam a possibilidade de defesa contra exigências indevidas, permitindo a cobrança dos tributos nos termos da vontade da Administração, o que não apenas viola a regra do art. 170, parágrafo único, de nossa Constituição Federal, mas constitui prática absolutamente contrária à preservação de nossa ordem econômica. (MACHADO, 2009, p. 132)

E some-se a isso que a maior parte das agressões aos direitos fundamentais do contribuinte conta com a aceitação do Judiciário, o que leva a constatar que a melhor alternativa seria a melhoria da efetividade da prestação jurisdicional.

É certo que os avanços da sociedade demandam uma adequação das decisões incompatíveis com o contexto atual. Todavia, isso não significa que a inovação na atuação do Fisco deva ser desenfreada e não harmonizada.

A própria legislação tributária e processual em alguns pontos apontam incorreções que promovem injustiças e sob esse ponto providências políticas merecem ser refletidas.

Por fim, a independência do Judiciário é ponto complexo. Com o passar do tempo o Poder Judiciário ganhou grande força e por vezes acaba resolvendo os impasses de modo próprio e peculiar, inclusive diante da falta de normas ou de conflitos entre legislações injustas.

Mas a inovação das decisões por vezes pautada no considerado ativismo judicial não deve de sobremaneira atingir as garantias fundamentais. O resgate a proporcionalidade e o respeito à segurança jurídica deve imperar sobre as ameaças e arbítrio indevido do Fisco.

Somente assim, estar-se-á proporcionando o respeito ao corolário constitucional do direito à prestação jurisdicional.

### **CONCLUSÃO**

No contexto dos direitos fundamentais do contribuinte tem se verificado diversas afrontas por parte da Administração Tributária aparentemente aceitas com benevolência pelo Poder Judiciário que por vezes tem adotado mecanismos próprios para fazer prevalecer o arbítrio e poder do Fisco.

A conviência com a aplicação de sanções políticas indevidas tem gerado impasses que colocam o contribuinte dentro de um campo de instabilidade e insegurança, restando prejudicado o seu livre exercício de atividade econômica, especialmente se este não atender integralmente as exigências cada vez mais inatingíveis do ente tributante.

Por seu turno, o Judiciário, não raras vezes, adota fundamentos inéditos, quando não alicerçados pelo ativismo judicial, que nem sempre promovem a melhor aplicação da justiça, inclusive se colocado em segundo plano os direitos do contribuinte em prol da Fazenda Pública.

É certo que o dever de arrecadação é garantido pela Constituição Federal que distribui a competência tributária, todavia, o uso de medidas coercitivas deve caminhar em mesmo ritmo com o da justiça.

Deve-se diminuir a distância atualmente identificada entre as normas albergadas na Constituição e a realidade tributária nacional.

Pelo que se insere, apenas com uma melhor qualidade da prestação jurisdicional por parte do Judiciário, colaborado com providências políticas específicas e adequação da legislação tributária e processual é que as sanções serão mais eficazes e menos corrosivas nas relações jurídicas entre contribuinte e Fisco.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. *Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição*. São Paulo: Atlas, 2009.

\*\*\*

## A BOA-FÉ E O ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO CIVIL

### GT 1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

CELSON QUEROIS SILVEIRA  
Universidade de Marília – UNIMAR

[celsosilveira@bs2.com.br](mailto:celsosilveira@bs2.com.br)

PAULO ROBERTO PEREIRA DE SOUZA - [prps33@gmail.com](mailto:prps33@gmail.com)

## RESUMO

A boa-fé é princípio cuja obediência funda-se no comportamento leal, probo e correto que se espera nas relações ou mesmo no exercício da justiça. Frente isso, no Novo Processo Civil a boa-fé teve expansão em seu alcance, cobrando-se boa-fé de todo aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Assim, o objetivo geral deste artigo de revisão de literatura foi apresentar estudo sobre a aplicação do princípio da boa-fé no processo civil. Viu-se que, no Novo Processo Civil de 2015 deu-se uma ampliação do dever de boa-fé, porque as partes e todos que participam do processo precisam agir com lealdade e boa-fé. A mudança surge como uma evolução no pensamento jurídico dentro do processo civil. Trata-se de uma absorção de princípio importante nas relações jurídicas privadas, que tem relevância para os procedimentos e relações dentro do processo judicial que hoje se necessita.

**Palavras-chave:** Boa-fé; Novo Código de Processo Civil; Justiça.

## ABSTRACT

Good faith is a principle whose obedience is based on loyal, honest and correct behavior that is expected in the relationship or even in the exercise of justice. Front this, the New

Civil Procedure good faith had expanded in scope, charging up good faith of all who in any way participates in the process must behave according to good faith. Thus, the objective of this literature review article was to present the study on the application of the principle of good faith in civil proceedings. It was seen that in the New Civil Procedure 2015 was given an extension of the duty of good faith, because the parties and all involved in the process need to act with loyalty and good faith. The change is an evolution in legal thinking in the civil process. This is an absorption of important principle in private legal relations, which is relevant to the procedures and relations within the judicial process that is needed today.

**Keywords:** Good faith; New Civil Procedure Code; Justice.

## **INTRODUÇÃO**

Diferentes valores são importantes para aplicação do Direito e da justiça, sendo os mesmos incorporados como regras para as relações jurídicas entre as partes. A boa-fé aparece como um tipo de valor que foi incluído nas relações jurídicas ou incorporado pelo Estado.

O princípio da boa-fé é usado no Direito processual civil como recurso para efetivação de comportamentos justos e adequados nas relações e como norte na avaliação de condutas que acabem por ferir direitos. A boa-fé objetiva ou subjetiva no Direito processual civil de acordo com Gonçalves (2008) vem como um valor que precisa ser incorporado nas relações entre as partes.

A boa-fé age como um paradigma dentro do Direito no qual se se busca definir ou presumir que é preciso um comportamento leal entre as pessoas. A partir disso, os deveres jurídicos das partes quanto sua conduta nas relações, são avaliados considerando o uso ou não de boa fé. Este princípio, portanto, como manifestação de um valor relevante para a sociedade e suas relações, tem relevância no Direito processual civil (GONÇALVES, 2008).

Segundo Carnelutti (1999) o princípio da boa-fé no processo civil vem como base para a confiança e também sua não existência, serve para manifestação da quebra da confiança nas relações. A partir desta vem à ideia de que tal se liga a confiança, transparência, solidariedade, cooperação e lealdade nas relações humanas e consequentemente jurídicas.

O objetivo geral deste artigo de revisão de literatura, por conseguinte, foi apresentar estudo sobre a aplicação do princípio da boa-fé no processo civil. No que se refere aos seus objetivos específicos à pesquisa visou apresentar o conceito do princípio de boa-fé e seus aspectos gerais; expor o processo civil e como este regulamenta as relações; discutir o uso do princípio da boa-fé no processo civil e suas vantagens para aplicar a justiça nas relações entre as partes.

A pesquisa mostrou-se relevante, pois é importante compreender o uso deste princípio no julgamento e organização das relações, especialmente nos contratos. Abordar o assunto justificou-se, pois apesar de não estar expressa na Constituição Federal de 1988, a boa-fé é parte relevante dos direitos e garantias processuais, porque o processo civil utiliza este princípio para observa e julgar as condutas das partes. Tem-se que, agir de má é algo que vai contra o exercício ou busca da verdade, do respeito do outro, daí sendo vista no momento da observação da conduta nos processos.

## **1 O PRINCÍPIO DA BOA FÉ E SEU USO NO PROCESSO CIVIL**

A boa-fé é um instituto que nasceu historicamente desde a Roma antiga, visando à proteção de direito e o estabelecimento de deveres. Informa Martins Costa (2000) que a boa-fé recebeu também a influência grega tornando-se algo ligado a equidade, no entanto, a cultura germânica trouxe a ideia de lealdade e confiança a mesma. Com o

Código Civil de Napoleão em 1804 este princípio foi incorporado pela primeira vez a uma codificação, no entanto, foi o Código Civil Alemão de 1900 que não apenas deu maior tratamento a boa-fé, como ainda distinguiu a boa-fé objetiva e subjetiva, influenciando várias outras codificações.

No Brasil a boa-fé foi primeiramente tratada no Código Comercial de 1850, bem como mantida no Código Civil de 1916, mas sem a devida importância. Somente com a Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002 é que a boa-fé teve maior tratamento. A boa-fé passou a ser usada em diferentes áreas do Direito e suas codificações de acordo com Reale (2003).

De acordo com Pontes de Miranda (2000) no Brasil a boa-fé veio a ser observada em suas vertentes, sendo estas a subjetiva e a objetiva, compreendendo-se a mesma como elemento relevante para a convivência social, pois se firma em conduta legal e ética, definindo limites daquilo que pode e não pode ocorrer. A boa-fé tornou-se algo relevante nas relações obrigacionais.

O princípio da boa-fé, tal qual o da razoabilidade se aplicam não apenas aos contratos de trabalho, mas sim todos os tipos de formas de contratação. Informa Martins-Costa (2000) que é preciso saber diferenciar a boa-fé dentro da visão de crença, da boa-fé no contexto de lealdade. Informa que no caso de fé a conduta adotada não gera prejuízos, mas a boa fé no contexto de lealdade em algo torna a conduta tomada algo que vai contra o seu dever. Existe a necessidade de cumprimento de um dever da qual a pessoa tem consciência, sabendo que não pode enganar, prejudicar ou gerar danos a outra parte. Sobre a boa-fé Lôbo (2002) serve para complementar o exposto acima, porque leciona que:

[...] A boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento (LÔBO, 2002, p.01).

A conduta deve ser honesta, leal e correta porque todo o comportamento em relação ao contrato e seu conteúdo têm consequências. A confiança precisa ser mantida, correspondendo a boa-fé um de seus principais elementos. A boa-fé objetiva considera que deve ser aplicada a lealdade, pois o contrato é a declaração da vontade das partes com um interesse social de dar segurança as relações jurídicas (DONNINI; 2004).

Salienta Venosa (2002) que o princípio da boa-fé objetiva trata-se da interpretação pelo interprete onde se observa um padrão de conduta comum, do homem médio, levando em conta os aspectos sociais envolvidos. A interpretação do cumprimento ou não da boa-fé precisa respeitar a sua função dentro do interesse social, ligando-se ao princípio de probidade, no entanto, buscando uma justiça que realmente comprove a má fé e não somente a sua dedução. O princípio da boa-fé, portanto, pode ser usado no Direito privado tendo importância e agindo como um dos norteadores no exercício de direitos e deveres, como ainda na aplicação da justiça.

No Direito Civil ou processual civil a boa-fé é vista como relevante para o acesso à justiça, a obtenção do devido processo legal, a aplicação do princípio da igualdade, porque nas relações entre os homens a má-fé pode ser uma decisão nascendo o conflito, daí cabendo ao Direito solucionar as questões entre as partes, observando aquilo que parece ser parte de uma situação fática.

O Código de Processo Civil observa o comportamento dos sujeitos na relação jurídico-processual, pois há obrigações dentro dela permeadas pela necessidade boa-fé. A finalidade do processo civil é verificar os fatos tendo os mesmos como pressupostos

para a aplicação da lei. Logo, como destaca Stoco (2002) é preciso ver ética e boa-fé nas relações. O juiz irá buscar a verdade a partir do comportamento e ações das partes, porque há deveres entre os sujeitos.

De acordo com Theodoro Junior (2001) a lealdade, legalidade, probidade, se relacionam com a boa-fé, porque engloba suas várias variantes. O foco é ver as relações, observar as condutas manifestas frente aos deveres que perante o Direito existem. As partes são livres para as escolhas, mas a liberdade é discutida quando há uma relação, pois isso conduzira ao litígio na falta de lealdade, probidade ou descumprimento do que foi acordado.

Nas relações julgadas ou firmadas no Direito Civil ou processual civil, considera-se que, as partes precisam agir não apenas conforme as regras jurídicas existentes, bem como as regras morais que permeiam o comportamento no que se refere as relações entre as pessoas. A observação da boa-fé é considerada no processo civil porque se liga a lealdade.

No Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 5º define que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.” O juiz, portanto, irá considerar a boa-fé em todas as causas que forem analisadas verificando o comportamento das partes, porque há deveres nas relações e não apenas direitos (BRASIL, 2015).

Compreende-se, portanto, que dentro do Direito processual civil a não verificação do princípio da boa-fé e legalidade processual focando na probidade das partes, vai contra aquilo que se espera na relação jurídica que o Estado tutela. O foco de estabelecer direitos e deveres entre as partes e esperar a boa-fé vem como uma busca de relações corretas, mas também forma de julgamento daquilo que foi feito com má-fé.

Na sistemática do processo civil segundo Theodoro Junior *et al.* (2015) as partes são livres para escolher os meios em suas relações, no entanto, uma vez acordado algo, é preciso ter lealdade entre estas. A boa-fé se liga a honestidade esperada para evitar qualquer abuso. Os princípios, portanto, fazem parte das relações e são verificados no processo civil como deveres das partes. É algo relacionado a moralidade, a lealdade, bem como ao comportamento correto requerido no cumprimento daquilo que na relação foi acordado.

Seja a boa-fé objetiva ou subjetiva, o processo civil considera ambas no momento de observar um comportamento. Esclarece Theodoro Junior *et al.* (2015), que o princípio da boa-fé não se destina apenas as partes, mas sim todos os sujeitos processuais, incluindo-se nestes os juízes e os tribunais. O foco é fazer do processo algo transparente, eficientes, vedando-se qualquer comportamento que acabe por infringir também as finalidades da atividade processual. Então, não é mais somente a boa-fé das partes.

A interpretação do juiz precisa seguir a boa-fé nos julgamentos, porque não deve ater-se a formalismo exagerado, mas também não fazer nada intempestivo. Nota-se que houve uma ampliação dos sujeitos atingidos pela boa-fé processual. Também os juízes no processo devem evitar atos que prejudiquem as partes envolvidas na relação processual. A boa-fé ao ser requerida dos juízes vem para buscar uma maior coerência e integridade no Direito, bem como evitar a colisão entre aquilo que o novo Código de Processo Penal define e a prática em juízo (THEODORO JUNIOR, *et al.*, 2015).

A boa-fé, por conseguinte, na expansão de seu alcance, foi uma novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil. Significou uma ligação entre boa-fé e princípio da cooperação, porque há o entendimento que todos os sujeitos processuais precisam agir para resolução do processo em tempo correto, mas sem abuso do direito de defesa, ou propósito de protelação. A ideia é agir processualmente sem formalismo exagerado, mas de maneira verdadeira, leal e com boa-fé na prática dos atos processuais.

## 2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final compreende-se que, a boa-fé é uma interpretação usada para verificar a intenção e o comportamento dos sujeitos nas relações jurídicas. O foco desta é servir de base para observar as ações e compreender se há má-fé. A boa-fé pode ser objetiva e subjetiva, tendo cada uma determinada função no Direito Civil, especialmente na área processual.

Viu-se que, a boa-fé objetiva é a conduta que se dá de maneira correta e proba, com o agente tendo noção que está agindo corretamente. Já a boa-fé subjetiva, tem-se a crença errada que se está agindo adequadamente em uma situação, mas esta errada. A pessoa age desconhecendo certos pontos, daí invalidando certas relações. Há um convencimento pessoal de estar certo e agindo conforme o direito.

Sobre a boa-fé dentro do Novo Código de Processo Civil no artigo 5º verificou-se que, tal ganhou uma dimensão maior. Atinge não mais apenas as partes, porém todos os sujeitos processuais, cobrando-se boa-fé das partes e daqueles que julgam as ações, exigindo destes um trabalho célere e eficiente, mas sem o uso de recursos de má-fé, ou prejuízo da defesa. Através da pesquisa viu-se que, o Novo Código de Processo Civil trouxe a boa-fé para o campo hermenêutico, servindo para basear ou nortear as interpretações de pedidos ao judiciário e nas decisões judiciais. Isso é importante para a aplicação da justiça, tornando as relações das partes melhor analisadas e exigindo-se também dos demais sujeitos processuais a obrigação com a boa-fé.

## 3 REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 mai. 2016.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Campinas: Servanda, 1999.
- DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade Pós-contratual: no novo código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Princípio da Boa-fé – Perspectivas e Aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 7, n.55, 1 mar. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2796>. Acesso em: 27 mai. 2016.
- MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo III.
- REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Ago. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 26 mai. 2016.
- STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2014.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense. 2015.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2. ed. São Paulo, 2002. v. 2.

\*\*\*

**FEDERALISMO FISCAL NO BRASIL CRISE ECONÔMICA E POLÍTICA:  
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES**

GT 4 – DIREITO, ECONOMIA, GLOBALIZAÇÃO E SUSTENTABILIDADE

MARISA ROSSIGNOLI  
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

**RESUMO**

Este trabalho objetiva discutir importantes momentos do federalismo brasileiro e apontar alguns elementos para o debate sobre as questões federativas em momentos de crise e queda da arrecadação conforme o vivenciado pelo Brasil. O método é o dedutivo e a pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Crise econômica. Distribuição vertical de recursos. Federalismo Fiscal.

**ABSTRACT**

The objective of this work is the discussion about the relevant moments of the Brazilian federalism and point out some elements for the debate over the federalism in moments of crisis and the decline on tax collection as experimented in Brazil. The method used is the deductive and the bibliographic research.

Keywords: Economic Crisis. Fiscal Federalism. Vertical Distribution of Resources.

**INTRODUÇÃO**

O Federalismo brasileiro apresenta-se de forma a prever cooperação entre os entes federados, União, Estados e Municípios. Entretanto se faz fundamental a discussão dos diversos momentos vividos pelo país, seja na questão da autonomia de cada ente, seja na condução pela União da política e dos rumos do desenvolvimento, neste sentido, o sistema tributário constitui um importante elemento.

“No caso brasileiro, o equilíbrio federativo é particularmente tensionado pela necessidade do enfrentamento das desigualdades sociais e regionais, historicamente profundas e persistentes.” (MENDES, 2013, p. 55)

Rezende (1995) destaca o caráter municipalista do federalismo brasileiro e também aponta para as fortes diferenças regionais. Ainda de acordo com Mendes (2013), até os dias atuais, o Brasil carece de um pacto entre os entes federativos que conduzam o país ao desenvolvimento.

Apesar do federalismo não se reduzir à questão tributária, a análise contemplada neste trabalho é a da distribuição vertical dos recursos por uma perspectiva histórica no Brasil.

Ao realizar-se esta análise, verifica-se que a reforma tributária de 1966/1967 centralizou tributos e decisões de investimento no governo central de maneira a atender os objetivos do governo no momento, que eram principalmente de condução da atividade econômica e formação de capital.

A reforma tributária de 1988, por sua vez, caracterizou uma nova fase configurada por um sistema tributário que permitia maior participação e autonomia de Estados e Municípios. Importante destacar que este processo não foi repentino e sim gradual. Conforme o poder central perdia ou cedia espaço no comando da política nacional, Estados e Municípios aumentavam sua participação nas decisões e também na receita tributária. O poder político e o poder tributário estiveram juntos nas mudanças ocorridas.



Não menos importante ressaltar que, nos últimos anos, a União tem aumentado sua participação com a criação de contribuições e a Desvinculação das Receitas da União – DRUs.

As questões de distribuição horizontal não são menos importantes, entretanto, objetiva-se aqui apresentar alguns elementos sobre a distribuição entre União, Estados e Municípios para uma discussão sobre o atual momento.

#### FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO: UMA DISPUTA POR RECEITAS

A reforma tributária de 1966 foi resultado de um Estado centralizado e de um regime de ditadura exercido pelo governo. Assim, o sistema tributário funcionava como um elemento de centralização de poder. A Reforma de 1966 é coerente com um governo que precisava de fundos, pois passava a ser o condutor da economia.

A concentração na União da maior parte dos tributos surgiu como um elemento fundamental para o fortalecimento do Estado e acúmulo de capital. Houve assim o “desmoronamento do moribundo federalismo fiscal e o aprofundamento da dependência dos estados e dos municípios do poder central” (OLIVEIRA, 1991, p.50).

A estrutura tributária instalada pela reforma, visando a centralização da condução da economia na esfera da União, reduziu a autonomia política, financeira e tributária dos Estados e Municípios retirando desses o direito de cobrança de uma série de tributos.

Para compensar estas perdas foi criado um sistema de transferências que eram vinculadas a determinadas categorias e programas de gastos, não se permitindo sua livre aplicação. Entre essas transferências estão o FPM (Fundo de Participação dos Municípios), FPE (Fundo de Participação dos Estados) e a QP-ICM (Quota parte do Imposto sobre Circulação de Mercadorias).

Com o passar dos anos, após a reforma de 1966, foram ocorrendo modificações no que se refere ao sistema tributário. No final da década de 70 e início da de 80, com o agravamento da crise econômica e da situação financeira do setor público, principalmente Estados e Municípios, junto com a abertura do sistema político, na qual as eleições de 1982 (Governadores) e 1985 (Prefeitos das Capitais) foram importantes peças, exerce-se uma grande pressão para mudanças no sistema tributário no sentido de aumentar as receitas dos estados e municípios e estabelecer um federalismo fiscal no Brasil.(Serra, 1991).

Se a centralização tributária era um elemento fundamental para a condução de uma política econômica concentrada no âmbito da União, é justamente quando a União começa a perder seu caráter de condutora absoluta dos rumos políticos e econômicos do país, e inicia-se uma abertura política, que ocorrem modificações no sistema tributário. É importante notar essa relação, uma vez que o sistema tributário representa um importante elemento de poder político.

Dentro desse processo foram tomadas várias medidas no sentido de descentralização dos recursos, sobretudo no que se refere ao Fundo de Participação dos Municípios - FPM e Fundo de Participação dos Estados -FPE. Verificou-se constantes elevações nos percentuais do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e Imposto de Renda – IR que compõem estes fundos.

Nos anos 80 ocorrem as eliminações de transferências vinculadas, mas mantiveram-se as transferências negociadas, isto é, sem a obrigatoriedade de critérios econômicos e sociais, e sim, muitas vezes, políticos.

Em 1983 a emenda “Passos Porto”, também chamada de mini-reforma tributária, aumentou a participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios nas receitas da União.

As mudanças mais importantes foram as elevações do FPM e do FPE. A emenda Calmon, estabeleceu o aumento do percentual do orçamento dos Estados, Municípios e

Distrito Federal vinculado à educação (de 13% para 25%). Havendo assim, o fortalecimento de Estados e Municípios e uma rediscussão do federalismo no Brasil que consubstanciaram-se na Constituição de 1988. A Reforma tributária de 1988 caracterizou-se por um aumento da participação dos Municípios nas receitas disponíveis.

Com a Constituição de 1988, um novo sistema tributário foi implantado, alterando não só a competência, mas também os percentuais de transferências. Nas principais mudanças verificou-se o aumento do percentual federal (IR e IPI) destinado aos municípios, que passa de 17,5% para 22,5% e a criação de partilha de 10% do IPI com os estados exportadores de produtos industrializados. O ITBI - Imposto de Transmissão de Bens Imóveis "inter vivos" e "causa mortis", antes pertencente aos estados, foi desmembrado, ficando o "inter vivos" a cargo do município.

A arrecadação de Imposto sobre Operações Financeiras - IOF sobre ouro passou a ser partilhada em 70% com os Municípios onde foram feitas as extrações. Proibiu-se a União de isentar impostos de abrangência municipal. O ICM foi transformado em ICMS, incorporando os impostos, antes de competência federal, sobre combustíveis e lubrificantes, energia elétrica e mineração, serviços de transporte e comunicação, aumentando a transferência para os Municípios de 20% para 25%.

Assim, observa-se o aumento da autonomia pretendida pelos Municípios: Os Municípios que em 1960 tinham uma participação na receita disponível de 6,5% do PIB em 1960 passaram a ter 16,9% em 1992, os Estados tiveram uma redução de 34% do total da receita disponível em 1960 para 31% em 1992 e a União uma redução de 59,4% para 52,2% no mesmo período (AFONSO, J.R., 1992).

A descentralização esteve diretamente associada à lógica do processo de transição democrática “(...) no Brasil, a descentralização foi constitucionalizada e implicou a autonomia ampliada dos estados e a elevação de municípios e do Distrito Federal à condição de entes federados” (LASSANCE, A., 2012, p. 27)

Foi neste sentido que ainda nos anos 90, mas principalmente nos anos 2000, ao implantar uma série de programas sociais e aumento de gastos o governo federal passou a atuar no sentido de tentar recuperar sua participação no total das receitas disponíveis.

Assim, a criação de contribuições que não são transferidas aos Estados e Municípios têm sido uma constante a partir da Constituição de 1988. Além da CPMF, destaca-se a criação da Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico - CIDE em 2001. Em 2005 a participação de cada ente federado nas contribuições existentes apresentava-se da seguinte forma: 94,22% para a União, 4,64% Estados e 1,14% para Municípios, sendo que as contribuições representavam 35,91% da receita tributária brasileira. Nesta mesma análise, verifica-se que, do total da arrecadação da União, 58,52% são de contribuições (INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL, 2005).

Foi com este objetivo também que a Desvinculação das Receitas da União – DRU foi criada como Fundo Social de Emergência em 1994, transformado em Fundo de Estabilização Fiscal até dezembro de 1999 e, a partir de 2000, transformado na DRU, e ainda esta em vigor, pois, após várias prorrogações, em agosto deste ano foi aprovada, após votação na Câmara e no Senado de Proposta de Emenda Constitucional - PEC, sua vigência até 2023.

A DRU permitia ao governo federal usar 20% de todos os tributos federais vinculados por lei a fundos ou despesas de forma livre. A principal fonte de recursos da DRU são as contribuições sociais, que respondem a cerca de 90% do montante desvinculado. A PEC aprovada retroagiu a 1º de janeiro de 2016 e aumentou o percentual para 30% (Senado, 2016).

## CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou mostrar que a disputa por receitas tributárias foi algo recorrente no Brasil, de um lado houve o aumento da autonomia dos Municípios com a Constituição Federal de 1988, por outro a constante criação de contribuições e a DRU fez com que a União retomasse sua participação no total tributado.

Com a atual crise econômica no Brasil (previsão de queda de 3,3% neste ano de 2016) a arrecadação também cai e as disputas tornam-se mais acirradas, desta forma a discussão do federalismo brasileiro precisará passar não somente pela questão arrecadatória, mas também pela redefinição do papel dos entes federados e do próprio Estado como um todo.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, J. R.. Aspectos conceituais das relações financeiras intergovernamentais. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v.22, n.1, p.5-32, jan./abr., 1992.

BRASIL. SENADO. Senado aprova proposta que prorroga a DRU até 2023. Agência Senado. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/24/senado-aprova-proposta-que-prorroga-a-dru-ate-2023>>. Acesso em: 19 out. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL – IBAM. **Panorama das finanças municipais em 2005**. Rio de Janeiro, 2005. (Série Estudos Especiais n. 184). Disponível em: <<http://www.ibam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

LASSANCE, A. **Federalismo no Brasil**: Trajetória institucional e alternativas para um novo patamar de construção do Estado. In: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Federalismo à brasileira: questões para discussão**. IPEA, 2012. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\\_federalismoabrasileira\\_v08.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_federalismoabrasileira_v08.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2016.

MENDES, C. C., **O Federalismo no Brasil**: pesquisas, estudos e reflexões do IPEA. Disponível in: <[http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/boletim\\_analise\\_politico/120906\\_boletim\\_analisepolitico\\_02\\_cap8](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/120906_boletim_analisepolitico_02_cap8)> . Acesso em 17 out. de 2016.

OLIVEIRA, F. A. de. **Reforma tributária de 1966 e acumulação de capital no Brasil** 2 ed. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1991.

REZENDE, F., Os rumos da reforma fiscal. **Revista do Servidor Público**, Brasília, v.119, n.1, p. 153-154, jan./abr., 1995

SERRA, J. Finanças Públicas Municipais: Trajetórias e Mitos, **Conjuntura Econômica**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, out./nov., 1991.

\*\*\*

## **BENEFÍCIO FISCAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO ÂMBITO DO PROUNI**

### **BENEFIT FINANCIAL AND ECONOMIC DEVELOPMENT IN THE FRAMEWORK PROUNI**

AUTORA

MARIA DE FÁTIMA SILVA

Mfsilva9@hotmail.com; fatima.silva@abh.com.br

MESTRANDA EM DIREITO EMPRESARIAL

UNIVERSIDADE DE MARILIA – UNIMAR  
DISSERTAÇÃO: INCENTIVO A EDUCAÇÃO, DESENVOLVIMENTO  
ECONÔMICO E POLÍTICA FISCAL E DISCIPLINA DE ECONOMIA

ORIENTADORA  
PROFA. DRA. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO  
[mariadefatimaribeiro@uol.com.br](mailto:mariadefatimaribeiro@uol.com.br)  
MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL  
DISSERTAÇÃO: INCENTIVO A EDUCAÇÃO, DESENVOLVIMENTO  
ECONÔMICO E POLÍTICA FISCAL

**RESUMO:** Esta pesquisa trouxe a discussão os benefícios fiscais usados para promover programas de incentivo a educação, foi abordado o Programa Universidade Para Todos – PROUNI, criado em 13/01/2005 pela Lei 11.096, a qual oferece benefícios fiscais às instituições de ensino privadas em troca de oferta de bolsas de estudos. A contrapartida desta oferta é a isenção de tributos federais. Este processo de incentivo fiscal pode ser entendido como uma “tática” do Estado de usar o sistema tributário para incentivar o desenvolvimento da Educação e ao mesmo tempo utilizá-lo como ferramenta de promoção ao crescimento social e econômico, dando oportunidade aos menos favorecidos e ao mesmo tempo atingir as metas exigidas pelos órgãos internacionais? Será que a economia cresce através do incentivo a educação promovido pelos benefícios fiscais praticados pelo governo neste caso específico? Estas são questões que foram abordados nesta pesquisa e respondidas para demonstrar a pertinência do trabalho sobre incentivo fiscal no âmbito do PROUNI, para isso, foram tratados os benefícios fiscais e a Lei de responsabilidade Fiscal, abordado políticas fiscais e renúncia de receita, ligando os ganhos que as instituições de ensino tiveram com esses incentivos obtidos através da adesão ao PROUNI e concluído que este programa trouxe desenvolvimento econômico, social e principalmente educacional. O método utilizado foi o dedutivo e a metodologia com bibliográfica de artigos na internet, livros e legislações pertinentes ao tema.

**Palavra-Chave:** Desenvolvimento Econômico; Incentivo Fiscal; PROUNI.

**ABSTRACT:** This research brought the discussion the tax benefits used to promote incentive education programs, the University Program was approached for All - PROUNI created on 13/01/2005 by Law 11.096, which offers tax benefits to private educational institutions in exchange for scholarship offer. The counterpart of this offering is exempt from federal taxes. This tax incentive process can be understood as a "tactic" of the state to use the tax system to encourage the development of education and at the same time use it as a promotional tool for social and economic growth, providing opportunities for the disadvantaged and while achieving the goals required by international bodies? Does the economy grows by encouraging education promoted by tax benefits carried out by the government in this particular case? These are issues that were addressed in this study and answered to demonstrate the relevance of the work on tax incentives under the PROUNI for this, the tax benefits were treated and Fiscal responsibility Act, addressed you stand and waiver of revenue policies, linking gains that educational institutions have had with these incentives obtained through adherence to PROUNI and concluded that this program has brought economic, social and especially educational development. The method used was deductive and methodology literature articles on the Internet, books and relevant legislation to the subject.

**Keyword:** Economic Development; Tax Incentive; PROUNI

## **INTRODUÇÃO**

Considerando a situação econômica do Brasil hoje é pertinente tratarmos de alguns assuntos importantes que nos trouxeram até aqui e considerando que o Brasil tem praticado uma política econômica intervencionista, segundo a teoria keynesiana, onde o Estado tem o dever de intervir na economia para regulá-la e para isso deve promover incentivos para que o país se desenvolva não só economicamente, como socialmente e educacionalmente, partindo deste pressuposto, esta pesquisa possui o objetivo de provocar a discussão sobre a questão da utilização de benefícios fiscais utilizados para promover programas de incentivo à educação. Neste trabalho, especificamente, estudaremos o incentivo fiscal oferecido no Programa Universidade Para Todos – PROUNI, que foi instituído em 13 de janeiro de 2005 pela Lei 11.096, sob a administração do MEC – Ministério da Educação, onde o Estado oferece benefícios fiscais às instituições de ensino privadas em troca de oferta de bolsas integrais e parciais de 50% e 25%. A contrapartida desta oferta é a isenção de tributos e contribuições federais, conforme prevê o artigo 8º da Lei 11.096/2005. Este processo de incentivo fiscal pode ser entendido como uma “manobra” (benéfica) do Estado de utilizar a máquina pública para incentivar o desenvolvimento da Educação e ao mesmo tempo sendo aproveitada, também, como ferramenta de promoção ao desenvolvimento social e econômico, dando oportunidade aos menos favorecidos e ao mesmo tempo atingir as metas exigidas pelos órgãos internacionais? Será que a economia cresce através do incentivo à educação promovido pelos benefícios fiscais praticados pelo governo?

Segundo o Art. 5º caput e §4º da Lei 11.096/2005 para fazer jus a este benefício as instituições devem oferecer 1 (uma) bolsa integral para cada 10,7 (dez, sete) vagas oferecidas pelo curso credenciado e para oferta de bolsas parciais a instituição deverá disponibilizar 1 (uma) bolsa inteira a cada 22 (vinte e duas) vagas oferecidas, ou seja, deve disponibilizar duas bolsas de 50% ou 4 (quatro) bolsas de 25% para cada 22 (vinte e duas vagas) oferecidas em seu edital de vestibular. Este processo de incentivo fiscal pode ser entendido como uma forma de o estado intervir na economia, segundo a teoria keynesiana, para incentivar o desenvolvimento do País, no âmbito educacional e ao mesmo tempo sendo aproveitada, também, como ferramenta de promoção ao desenvolvimento social e econômico.

A discussão sobre a intervenção do Estado através de concessão de benefícios fiscais será abordada no decorrer da pesquisa e será aproveitada para demonstrar a pertinência da exemplificação do caso do incentivo fiscal ao Programa Universidade Para Todos – PROUNI, sendo necessário para isso fazer uma comparação entre benefícios fiscais e a Lei de responsabilidade Fiscal, abordando também as peculiaridades das políticas fiscais e renúncia de receita, ligando os ganhos que as instituições de ensino tiveram com os incentivos fiscais oferecidos através do PROUNI, respondendo se estes incentivos poderão trazer realmente desenvolvimento econômico, educacional e social que possa aumentar a demanda de profissionais mais preparados para o mercado de trabalho que, na verdade poderiam trazer benefícios econômicos porque o desenvolvimento social e econômico vem juntamente com o desenvolvimento profissional daqueles estudantes que foram incentivados através do programa de incentivos à educação, oportunidade que não teria se tivesse aguardado por uma vaga nas instituições de educação de nível superior públicas, por conta das dificuldades da formação básica e a disputa das vagas com rivais vindos de instituições particulares que o nível de preparação da educação básica não se compara com a oferecida nas escolas públicas.

O método utilizado foi o dedutivo e a metodologia da pesquisa bibliográfica de artigos na internet, livros e legislações pertinentes ao tema.

### **1. BENEFÍCIOS FISCAIS E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

O conceito de benefícios fiscais está previsto no (BRASIL, 1989) Decreto-Lei 215/1989 no artigo 2º, onde estabelece que são “Consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem” e incluindo aos tipos de benefícios fiscais a isenção que é o principal que trataremos nesta pesquisa.

Desta forma podemos concluir que o benefício fiscal, tratado nesta pesquisa, pode ser entendido como uma maneira que o Estado utiliza para estimular o desenvolvimento de determinado setor da economia ou área social como saúde, educação e assistência social.

A Lei de Responsabilidade Fiscal que todo incentivo fiscal que represente comprometimento de receita deve contar do orçamento anual, porém, no caso em análise trata-se de uma troca, ou melhor uma compensação já que se por um lado as instituições de ensino privadas oferecem as bolsas conforme prevê a lei 11.096/2005 por outro lado e em troca disso, ou seja, há a contrapartida que a isenção do tributo. Sendo assim, não aparenta uma perda ou um comprometimento de receita, já que o Estado ao incentivar a instituição particular a oferecer as bolsas de estudo aos alunos carentes elas estão fazendo o papel do Estado que está pagando por isso ao oferecer a isenção do tributo em troca deste serviço.

## **2. INCENTIVOS FISCAIS ÀS INSTITUIÇÕES QUE PARTICIPAM DO PROUNI**

O Brasil tem uma das maiores cargas tributárias do mundo, segundo dados da Receita Federal do Brasil publicada no mês de setembro de 2016 Carga Tributária no Brasil 2015 Análise por Tributo e Base de Incidência, a carga tributária no Brasil passa de 32% (trinta e dois por cento), isso significa que o incentivo fiscal oferecido pelo Programa Universidade Para Todos – PROUNI às instituições de ensino superior privadas é uma forma de aumentar seu alunado e em contrapartida deixar de pagar os tributos federais cobrados sobre o lucro. As instituições de ensino podem olhar por um outro prisma, observado que estes alunos, em tempos de crise vem completar as turmas que não formaram por alunos pagantes e atingirão um número que terão que abrir turma de uma forma ou de outra.

Então, podemos compreender que a adesão ao PROUNI é sim uma boa opção para as instituições de ensino superior privadas, mesmo tendo que cumprir diversos requisitos de qualidade exigidos pelo Ministério da Educação - MEC, que na verdade só vem para melhorar a qualidade de ensino e a formação de profissionais prontos para o mercado de trabalho.

Quando se fala em desenvolvimento econômico lembramos também do social, visto que os dois andam de mãos dadas quando se trata de educação, principalmente porque uma sociedade educada gera desenvolvimento econômico, social e cultural e sua evolução.

Com as instituições de ensino que recebem incentivos fiscais e são administradas com seriedade e organização não é diferente, considerando que este incentivos ou benefícios fiscais podem ser utilizados como uma oportunidade de crescimento econômica, já eu a instituição de ensino ficará isento de pagar tributos sobre o lucro e em contrapartida oferecem bolsas de estudos que podem ser oferecidas com medidas de custos bem aplicadas que podem lhes trazer retorno ao invés de prejuízo, e cada 9 (nove) vagas pagantes cobrir o custo de 10,7 vagas oferecidas, esta última oferecida será considerada lucro pra a instituição e resultará em desenvolvimento econômico.

## **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se ao final desta pesquisa que o Programa Universidade Para Todos trouxe grandes benefícios para o desenvolvimento educação para o Brasil, principalmente,

porque este programa deu a oportunidade à sociedade menos abastada o direito de estudar em Universidades que antes jamais poderiam pensar em estudar, pois suas condições financeiras não lhes permitiriam. Sem contar a evidência do desenvolvimento social e econômico.

E conclui-se, também, que há evidência da aplicação da teoria Kenesiana neste tipo de governabilidade, visto que, é clara a interferência do Estado através dos incentivos fiscais às instituições de ensino para promover o desenvolvimento social e econômico por meio do incentivo à educação.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 15/10/2016.

BRASIL, Lei 11.096 de 13 de janeiro de 2005. **Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm)> Acesso em: 16/10/2016.

BRASIL, **Decreto – Lei nº 215 01 de julho de 1.989**. Disponível em: <[www.portaldahabitacao.pt/opencms/export/sites/porta/pt/porta/docs/estatuto\\_beneficios\\_fiscais.pdf](http://www.portaldahabitacao.pt/opencms/export/sites/porta/pt/porta/docs/estatuto_beneficios_fiscais.pdf)> Acesso em 16/10/2016.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso e Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\*\*\*

**A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DA  
NEGOCIAÇÃO COLETIVA E O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA  
EMPRESA: estudos críticos sobre a possibilidade da prefixação das horas “in  
itinere”.**

**THE FLEXIBILIZATION OF LABOR RIGHTS THROUGH COLLECTIVE  
BARGAINING AND THE FULFILLMENT OF THE CORPORATE SOCIAL  
FUNCTION: critical studies on the possibility of “in itinere” hours prefixation.**

GT1 - EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

ETINON RAMOS DE OLIVEIRA JÚNIOR,  
Universidade de Marília, [etinon.junior@odebrecht.com](mailto:etinon.junior@odebrecht.com)

LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA  
Universidade de Marília, [lourival.oliveira40@hotmail.com](mailto:lourival.oliveira40@hotmail.com)

## RESUMO

O presente trabalho buscou estudar a possibilidade da flexibilização dos direitos trabalhistas, por conta da possibilidade de uma reforma, que poderá estabelecer a

possibilidade da valorização do processo de negociação coletiva em face daquilo que está estabelecido em legislação infraconstitucional. Sendo assim, o processo de flexibilização passa a ser visto não de forma isolada mas sim como um meio de cumprimento da função social da empresa, efetivando a participação dos trabalhadores nas suas decisões através da mesma negociação. A presente pesquisa tem como finalidade elaborar um estudo crítico sobre uma das maiores discussões na seara trabalhista, que se trata da possibilidade da flexibilização dentro de uma visão sistêmica, como por exemplo, a supressão do direito das horas “in itinere” em troca de outra vantagem aquilatável coletivamente. O próprio Supremo Tribunal Federal já vem reconhecendo essa possibilidade, considerando como válido desde que haja o equilíbrio no processo de negociação, sem a supressão de direitos. Adotou-se o método dedutivo, com pesquisas em obras jurídicas sem abandonar o estudo interdisciplinar.

**Palavras-chave:** Flexibilização. Função Social da Empresa. Negociação Coletiva.

#### **ABSTRACT**

The present study sought to study the possibility of flexibilization of labor rights, due to the possibility of a labor reform, which could establish the possibility of valuing the process of collective bargaining in the face of what is established in infraconstitutional legislation. Thus, the process of flexibilization is now seen not in isolation but rather as a means of fulfilling the social function of the company, making workers participate in their decisions through the same negotiation. The present research has the purpose of elaborating a critical study on one of the major discussions in the labor sector, which is about the possibility of flexibilization within a systemic vision, such as the suppression of the right of hours "in itinere" in exchange for another Collectively advantageous. The Federal Supreme Court itself has already recognized this possibility, considering it valid as long as there is balance in the negotiation process, without the suppression of rights. The deductive method was adopted, with research in legal works without abandoning the interdisciplinary study.

**Keywords:** Flexibilization. Corporate Social function. Collective Bargaining.

#### **INTRODUÇÃO**

Dentre os movimentos de mudanças do Direito do Trabalho, o que mais vem sendo comentado e debatido, principalmente diante do cenário político e de crise, é o de flexibilização da legislação trabalhistas. Vários são os motivos para esta flexibilização, bem como suas formas. O que se busca com esse trabalho é apresentar um estudo detalhado a respeito da flexibilização, porém não de forma ampla e isolada, mas sim a flexibilização realizada através da negociação coletiva, no que vem sendo chamado de “negociado sobre o legislado”. Buscar-se-á também demonstrar as possibilidades da empresa, através desta flexibilização através da negociação coletiva, possa cumprir sua função social. Por fim, para melhor entendimento das possibilidades de flexibilização da legislação trabalhista por negociação coletiva, apresentar-se-á um estudo crítico sobre a prefixação das horas in itinere através de acordos e convenções coletivas.

#### **DESENVOLVIMENTO**

A flexibilização dos direitos trabalhistas é um tema que vem sendo amplamente discutido diante do cenário nacional. Para uma melhor compreensão do tema, primeiro precisa-se entender suas origens, que como não podia ser diferente, derivam de situações econômicas, tais como a globalização, o desemprego, as crises políticas, financeiras e sociais, bem como, de um paradoxo entre estado e iniciativa privada. Com a evolução dos tempos, buscou-se, cada dia mais, a diminuição da intervenção do Estado no dia a dia da iniciativa privada, com isso, se fez necessário que outros



mecanismos fossem criados para equilibrar a iniciativa privada, dentre eles, o instrumento da negociação coletiva. A própria Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) alçou ao nível de direitos fundamentais dos trabalhadores o “reconhecimento dos acordos e convenções coletivas”, em seu artigo 7º, inciso XXI. Porém, também no texto constitucional é possível encontrar possíveis norteadores da flexibilização, ou para outros, limitadores da flexibilização, quer seja também em seu artigo 7º a Constituição previu por três vezes a possibilidade de flexibilização através da negociação coletiva, uma para redução salarial e outras duas visando a flexibilização de jornada. Para muitos doutrinadores este se tornou um rol taxativo, pois, se quis o constituinte fazê-lo constar de forma tão expressa é porque estas deveriam ser as únicas formas de flexibilização. Já a corrente majoritária vem entendendo que se trata apenas de um rol exemplificativo, e mais, que se nos caos mais extremos, jornada e redução salarial, fora permitido a flexibilização, muito mais plausível seria no menor. O Tribunal Superior do Trabalho tem entendido conforme a segunda corrente, que é totalmente possível a flexibilização através de negociações coletivas, porém, tem havido uma grande discussão entre os limites desta negociação. Tem prevalecido nos tribunais o entendimento de prevalência do negociado sobre o legislado na maioria dos casos, dando-se validade a autocomposição de trabalhadores e empresas, reconhecendo a capacidade de ambos para melhor entenderem quais são as necessidades daquela situação peculiar de trabalho. A exceção à prevalência do negociado, segundo esta corrente, seria justamente situações em que estaria vedada a flexibilização, por sua característica, como são os casos das normas de ordem pública. É inegável que a negociação coletiva vem ganhando a cada dia papel de destaque na relação trabalhador e empresa, para produzir, porém, seus efeitos são necessários que sejam cumpridos todos os requisitos legais para sua validade, quer seja aqueles previstos na própria Consolidação das Leis Trabalhistas ou mesmo os limites constitucionais já citados. Existem hoje dois instrumentos resultantes da negociação coletiva, a Convenção Coletiva de Trabalho, que é fruto da negociação entre dois sindicatos representativos, um representando uma categoria de trabalhadores e outro representando uma categoria de empregadores, há também o Acordo Coletivo de Trabalho, que é o resultado da negociação entre um sindicato representativo de uma classe de trabalhadores e uma empresa. Destaca-se que em ambos se faz necessário que os trabalhadores estejam representados, isso garante, em tese, que os direitos ali negociados, atenderão de maneira eficaz a toda classe representada. Para a empresa este fenômeno pode ser considerado uma das formas mais eficazes de cumprimento da sua função social, pois, através dele os trabalhadores participam diretamente das decisões e dos rumos da empresa em vários sentidos, haja vista que em uma negociação coletiva bem feita, se discutem aspectos econômicos, sociais e até mesmo políticos, de maneira que o trabalhador consegue se envolver amplamente nos rumos da empresa. Tem sido cada vez mais comum, os trabalhadores, por exemplo, negociarem aumentos salariais abaixo da inflação em troca da manutenção dos postos de trabalho, em uma clara demonstração da busca de um objetivo social sobre o econômico. Em outros exemplos, é possível ver as empresas em boas condições financeiras se comprometendo a construir creches, ou criar curso de formações de profissionais, entre outros, em busca de cumprir sua função social. Outra discussão que tem tomado conta do debate é sobre a possibilidade da intervenção do Estado no processo de flexibilização e, caso ele possa ocorrer, quais seriam os limites. De maneira ampla existem vários casos em que o Estado interfere no processo de flexibilização, inclusive por interesse próprio, como visto amplamente na mídia o governo em busca de uma flexibilização que oxigene a economia, porém, é na negociação coletiva onde o Estado menos tem o poder de interferir, por ser tratar de um instrumento que deve ser debatido, negociado e oficializado pelas partes interessadas, trabalhadores e

empregadores, somente devendo ser levado ao Estado para homologação, após efetivamente negociado. A única hipótese de intervenção do Estado é quando as partes não chegam a um acordo, neste caso, a CLT prevê que poderá ser suscitado a mediação por parte do Ministério do Trabalho e Emprego para chegar a uma solução. Veja-se, somente haverá intervenção estatal quando as partes não conseguirem chegar a uma composição. Vale ressaltar que a flexibilização é antes de tudo um instrumento de cumprimento da ordem econômica, tem a empresa, e não há novidade nisto, uma finalidade lucrativa, para que uma empresa cumpra a função que lhe compete, deverá, indubitavelmente, gerar lucro, quanto mais lucro gere uma empresa, mais estará atingindo seu objetivo. Entretanto, a empresa nos dias de hoje, ao buscar os lucro, deverá fazê-lo da forma mais sustentável possível e, é nesse diapasão que encontra-se a negociação coletiva que, como instrumento de flexibilização, tem a finalidade de fazer com que a empresa alcance cada dia mais seus resultados, mas, ao mesmo tempo, dando melhores condições de trabalhos ao seu empregado. O tema mais debatido sobre a sua possibilidade de flexibilização é sem dúvida as horas in itinere, ela se destaca, como um ótimo exemplo, pois, possui previsão legal para seu pagamento, mas vem sendo aceita a sua flexibilização, desde que dentro do mesmo instrumento coletivo, que limitou as horas in itinere, haja benefícios ao trabalhador, de maneira que, o instrumento como um todo seja favorável ao operário. É este o cerne da questão, a flexibilização pode sim ser um instrumento de cumprimento da função social da empresa, desde que realizada de maneira responsável e que, ao olhar da teoria do conglobamento, seja benéfica ao trabalhador.

### **CONCLUSÃO**

A prefixação pode ser um caminho importante para a modernização do direito do trabalho, porém, sua análise não pode ser superficial, devendo ser respeitados os direitos dos trabalhadores, sobretudo, aqueles de ordem pública, que não podem de maneira alguma serem flexibilizados. Outro ponto importante é que a negociação coletiva, como instrumento de aproximação entre trabalhador e empresa, deve, entre outras finalidades, permitir que a empresa realize sua função social. No estudo da prefixação, pode-se verificar que a flexibilização da legislação trabalhista, se realizada de forma correta e com regras protetoras, pode ser muito benéfica ao trabalhador, como é o caso da prefixação das horas in itinere, onde os tribunais tem entendido que, para que a prefixação tenha validade, necessário se faz que o empregador, dentro do mesmo instrumento coletivo que prefixou as horas, tenha oferecido recompensas o suficiente para que valha a pena para o trabalhador abrir mão de um tempo parcial das suas horas in itinere, através da chamada “teoria do conglobamento”.

### **Referências**

- DELGADO. Maurício Godinho. Direito do trabalho, 15ª ed. São Paulo: LTr., 2015.  
GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Flexibilização dos direitos trabalhistas. São Paulo: LTR, 2009.  
MARTINS, Sérgio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Atlas, 2014

\*\*\*

GT1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

MARIA APARECIDA CARVALHO IUNES  
UNIMAR  
cidaiunes@hotmail.com

JUSSARA BORGES FERREIRA  
UNIMAR  
jussara@jblaw.adv.br

**RESUMO:**

O presente estudo tem por objeto a análise da constitucionalização do Direito Civil, especialmente no direito obrigacional. Nesse sentido, a Constituição Federal indicou novo sentido atribuído a alguns dos princípios clássicos do direito dos contratos. Assim, princípios como a Autonomia da Vontade, da Obrigatoriedade e Relatividade dos Contratos foram relativizados, consoante à socialização do Direito e prestigiando o Princípio da Boa-Fé Objetiva, Equilíbrio Econômico e a Função Social dos Contratos. Os Princípios da Boa-Fé Objetiva e da Função Social centralizam a metódica pautada pela principiologia e constitucionalização, de forma a reorientar os pactos e a interpretação dos contratos e das suas cláusulas, compatíveis ou não com os objetivos comuns das partes contratantes. Ao criar limites ao exercício abusivo ou contrário à boa-fé, aos bons costumes ou ao fim econômico e social, definem o novo paradigma referente ao trânsito negocial contemporâneo, orientando a prestação principal, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial, implementando a cooperação mútua e impondo premissas obrigatórias de esclarecimento e informação, de lealdade, de proteção e de cuidado.

**Palavras-chave:** Contrato; Boa-Fé; Equilíbrio Econômico; Função Social;

**ABSTRACT:**

This study aims at the analysis of constitutionalisation of civil law, especially in the obligatory right. In this sense, the Constitution indicated new meaning attributed to some of the classic principles of contract law. Therefore, principles such as autonomy of the will, the Obligation and Relativity Contracts were relativized, as the socialization of law and honoring the Principle of Good Faith aims, economic balance and social function of contracts. The Principles of Good Faith aims and Social Function centralize methodically guided by principles, and constitutionalisation in order to reorient the covenants and the interpretation of contracts and of its provisions, compatible or not with the common objectives of the Contracting Parties. When creating limits on abusive exercise or contrary to good faith, morality or the economic and social order, define the new paradigm regarding the contemporary negotiating traffic, guiding the main provision in the pre-negotiation stage, negotiations and post-trade, implementing mutual cooperation and imposing mandatory premises for clarification and information, loyalty, protection and care.

**Keywords:** Contract; Good Faith; Economic Balance; Social Role;

**INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 trouxe novos valores sociais ao ordenamento jurídico, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana. Resultado da ascensão e consolidação das Ciências Sociais no século XIX (como economia) e no século seguinte a maturidade democrática alcançada pelos países do Ocidente. Devido a isso, o estudo interdisciplinar tornou-se fulcral. Isso se aplica aos contratos (TIMM, 2009, p.10). Dentro da nova ordem social todos os fatos jurídicos são impactados pela função social do contrato, boa-fé objetiva e a manutenção do equilíbrio econômico. Os valores sociais estabelecidos pelo ordenamento ampararam a atuação dos seus titulares, inclusive nas relações jurídicas patrimoniais, onde se destaca a propriedade privada conforme artigos 5º, XXXIII, e 170, III, (Constituição Federal/1988).

### **DESENVOLVIMENTO**

O conceito jurídico de contrato foi evoluindo no sentido de acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade, a cada momento dessa evolução, notou-se um enfoque diferente. Sua evolução resulta de diversos contextos, entre eles, do Direito Romano, da Idade Média, do Estado Liberal, do Estado Social e por último, do Estado Democrático de Direito. Na doutrina brasileira encontram-se diversos conceitos para o termo contrato. Percebe-se que todos se complementam, uma vez que na maioria das vezes possuem ideias em comum. Assim, o contrato pode ser definido como “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos” (PEREIRA, 2009, p.7). A força obrigatória do pacto e das convenções no direito romano eram conceitos equivalentes e significavam o acordo de duas ou mais pessoas a respeito de um objeto determinado. O simples acordo, convenção ou pacto, porém, não bastava para criar uma obrigação juridicamente exigível. Para que se criasse uma obrigação, havia necessidade de certas formas que se exteriorizassem a vista dos interessados. A solenidade dava força às convenções. Portanto, não conhecia o Direito Romano uma categoria geral de contrato, mas somente alguns contratos em particular (VENOSA, 2011, p. 374).

Entretanto, essa tendência individualista ocasionou sérios desequilíbrios sociais, que somente foram contornados pelo dirigismo contratual do século XX, o contrato deixa de ser a peça-chave, a ponte para alcançar a propriedade. Entendeu-se nesse passo que, embora celebrado entre um grupo seus efeitos extrapolasse. Em decorrência dessa mudança de paradigma, o atual Código Civil Brasileiro inovou na seara contratual (VENOSA, 2011, p. 376), ao focar a defesa de uma racionalidade essencialmente material e não formal, bem como na interdisciplinaridade de paradigmas ao conjugar os conceitos econômicos na definição e interpretação dos contratos, com o paradigma da História, da Sociologia, da Moral (TIMM, 2006, p.11). Dessa forma, para evitar a desproporção e buscar o equilíbrio jurídico entre as partes contratantes, normas de fora da vontade das partes passaram a dirigir as cláusulas contratuais, mormente às normas flexíveis, chamadas de cláusulas gerais de contratação, impondo aos contratantes desde a fase inicial das negociações obediência; e ao julgador no momento de apreciação de cada caso concreto maior flexibilização, permitindo-se, assim, a utilização dos princípios gerais de contratação, como a boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e a função social do contrato, por exemplo (TARTUCE, 2007, p. 239).

Nesse sentido, buscou a justiça distributiva, limitando o Estado Liberal, com a ideia de Estado social, até sua evolução ao Estado Democrático de direito. Esses limites forçaram os interesses contratuais econômicos a respeitarem interesses genéricos, porque se percebeu relação mais duradoura e economicamente eficiente, como o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana que já vinha, de antes do nosso código, norteando o CDC, para citar um exemplo (MASSON, 2016, p.309). De certo que a igualdade formal trazida pelos direitos fundamentais de primeira dimensão,

mostrou-se insuficiente para garantir a verdadeira equivalência de condições de conquista e fruição dos bens e serviços, propiciando uma falsa noção de paridade que só servia aos detentores de riqueza, cada vez mais prósperos e distantes dos explorados que, apesar de possuidores das mesmas prerrogativas e liberdades públicas, estavam desprovidos da condição de usufruí-las. (MASSON, 2016, p.309). Assegurados pela Constituição de 1988 com a razão de incrementar a qualidade de vida dos indivíduos, veio o traçado corretivo dos direitos sociais, a fim de dar condições materiais objetivas de concretização dos próprios direitos individuais. Assim, fruto dessa evolução, destacam-se três princípios, se não inovadores, mas aperfeiçoados nesse momento da já amadurecida democracia brasileira, como norteadores da nova redação do Código Civil Brasileiro: o da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social do contrato. Em 1990, com a edição do CDC, a boa-fé foi consagrada no sistema de direito privado brasileiro como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas. A boa-fé objetiva constitui-se em uma conduta social, um paradigma ético de comportamento, uma atuação concretamente, honesta, leal e proba. Objetiva porque, à inteligência de visão coletivista social e não decorrente do julgamento individual de acreditar o sujeito da conduta estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico (subjativa) (AMARAL, 2009,p.1). Com o implemento da Constituição de 1988, os julgadores pátrios recepcionaram a metódica da constitucionalização do Direito Civil, mormente na ótica dos direitos sociais, onde vontades mesmo interpartes e de cunho econômico se viram limitadas. Se antes o direito negocial era baseado no exercício da autonomia privada, tendo em vista que os indivíduos tinham quase que irrestrita liberdade para externar sua vontade, atualmente a aplicação do direito deve estar em conformidade com o Estado Democrático de Direito, forma consagrada na Constituição Federal brasileira vigente, que estabelece como princípio norteador a dignidade da pessoa humana (FIUZA, 2006, p.87). Os contratantes devem se colocar no lugar do parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, seus direitos, sucumbir aos fins do contrato, agindo com lealdade, sem abuso de sua superioridade econômica ou de qualquer vantagem contratual, evitando assim lesão ou desvantagem excessiva, relativamente à pessoa e o patrimônio do parceiro contratual, norteando todas as suas cláusulas no sentido de atingir o bom fim das obrigações, isto é, o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses legítimos de ambos os parceiros (AMARAL, 2009, p.1). Com o artigo 422, do Código Civil de 2002, a boa-fé conquista expressamente o status de princípio norteador em todo transcorrer do negócio jurídico desde a formalização, até a sua interpretação e a integração. Presente está também em vários outros artigos do Código Civil, como o Art. 309, Art. 1.242 e Art. 1.561. De acordo com o Enunciado 24 do CJF, a violação dos deveres anexos à boa-fé acarreta inadimplemento contratual independentemente de culpa, e que se chama violação positiva do contrato. Há ainda a função interpretativa da boa-fé objetiva, consagrada no art. 113 do Código Civil e que serve para balizar a interpretação do contrato, e a função de controle, descrita no art. 187 do Código Civil, que serve para estabelecer o conceito de abuso de direito para acarretar a responsabilização civil (CASSETTARI, 2014, p.223). A valorização do princípio do equilíbrio nos contratos pode ser perfeitamente percebida com o ressurgimento no direito positivo do instituto denominado “lesão”. É um princípio recente que se preocupa com a proteção do contratante vulnerável desde a negociação inicial (WANDERLEY, 2014, p.1). A lesão é patologia existente nos contratos desequilibrados desde a formação do instrumento jurídico, que causa uma prestação manifestamente desproporcional em razão da necessidade e inexperiência. E durante a execução do contrato, também, pode ocorrer desconformidade entre contraprestação e prestação, ou seja, a existência de um desequilíbrio material do contrato, que ocasione a sua revisão (NASSER 2011, p. 151.

O acontecimento de eventos não esperados que ocasione prejuízo a uma das partes, tornando a obrigação mais gravosa ou mesmo, onerosa, permite a revisão (Art. 157. CC/2002) ou a resolução por onerosidade excessiva do contrato (Arts.478 e 479, CC/2002). Por muitos anos, discutiu-se a respeito da invariabilidade do modo de reajustamento dos contratos de financiamento de casa própria, de longo prazo, especialmente em períodos de alta inflação. Neste contexto, quando os índices de correção contratuais se afastavam desse percentual de comprometimento, gerava em muitos casos a impossibilidade do cumprimento da prestação, impondo-se, desta forma, a revisão do contrato, por conta da alteração da base contratual (LÔBO, 2011, p. 203). E por fim, a função social do contrato tem sua origem constitucional no princípio da solidariedade social (art. 3º, I, CF) , e o art. 421 do CC veio regulamentá-la, e o art. 2.035 em seu parágrafo único elevou este princípio a um preceito de ordem pública. Sendo de ordem pública impõe ao julgador de ofício a reconhece-la mesmo nos contratos realizados antes do Código Civil de 2002, fazendo com que este seja interpretado e visualizado de acordo com o novo contexto da sociedade (CASSETTARI, 2014, p. 218). O princípio da função social do contrato possui dupla eficácia: a interna que atende aos interesses privados, mas pode haver, também, a eficácia externa, que serve de proteção aos interesses extraordinários. Parte significativa da doutrina entende a função social como a expressão, no âmbito contratual, dos ditames da justiça social, próprios do *Welfare State* constitucional (TIMM, 2006, p.14). “Trata-se de um fenômeno referido como a publicização, socialização, ou até mesmo a constitucionalização do Direito Privado, ou seja, os institutos do direito privado, como o contrato, passam a ser orientados por critérios pertinentes ao Direito Público”. (TIMM, 2006, p.14).

#### **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

Os princípios da Boa fé, do Equilíbrio Econômico e da Função Social que norteiam as cláusulas contratuais emergidos com o novo Código Civil, vieram trazer maior justiça relativamente aos seus efeitos, porque impõe a igualdade ditada pela Carta Republicana indicando o tratamento protetivo ao desigual. A mitigação das vulnerabilidades, só realmente acontece com a intervenção estatal na mais individual das relações jurídicas, produzindo resultados mais justos de forma que as partes retirem benefícios mais justos da relação, que embora, aparentemente só econômica, de contundentes repercussões no âmbito social e político. O interesse coletivo e o que traz a evolução das nações e principalmente de sua gente. Bem maior a ser atingido.

#### **CONCLUSÃO**

Com a evolução da sociedade sob uma ordem democrática, social e de supremacia do Estado de Democrático de Direito, oportunizou a adoção da metódica da constitucionalização dos Contratos. No direito contratual, os princípios da boa fé, do equilíbrio econômico e da função social representam o eixo principiológico em sede de relações contratuais, possibilitando a compatibilidade em relação à dignidade da pessoa, visando à compensação das vulnerabilidades, com a limitação dos excessos e dos abusos, colaborando para a construção de uma sociedade mais integradora, igual, justa e solidária.

#### **BIBLIOGRAFIA**

AMARAL, Diego Martins Silva do. O Princípio da Boa-Fé e suas diferenças entre objetiva e subjetiva. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1781](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1781), Acesso em 06 out. 2016.

BRASIL, Palácio do Planalto. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 05 out. 2016.

CASSETTARI, Chistiano. Elementos de direito civil. 3.ed. São Paulo: Saraiva,2015.

CODIGO CIVIL, 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm).

FIUZA, César; MARQUES, Emanuel Adilson. **Constitucionalização do direito das obrigações**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 8 – jul./dez. 2006. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-087-Cesar\\_Fiuza\\_&\\_Emanuel\\_Adilson\\_Marques.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-087-Cesar_Fiuza_&_Emanuel_Adilson_Marques.pdf)>. Acesso em: 2 jan. 2013.

LÔBO, Paulo. Direito civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 4.ed.Salvador: jusPodivm, 2016.

NASSER, Paulo Magalhães. Onerosidade excessiva no contrato civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TARTUCE, Flavio. A função social dos contratos do código de defesa do consumidor ao novo código civil. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva versus eficiência econômica. Seminário 8. UNIMAR.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WANDERLEY, Maira Cauhi . O equilíbrio econômico do contrato. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34444/o-equilibrio-economico-do-contrato>. Acesso em 05 out.2016.

\*\*\*

## **O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO COMO NORMA FUNDAMENTAL DO NOVO CPC: UM NOVO PARADIGMA**

### **THE PRINCIPLE OF COLLABORATION AS STANDARD OF FUNDAMENTAL CPC NEW: A NEW PARADIGM**

#### **GT3- ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

ANDRIELA DE PAULA QUEIROZ AGUIRRE – UNIMAR –

[aqueiroz@queirozaguirre.com.br](mailto:aqueiroz@queirozaguirre.com.br)

SIMONE FURLAN – UNIMAR – [simone.furlan@cosan.com](mailto:simone.furlan@cosan.com)

ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO – UNIMAR –[elias.marques@cosan.com](mailto:elias.marques@cosan.com)

#### **RESUMO:**

O presente artigo objetiva analisar o Princípio da Colaboração, também chamado Princípio da Cooperação, previsto como Norma Fundamental no Novo Código de Processo Civil. Sendo norma fundamental, deve ser tomado como norte para a interpretação da novel legislação, funcionando como verdadeiro paradigma para a análise de novas e velhas questões. Investigar-se-á qual o motivo de se eleger a colaboração entre os sujeitos do processo como norte a ser observado. Será feita a análise do referido Princípio como forma de possibilitar ou, pelo menos, de orientar as bases de um processo mais efetivo, justo, solidário e em tempo razoável, sopesando

quais os entraves para isso. O presente estudo foi desenvolvido a partir do método dedutivo e amparado por pesquisa legislativa, jurisprudencial e doutrinária.

**Palavras-chave:** Cooperação. Duração razoável do processo. Efetividade

#### **ABSTRACT:**

This article aims to analyze the Collaboration Principle, also called Cooperation Principle, provided as standard Fundamental in the New Code of Civil Procedure. As fundamental rule, it should be taken as north to the interpretation of the novel legislation, acting as a true paradigm for the analysis of new and old issues. We will investigate what the reason to elect a collaboration between the subjects of the process as north to be seen. the analysis of that principle as a way of enabling or will be at least to guide the foundation for a more effective process, fair, ethical and reasonable time, hefting which barriers to this. This study was developed from the deductive method and supported by legislative, jurisprudential and doctrinal research. Keywords : Cooperation . Reasonable process time . Effectiveness .

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo objetiva analisar o Princípio da Colaboração, também chamado Princípio da Cooperação, previsto como Norma Fundamental no Novo Código de Processo Civil.

Como norma fundamental, deve ser tomado como norte para a interpretação da novel legislação, funcionando como verdadeiro paradigma para a análise de novas e velhas questões.

A partir dessas premissas, o objetivo desta pesquisa é analisar o artigo 6º, do Novo Código de Processo Civil, que trouxe o Princípio da Cooperação como Norma Fundamental, criando, com isso, a necessidade de participação ativa dos sujeitos que dele fazem parte.

### **2. A CLÁUSULA GERAL DE COLABORAÇÃO**

A partir do século XX e, notadamente, após a Constituição Federal de 1988, o Processo Civil Brasileiro vem passando por grandes transformações.

A sociedade globalizada, principalmente após a chamada Revolução tecnológica passou a litigar de forma diversa, optando, além das ações individuais, por litígios de massa que passaram a demandar também atenção especial do Poder Judiciário.

Com isso, o processo, ao invés de acompanhar a evolução da sociedade, passou a ser cada vez mais moroso e distante do conceito de efetividade, gerando descontentamento e verdadeiro Caos no Poder Judiciário como um todo.

E é nesse cenário, ou seja, no qual o Judiciário enfrenta um verdadeiro colapso, diante do expressivo aumento da litigiosidade, que o Novo Código de Processo Civil surge como uma tentativa de inclusão de novas ideias, novos paradigmas, pensados em conferir mais efetividade e menos morosidade ao rito processual.

Desse modo, o Novo Código deve ser entendido como o grande marco de constitucionalização do processo civil, trazendo em seu bojo Normas Fundamentais que servirão à concretização do verdadeiro sentido de justiça.

Essas normas fundamentais, previstas no livro I, da Parte Geral e elencadas nos seus 12 (doze) primeiros artigos deverão servir de norte a todo o Código, que, por sua vez, deverá ser interpretado como unidade e não de forma isolada.

Ressalte-se, contudo, que o Novo código não pode ser visto como uma “fórmula mágica”, que resolverá os problemas do Judiciário e da sociedade, mas sim, como uma tentativa de implementar novas premissas, principalmente, a de que o processo deve ser visto sob a ótica de todos que dele participam.



A novel legislação apresenta, pois, uma moderna divisão de papéis no litígio, uma verdadeira comunidade de trabalho, conduzida nos termos do artigo 6º, que retrata o Princípio da Colaboração *in verbis*: “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (CUNHA, 2016).

Denota-se, pois, que a Cooperação, como norma fundamental, tem o intuito maior de se obter, em tempo razoável, uma Decisão de mérito, justa e efetiva.

Observa-se, através da colaboração, a busca do verdadeiro sentido do litígio, ou seja, a efetividade da Decisão, alcançada através da influência e da boa-fé de todos aqueles que dele participam.

Aliás, o artigo 6º, deve ser interpretado, especialmente, em conjunto com os artigos 5º (boa-fé) e, sobretudo, sob a premissa do Princípio do Contraditório, prevista no artigo 7º do novo CPC.

Cooperar não significa, contudo, abrir mão do litígio, do conflito instaurado, mas sim de não encarar esse processo como um campo de batalhas.

Não significa que a parte não defenderá seus interesses, seus direitos, mas sim que colaborará para que o processo seja resolvido em tempo hábil, evitando discussões e medidas desnecessárias.

Sabe-se que não é tão simples estabelecer uma cultura de colaboração no Processo Civil, principalmente porque a Cláusula Geral de Cooperação possui conceito aberto e indeterminado, causando certo receio naqueles que ainda não conseguiram compreender o verdadeiro sentido do termo.

Assim, as partes, ou melhor dizendo, os sujeitos do processo devem ter em mente que embora tenham pretensões contrárias, há um interesse maior a ser observado.

Deve ser observado que o objetivo do processo não é a batalha, o jogo e sim que aquela Decisão seja o mais justa e efetiva possível.

De nada adianta um processo imensamente conflituoso se a sua Decisão não conseguirá atingir os pretendidos efeitos.

Desse modo, embora o conceito seja amplo, os partícipes do processo, ou seja, da comunidade de trabalho instituída, deverão colaborar entre si afim de obter os melhores resultados dessa demanda.

Por isso, a Colaboração deve ser vista como um **dever** dos sujeitos, entre eles, partes, procuradores, Juiz e demais partícipes do processo.

Com relação a esses mencionados Deveres dos sujeitos no processo colaborativo, Leonardo Carneiro da Cunha assim disciplina:

“Há, na verdade, a cooperação das partes com o tribunal, bem como a cooperação do tribunal com as partes”. (CUNHA, 2016).

A cooperação das partes com o tribunal envolve:

- a) a ampliação do dever de litigância de boa fé[27];
- b) o reforço do dever de comparecimento e prestação de quaisquer esclarecimentos que o juiz considere pertinentes e necessários para a perfeita inteligibilidade do conteúdo de quaisquer peças processuais apresentadas;
- c) o reforço do dever de comparecimento pessoal em audiência[28], com a colaboração para a descoberta da verdade[29]; e,
- d) o reforço do dever de colaboração com o tribunal, mesmo quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou

confidencialidade (CPC português, arts. 519º e 519º-A). ( CUNHA, 2016).

Desse modo, como atores do processo, as partes devem contribuir para que o processo cooperativo se desenvolva, agindo com lealdade, comprometimento e evitando situações protelatórias ou abusivas.

Já o papel do Juiz no processo colaborativo, se revela através de *deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio*.

Aliás, no processo cooperativo, o Juiz passa a ocupar a posição de verdadeiro gerente do processo, administrando a lide para que ela alcance o seu verdadeiro objetivo, que é a efetividade da Decisão de mérito, em tempo razoável.

Assim, o Juiz, no processo colaborativo, assume uma postura ativa, situando-se no centro da controvérsia, a fim de obter um ponto de equilíbrio para a contribuição efetiva das partes na busca da justiça ao caso concreto.

### **Dever de esclarecimento**

Esse dever consiste na prerrogativa do Juiz pedir esclarecimentos às partes com relação a eventuais dúvidas quanto suas alegações ou pedidos. Esse dever se justifica a fim de que a Decisão não seja proferida com dúvidas, sem a apuração da verdade.

### **Dever de consulta**

Através do dever de consulta, se procura evitar que o Juiz profira decisões precipitadas ou equivocadas. Assim, antes de decidir sobre questões de fato ou de direito, deve intimar as partes para que elas se manifestem.

A ideia é que se evitem decisões-surpresa, uma vez que o Juiz consulta as partes antes de decidir.

### **Dever de prevenção**

Através do dever de prevenção, cabe ao Juiz destacar eventuais deficiências do pedido que possam prejudicar a Decisão de mérito.

Com isso, previne-se, por exemplo, uma carência de ação, indicando o tipo de medida adequada à correção do defeito.

### **Dever de auxílio**

O dever de auxílio autoriza que o juiz auxilie as partes, a fim de que as mesmas consigam superar eventuais dificuldades que possam prejudicar o exercício de direitos ou o cumprimento de deveres no processo.

Destacados brevemente os deveres dos sujeitos, segundo o Princípio da cooperação, denota-se que todos eles possuem, na verdade, a finalidade de estimular o diálogo entre os sujeitos, aproximando-os para que possam cumprir o seu papel nesse novo modelo de processo, que visa, sobretudo, a efetividade e a justiça da Decisão de mérito.

## **5. CONCLUSÃO**

Ao analisar os aspectos do Princípio da Cooperação, previsto como Norma Fundamental no Novo Código de Processo Civil, constatou-se que o mesmo foi implementado como forma de inserir um novo paradigma ao processo.

Paradigma esse centrado na idéia de um processo colaborativo, concretizado por seus sujeitos, na busca de um provimento de mérito, justo, efetivo e concedido em tempo razoável.

Para tanto, identificou-se que mesmo que o referido Princípio não seja capaz de solucionar a grave crise que assola o Judiciário brasileiro, provocada por uma enorme

litigiosidade e complexidade de demandas, pode, ao menos, conscientizar seus sujeitos de que o cumprimento de deveres de colaboração poderá amenizar a problemática e tornar a distribuição de justiça mais célere e consciente.

Deveres esses que, conforme mencionado, são dos sujeitos como um todo, ou seja, das partes, procuradores, Juízes e todos os demais sujeitos que possam influenciar a condução do processo.

Sabe-se que a colaboração não findará o litígio e, muito menos, que as partes devam desistir de suas pretensões.

Contudo, nessa nova ótica, o processo não pode mais ser visto como um mero campo de batalha, mas sim como uma medida efetiva de aplicação da justiça.

Por isso, os sujeitos devem se comportar pautados na boa-fé, exercendo, efetivamente o contraditório, em busca de uma justiça mais fraterna e solidária.

Pode parecer utópico, mas o próprio Código tratou de dar eficácia a esse Princípio através de vários dispositivos que garantem os poderes-deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio, conferidos ao Juiz, que agora deve agir ativamente, gerenciando os conflitos do processo.

Assim, mesmo que se trate de uma nova visão, que será consolidada no decorrer de anos, pela Doutrina e Jurisprudência, certamente, não se pode negar que o Princípio da Cooperação se torna uma clara alternativa à efetividade do processo e da verdadeira justiça.

## **6. REFERÊNCIAS**

BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio contraditório e a cooperação no processo. <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/> acessado em 16/06/2016.

MITIDIERO, Daniel. *Processo justo, colaboração e ônus da prova*, Rev. TST, Brasília, vol. 78, no 1, jan/mar 2012.

## **AS CONTRIBUIÇÕES DO ESTÁGIO SUPERVISIONADO NA FORMAÇÃO DO ACADÊMICO DA LICENCIATURA EM PEDAGOGIA**

### **THE CONTRIBUTIONS OF SUPERVISED INTERNSHIP IN STUDENTS' EDUCATION DEGREE IN PEDAGOGY**

MYRIAN LUCIA RUIZ CASTILHO, Universidade de Marília, prof.myrian@ig.com.br

#### **RESUMO**

O presente trabalho se constitui em um ensaio combinando a descrição de um relato de experiência em sala de alfabetização de jovens e adultos com o contexto da universidade. Para tanto, o cenário que se apresenta é referente a uma iniciativa do governo do Estado de São Paulo, especificamente da Secretaria Estadual de Educação em parceria com as universidades que mantêm cursos de licenciatura. Intitulado PAI – Programa de Alfabetização e Inclusão, este programa é desenvolvido na Universidade de Marília/SP na licenciatura de Pedagogia. O objetivo deste artigo é, portanto, o de demonstrar que a instituição de ensino superior comprometida com as questões sociais pode, por meio da extensão, cumprir com o seu papel na sociedade. É nesse sentido que o estágio curricular supervisionado na universidade possibilita o despertar da prática pedagógica, o repensar da responsabilidade social e o compromisso com a cidadania, pois é um espaço destinado à prática como também às questões teóricas envolvidas, havendo interação entre ambos, configurando-se como um laboratório de aprendizagem para os discentes envolvidos. Vivenciar a prática pedagógica e ter a possibilidade de realizar intervenções no processo, garante um espaço voltado para o planejamento, a implementação e a avaliação da prática pedagógica emancipadora e transformadora. Palavras-chave: Estágio curricular. Extensão universitária. Alfabetização de jovens e adultos.

#### **ABSTRACT**

This work constitutes an essay combining the description of an experience report on youth literacy and adult room with the university context. Therefore, the scenario that presents itself refers to an initiative of the São Paulo state government, specifically the State Department of Education in partnership with universities that hold bachelor degree. Entitled PAI - Literacy and Inclusion Program, this program developed at the University of Marilia/SP in Pedagogy degree. The purpose of this article is therefore to demonstrate that the institution of higher education committed to social issues can, by extension, fulfilling its role in society. It is in this sense that the curricular internship supervised the university allows the awakening of pedagogical practice, the rethinking of social responsibility and commitment to citizenship, it is a place to practice as well as the theoretical issues involved, having interaction between both, configured as a laboratory learning for the students involved. Experience the pedagogical practice and have the possibility of intervention in the process, ensures a way dedicated to the planning, implementation and evaluation of teaching practice, emancipatory and transformative.

Keywords: Curricular internship. University extension. Literacy for youth and adults.

#### **INTRODUÇÃO**

Existe o consenso de que a formação da qual dispõem os professores hoje no Brasil não contribui suficientemente para que os seus alunos se desenvolvam bem e tenham

sucesso nas aprendizagens escolares, participem como cidadãos no pleno exercício de direito em um mundo cada vez mais competitivo sob todos os aspectos.

Muitos setores sociais e principalmente os profissionais da educação vêm colocando em discussão a concepção de educação e a função da escola, a relação entre conhecimento e a vida sociocultural e o trabalho do professor. A partir da atuação do profissional da educação, das novas práticas pedagógicas e da demanda social, um novo papel de professor deve ser gestado. O professor constitui-se no agente privilegiado de mudanças no ensino, já que não apenas conduz o processo educativo como ainda é um dos interessados em resolver os problemas do cotidiano.

Elevar a qualidade de atuação dos professores exige ações importantes, entre as quais a formação. Mesmo a formação em nível superior não é suficiente para o desenvolvimento profissional, o que torna necessária a criação de uma formação continuada e permanente para os professores.

A realidade brasileira, complexa e heterogênea, dada a grande diversidade cultural, as peculiaridades regionais e as especificidades das populações e a clientela atendida pela escola, não permite que a formação de professores seja realizada satisfatoriamente.

A formação transcende o ensino que pretende atualização científica pedagógica e didática; a formação transforma-se na possibilidade de criar espaços de participação e reflexão para que as pessoas aprendam e se adaptem para poder conviver com a mudança e a incerteza, conforme palavras de Imbernon (2001).

A formação docente está sendo estudada atualmente sob a forma de competências que têm por objetivo facilitar as etapas do trabalho do professor. Sobre este assunto Perrenoud (2000, p. 155) afirma ser preciso:

Organizar e dirigir situações de aprendizagem, administrar a progressão das aprendizagens, conceber e fazer evoluir dispositivos de diferenciação, envolver os alunos em sua aprendizagem e em seu trabalho, trabalhar em equipe, os pais, utilizar tecnologias novas, enfrentando os deveres e os dilemas éticos da profissão.

O trabalho coletivo integrado impõe-se, agora, como condição indispensável à sobrevivência institucional. A educação e a universidade, na procura de novas alternativas de participação, buscam, dentro desse movimento, subsídios para sua modernização.

Diante do aparente distanciamento do cotidiano universitário e as reais necessidades apresentadas por uma sociedade em transformação, em que se confere um importante papel ao trabalho educativo, acreditamos ser este o momento oportuno para analisarmos experiências bem sucedidas, bem como reflexões produtivas do conhecimento acadêmico sobre alguns aspectos que permeiam nossas convicções.

Segundo Saviani (1999), a universalização de uma escola deve desenvolver ao máximo as potencialidades dos indivíduos e conduzi-los ao desabrochar pleno de suas faculdades espirituais e intelectuais. Nesse sentido, a educação superior é responsável por criar condições para que os indivíduos desenvolvam as suas capacidades, construam capacidades para uma melhor compreensão da realidade e participem das diferentes relações sociais. Relações que propiciem o exercício da cidadania, possibilitando-lhes responder aos desafios impostos pela sociedade e nela possam intervir. Cabe, portanto à educação a tarefa de conciliar o crescimento e assegurar valores de uma cidadania plena.

As mudanças curriculares que estão ocorrendo nas universidades brasileiras dependem de uma articulação entre as atividades de sala e as atividades teóricas e práticas. Nesse sentido, será importante atribuir às atividades de extensão perspectivas de

transformação interna na universidade junto à solução de problemas urbanos e sociais, vinculados à saúde, à educação e às práticas sociais.

A extensão universitária tem sido entendida como atividade que faz a integração da universidade com a comunidade. O acadêmico participante dessa extensão no programa de alfabetização é levado a perceber que o aprendizado da universidade poderá ser utilizado como instrumento valioso na promoção social.

A qualidade do trabalho desenvolvido foi intensificada pelo espírito de cooperação que permanece durante o período em que os estagiários atuam como profissionais.

A construção social e profissional do universitário é um processo histórico que tem como base a garantia do direito social à cultura. Sendo assim, é necessário que compreendam os contextos sociais e as questões contemporâneas envolvidas. Uma formação democrática exige relação de respeito mútuo, preocupação com a justiça, diálogo, possibilidade de questionamento e argumentação. Trata-se de desenvolver a formação política cuja ausência muitas vezes tem sido apontada por muitos analistas da educação brasileira.

### **ALFABETIZAÇÃO E INCLUSÃO**

A função da Educação de Jovens e Adultos é proporcionar aos indivíduos o reconhecimento dos direitos civis no seu meio social, independentemente de sua idade ou do tempo que ficaram afastados, com o objetivo de que seja superado o caráter de “reposição de escolaridade tão afeita aos olhares tradicionais do Ensino Supletivo e às recordações do processo histórico de subalternização e de estigmatização dos sujeitos que são rotulados como fracassados do ensino regular.” (HADDAD, 2007, p.15).

As funções da Educação de Jovens e Adultos – EJA visam ao direito de uma escola de qualidade, ao reconhecimento da igualdade, a novas perspectivas, a novos desafios profissionais no contexto de uma educação qualificadora não estática, mas que acompanha os avanços tecnológicos e científicos. Objetiva a capacitação dos jovens e adultos para o mercado de trabalho, oferecendo mais do que ensino, mas sim o exercício da cidadania, com condições de participação na sociedade, desenvolvendo habilidades e capacidades para que possam trocar experiências e conhecimento.

Devemos ver não só a EJA, mas a educação de forma geral como um projeto de vida, atendendo às três necessidades fundamentais: a individual, a profissional e a social. A individual faz com que o indivíduo busque o conhecimento de forma plena, buscando o seu desenvolvimento e aprendendo sobre si mesmo e sobre o ambiente que o envolve. A necessidade de exercer algum ofício é caracterizada pela segunda necessidade, não só no ingresso no mercado de trabalho como também em busca de uma melhor colocação, e porque não dizer na manutenção de seu emprego nos momentos de crise. E finalmente, a social que fornece ao homem a capacidade de viver em sociedade como sujeito ativo, capaz de conseguir expressar suas opiniões e saber avaliar de forma crítica as opiniões das outras pessoas.

Com as determinações estabelecidas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN, (BRASIL, 1996), a Educação de Jovens e Adultos ganhou espaço tornando-se uma política de Estado, que, por sua vez, passou a efetuar investimentos nesta modalidade de ensino, possibilitando um verdadeiro combate ao analfabetismo, elevando o índice de ensino da população e de seu público alvo que são aqueles que não tiveram acesso ou a possibilidade de estudos na idade própria. A Educação de Jovens e Adultos deixou de ser apenas uma política educacional, tornando-se também, uma política social, proporcionando melhores condições de trabalho, de qualidade de vida e respeito pela sociedade.

## **A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA: ELEMENTOS CONSTITUINTES DO FAZER ACADÊMICO**

A extensão universitária foi, entre as dimensões constitutivas da universidade, a que mais tardou a surgir. Tal fato nos sugere questões acerca da dificuldade em ser compreendida, assimilada e conceituada pelas universidades, quer seja, por possuir características inerentemente interdisciplinares, ou pelo fato de realizar-se, primordialmente, além dos muros da instituição acadêmica, ou ainda, por estabelecer uma troca de saberes e busca pela contemplação do saber científico à sociedade impossibilitada de acessá-lo.

Neste sentido, Mendonça e Silva (2002) relataram que são poucas as pessoas que têm acesso ao ensino superior no Brasil, sendo, a extensão universitária, a melhor opção para redimensionar a própria função da instituição de ensino, através da busca por soluções dos problemas apresentados por determinada sociedade com a elaboração de políticas públicas participativas e emancipadoras.

Portanto, a extensão universitária pode ser considerada indispensável na formação dos alunos, na formação dos docentes e na relação com a sociedade.

De certa forma, as dificuldades em conceituar, compreender e programar a extensão universitária, são decorrentes das complexidades ligadas a ela, tanto, pelas suas influências do aspecto político-social, quanto, pela exigência de uma postura intelectual que valorize o diálogo entre os saberes científico e popular e que reconheça a importância dessa troca.

Em suma, a extensão universitária é o elemento sistematizado que invoca a universidade a cumprir o seu papel de instituição comprometida com a transformação social, que, torna possível a transmissão de conhecimento a níveis sociais que por diversos motivos foram privados do mesmo, tendo o cuidado, durante o processo, de evitar ações, que tornem desigual a apropriação social do conhecimento produzido popularmente, tornando a transmissão deste, uma imposição.

Com o propósito de refletir acerca da extensão universitária, nos cabe esboçar os elementos da tríade que compõe a essência do “fazer acadêmico”: ensino, pesquisa e extensão.

A extensão nos é apresentada como elemento constitutivo dessa tríade, mesmo sendo caracterizada por elementos e atividades que a distinguem, eles são indissociáveis entre si. Esta indissociabilidade das atividades de ensino, pesquisa e extensão pressupõem um princípio fundamental fazer acadêmico.

Jezine (2004, p.03) relata neste sentido:

[...] igualmente, a extensão tem como princípios integradores o ensino-pesquisa, a teoria e prática como função acadêmica da universidade que acabam por revelar um novo pensar e fazer, que se consubstancia em uma postura de organização e intervenção na realidade, em que a comunidade deixa de ser passiva no recebimento das informações/conhecimentos transmitidos ela universidade e passa a ser, participativa, crítica e construtora dos possíveis modos de organização e cidadania.

Tomando-se consciência das características particulares de cada uma das dimensões constitutivas da universidade e entendendo a indissociação de ensino, pesquisa e extensão que funcionam como um acelerador do conhecimento produzido nas universidades consolida-se a garantia de uma via de interação entre universidades e sociedade.

Refletir sobre a extensão universitária, de fato, impõe o desafio de entendê-la e desenvolvê-la com qualidade, concebendo que as três funções da universidade

constituem o processo acadêmico que se estende desde a produção e a sistematização do conhecimento até a transmissão dos resultados.

Como sublinha Tavares (1997, p. 15)

A extensão é o próprio ensino e pesquisa desenvolvidos dentro de uma concepção político metodológica que privilegiou as necessidades da maioria da população, numa perspectiva do movimento ação-reflexão-ação, em que a concepção de ensino se constitui na elaboração, ela mesma, do conhecimento pelos alunos, resultante do confronto com a realidade concreta e a pesquisa da sistematização dessa prática.

Castro (2004) destaca a extensão como formadora de sujeitos de mudança quando ela se coloca como um espaço estratégico para promover práticas integradas entre as várias áreas do conhecimento. Para isso é necessário criar mecanismos que favoreçam a aproximação de diferentes sujeitos, favorecendo a multidisciplinaridade; potencializa, através do contato de vários indivíduos, o desenvolvimento de uma consciência cidadã e humana, e assim a formação de sujeitos de mudança, capazes de se colocar no mundo com a postura mais ativa e crítica. A extensão trabalha no sentido de transformação social.

Desconsiderar a extensão é excluí-la das atividades de ensino e pesquisa, e isso não só promove a dissociação como reproduz velhas posturas acadêmicas que imprimem a perda de inestimável contingente de descobertas e aprendizagens que, acima de tudo, situam as ciências no seu justo lugar de saberes a serviço do ser humano, histórica e socialmente compreendido.

### **O ESTÁGIO CURRICULAR SUPERVISIONADO**

O estágio é compreendido como processo de vivência prático-pedagógica, que aproxima o acadêmico da realidade de sua área de formação e o auxilia a compreender diferentes teorias que regem o exercício profissional.

É um componente curricular fundamental para a formação dos egressos da graduação. É, também, um espaço de aproximação real entre universidade e comunidade, que possibilita uma integração à realidade social e participação no processo de desenvolvimento regional.

Os estagiários objetivam a afirmação da aprendizagem como processo pedagógico de construção de conhecimentos, desenvolvimento de competências e habilidades sob processo de supervisão.

Objetivos do estágio:

- Constituir-se em um campo de experiências e conhecimentos que torne-se uma possibilidade de articulação teórica-prática e que estimule a inquietação intelectual dos alunos;
- Criar um espaço de transição entre a vida estudantil e a vida profissional, atenuando o impacto dessa transformação, base de emancipação e autonomia;
- Desenvolver habilidades, hábitos e atitudes pertinentes e necessárias para aquisição das competências profissionais;
- Incentivar o interesse pela pesquisa e pelo ensino.

Sendo assim, o estágio na universidade permite vivenciar a prática pedagógica com interações transformadoras para o verdadeiro exercício da cidadania.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a valorização das práticas pedagógicas nos cursos de formação de professores, é possível organizar um projeto de formação contínua articulado com as instâncias formadoras.

Muitos autores estão preocupados com o individualismo da prática que não contribui para a melhora da formação profissional e da qualidade das escolas. Ao contrário, a



prática reflexiva deve ser percebida como um processo coletivo que vem superar o praticismo individualista.

Nesta perspectiva é possível constatar que o ensino para jovens e adultos, no senso comum, é visto como atividade simples, superficial e rápida. No entanto, entendendo-se que colaborar na formação destes educandos que, em sua maioria, constituem-se como trabalhadores que buscam um crescimento não somente pessoal como também profissional, a aquisição, mesmo básica da leitura, escrita e cálculo são processos infinitos na vida do homem. A construção e tomada de consciência do educando e os processos de formação não comportam mais o caráter de simplicidade, mas de peculiaridade.

Neste sentido, os acadêmicos estagiários do programa de alfabetização e inclusão, da Universidade de Marília desenvolvem um trabalho de educadores voltado para a reflexão, conscientização e responsabilidade, considerando que os educandos assistidos pelo Programa (PAI) buscam também o prosseguimento nos seus estudos, pois possuem o apoio da universidade para estudarem dentro do seu horário de trabalho.

Sendo assim, os estagiários são responsáveis por organizar e planejar o ensino uma vez que os educandos, trabalhadores participantes do Programa, passarão por provas de competência para validação e continuidade de estudos.

Diante do exposto, conclui-se que o Programa de alfabetização e Inclusão, alinhado com o que propõe a extensão universitária enquanto parte do tripé ensino, pesquisa e extensão, sobretudo de suas particularidades, faz-se indispensável para uma formação acadêmica, mais humanizada, valorizando o desenvolvimento do senso de responsabilidade, a amplitude do caráter formador enquanto cidadão e o futuro profissional comprometido com o contexto social no qual está inserido.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

CASTRO, L. M. A universidade, a extensão universitária e a produção de conhecimentos emancipadores. In: REUNIÃO ANUAL DA ANPED, 27., Caxambu, 2004. **Anais...** Caxambu: ANPED, 2004. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/reunioesq27/inicio.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

HADDAD, S. **Novos caminhos em educação de jovens e adultos (EJA)**. São Paulo: Global, 2007.

IMBERNÓN, F. **Formação docente e profissional: forma-se para a mudança e incerteza**. São Paulo: Cortez, 2001.

JEZINE, E. As práticas curriculares e a extensão universitária. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA, 2., Belo Horizonte, 2004. **Anais...** Belo Horizonte: UFMG, 2004.

MENDONÇA, S. G.; SILVA, P. S. Extensão universitária: uma nova relação com a extensão pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA, 1., São Paulo, 2002. **Anais...**, São Paulo, 2002. p. 29-44.

PERRENOUD, P. **Dez novas competências para ensinar**. Porto Alegre: Artmed, 2000.

SAVIANI, D. A supervisão educacional em perspectiva histórica: da função a profissão pela mediação da ideia. In: FERREIRA, N.S.C. **Supervisão educacional para uma escola de qualidade**. São Paulo: Cortez, 1999. p. 13-38.

TAVARES, M. G.M. **Extensão universitária: novo paradigma de Universidade**. Maceió: EDUFAL, 199

**COMUNICAÇÃO CONTRA O ABUSO SEXUAL INFANTIL: A PROPAGANDA SOCIAL NA CONSTRUÇÃO DO DISCENTE-CIDADÃO DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA DA UNIVERSIDADE DE MARÍLIA (SP)**

COMMUNICATION AGAINST CHILD SEXUAL ABUSE: SOCIAL ADVERTISING IN THE CONSTRUCTION OF THE STUDENT-CITIZEN OF ADVERTISING AT THE UNIVERSITY OF MARILIA(SP)

DEBORA LOOSLI MASSAROLLO OTOBONI

**Resumo**

Este *paper* tem como objetivo relatar os impactos gerados aos discentes do curso de Publicidade e Propaganda da Universidade de Marília, diante do desenvolvimento de um trabalho acadêmico em parceria com a Prefeitura Municipal de Marília e o Ministério Público Estadual, intitulado Campanha Contra o Abuso Sexual Infantil e outras formas de violência, em que a Universidade se coloca como esfera para a formação cidadã e comprometida de comunicadores sociais. Para isso, discute-se a propaganda enquanto ferramenta para disseminar e alertar sobre problemas sociais que hoje são reais e atingem uma grande parcela da sociedade, e a responsabilidade social, que deve ser estimulada ininterruptamente em todas as esferas da sociedade. Os discentes criaram peças publicitárias nos formatos Cartaz (A3), vídeos de 30 segundos e spots de rádio de 30 segundos. Todas as peças foram expostas no evento do curso Prêmio Unimar de Publicidade e Propaganda em maio de 2015 e foram avaliados pelos representantes das entidades parceiras. Após a avaliação, a peça vencedora foi produzida e veiculada em toda a rede pública e privada de ensino e rede de saúde da cidade de Marília. O resultado é o empoderamento dos alunos, transformando-os em agentes multiplicadores de uma causa social, além de promover a aplicação teórica de conteúdos como a ética publicitária, a utilização de crianças nas peças e a responsabilidade social do comunicador.

**Palavras-chave:** Propaganda social. Responsabilidade social. Cidadania.

**Abstract**

This *paper* aims to report the impacts resulted in the students of the Advertising college at University of Marilia, in face of the development of an academic work in partnership with Marilia City Hall and the State Prosecutor, entitled Campaign Against Child Sexual Abuse and other forms of violence, in which the University stands as an environment for a citizen and committed formation to the social communicators. For this, it is discussed the advertising as a tool to disseminate and warn of social problems that today are real and affect a large portion of society and the social responsibility that should be encouraged uninterruptedly in all spheres of society. The students created advertisements in poster format (A3), 30-second videos and radio spots of 30 seconds. All pieces were exhibited at Unimar Award Travel Event Advertising in May 2015 and were evaluated by representatives of partner organizations. After evaluation, the winning piece was produced and disseminated throughout the public and private education and health network in the city of Marilia. The result is the empowerment of students, turning them into multipliers of a social cause furthermore it promotes the theoretical application of content such as advertising ethics, the use of children in parts and the social responsibility of the communicator.

**Keywords:** Social Advertising. Social Responsibility. Citizenship

### **Introdução**

A propaganda é, na sua essência, a disseminação de uma ideia, crença e valor. Seu objetivo é divulgar qualidades de um produto, serviço ou ideologias para um grande número de pessoas, através de mensagens verbais e não verbais veiculadas pelos meios de comunicação de massa. No contexto social contemporâneo, sua atuação cresceu e tornou-se, em muitos casos, fundamental, para não só comunicar-se com a sociedade consumidora, mas influenciar a sociedade, por meio da propaganda social. Os problemas políticos, econômicos e sociais que atualmente impactam toda a sociedade, aliados à instantaneidade da comunicação, advinda da internet, trouxe aos nossos olhos, realidades que chocam e incomodam. Miséria absoluta, violência descontrolada, intolerância humana são alguns exemplos de uma realidade que convivemos diariamente. A indignação por parte da sociedade civil é lógica e cresce a cada novo relato de barbárie estampados pelos meios de comunicação. Segundo o Dicionário Houaiss de Comunicação e Mídia (2013, p.452), de Eduardo Neiva, “propaganda é divulgação, propagação de uma ideia ou crença”. O Dicionário de Marketing e Propaganda, de Zander Campos da Silva (2000, p.352), “propaganda é a divulgação de mensagens com o fim de influenciar pessoas ou o público em determinado sentido”. Neste contexto, a propaganda carrega uma carga moral e social muito importante, e que deve ser a raiz de todo o estudo para a formação profissional, pois a utilização da comunicação reflete e altera as relações humanas e sociais. O Dicionário de Comunicação de Ciro Marcondes Filho (2013, p.604) apresenta a definição etimológica e a definição conceitual de propaganda e ressalta a propaganda como a difusão de ideias e valores pela propaganda política, religiosas e em práticas sociais comunitárias. A propaganda social é uma grande fonte de ensino para a ética e a cidadania, pois trata dos problemas sociais que convivemos diariamente. Seu trabalho tem por objetivo a utilização de técnicas de construção de mensagens persuasivas para atingir, conscientizar e modificar atitudes e valores, que por várias razões, precisam ser modificados, para trazer benefícios reais a toda a sociedade. Todo esse contexto, despertou no corpo docente do curso de Publicidade e Propaganda da Unimar a reflexão sobre a necessidade de projetos que envolvessem os conceitos de responsabilidade social e voluntariado na formação profissional do discente. Essa necessidade foi levada em pauta nas reuniões pedagógicas para discussão entre os docentes tanto do eixo comum quanto do eixo específico e uma metodologia foi inserida a um projeto que já era realizado anualmente pelo curso, o Prêmio Unimar de Publicidade e Propaganda, como ferramenta que alia ensino, prática e responsabilidade social. Esse projeto acadêmico tem o objetivo de estimular o pensamento criativo, a produção impressa e audiovisual e a exposição ao mercado profissional local, através da criação de peças publicitárias para clientes reais que aceitam o desafio. Até 2013 as edições do prêmio se limitavam a peças conceituais, que contribuíram na construção do portfólio do aluno. Em 2015, o projeto ganhou corpo, com a parceria da Prefeitura Municipal de Marília, da Polícia Civil e do Ministério Público Estadual, que solicitou uma campanha Contra o Abuso Sexual Infantil. Essa campanha foi solicitada após uma análise da Delegacia da Mulher em parceria com o Conselho Tutelar e Assistência Social de Marília, que fizeram uma análise e diagnosticaram a crescente ocorrência de crimes sexuais contra crianças que são cometidos por pessoas conhecidas da vítima, como pais, primos, tios e vizinhos, sendo ainda mais difícil de serem detectados e denunciados. A partir dessa campanha, pudemos ver a transformação, o engajamento e a iniciativa dos alunos diante de um problema social real e tão triste. A experiência foi motivadora e despertou em todos a necessidade e vontade de contribuir, por meio das ferramentas comunicacionais, para a construção da consciência social em toda comunidade.

### **A propaganda como ferramenta de transformação social**

A propaganda é uma ferramenta da comunicação, para difundir e propagar conceitos e ideias. São muitos os autores que conceituam propaganda. Francisco Gracioso (2002, p.19) aborda a propaganda como algo sensorial, destacando o seu lado provocativo e o que isso vai representar para o consumidor. Essa provocação que a propaganda desperta nas pessoas é o seu principal desafio, de tocar, emocionar, envolver, fazer pensar, enfim, de se destacar por conseguir penetrar na sua mente e mexer com seu imaginário. Segundo Gino Murta, “ela existe para estimular a demanda e também influir nas opiniões, desejos, atitudes e comportamentos.” (2007, p. 19). Pensando para além das relações de consumo, destacam-se atualmente no cenário comunicacional discussões referentes à propaganda social, aquela em que dimensão cidadã e de utilidade pública não é perdida de vista. Segundo Ana Cláudia Marques Govatto (2007, p. 69), a propaganda social deve ser vista como uma ferramenta que muito auxilia as reflexões sobre cidadania, responsabilidade e ética. “Uma organização muito contribuirá para o aprendizado coletivo e o exercício da cidadania se souber disseminar, por meio da propaganda, a ética e a responsabilidade social”. A propaganda social gera a necessidade de agir, de contribuir, de fazer algo relevante e que tenha um impacto positivo na sua vida e na vida de seu círculo de amizade. Aos poucos, essa propagação ganha status de característica de identidade social, de algo intrínseco à sua personalidade, agindo com um agente multiplicador de boas atitudes, como diz Ana Claudia Marques Govatto (2007, p. 73) “é um sistema socializador porque padroniza valores”.

### **O Prêmio**

O Prêmio Unimar de Publicidade e Propaganda é um projeto institucional que compõe a semana acadêmica do curso e objetiva o relacionamento entre o mundo acadêmico e profissional. Durante a semana acontecem palestras, debates e discussões sobre o mercado de trabalho, tendências do setor e novas plataformas de comunicação, além do desenvolvimento e avaliação das peças publicitárias inscritas ao Prêmio. O evento é divulgado por mídia impressa cartaz, distribuído no comércio, instituições de ensino médio, profissionalizante e superior e nas plataformas digitais, site institucional e redes sociais. Recebe anualmente alunos, egressos e profissionais locais que buscam atualização profissional e ampliar o network. Trata-se de um concurso criativo, em que os alunos do curso de Publicidade e Propaganda têm a oportunidade de desenvolver e apresentar seu talento e construir a partir daí seu portfólio e currículo. São analisadas as peças publicitárias em três categorias: cartaz, spot de rádio e vídeos de 30”. É realizada uma exposição das peças, momento em que são convidados profissionais da área e o cliente para votarem e escolherem os melhores trabalhos. São premiados as três melhores peças de cada categoria com o troféu Galo's, em uma cerimônia no anfiteatro da instituição.

### **O despertar social**

Os problemas sociais são, atualmente, um desafio que a sociedade civil abraçou e tenta, com muito esforço, minimizar seus efeitos por meios de ações voluntárias e de projetos que envolvem comunidade, entidades sem fins lucrativos e iniciativa privada. A globalização da informação, com o crescimento dos meios de comunicação, trouxe à tona, casos de violência doméstica, infantil, abuso sexual, trabalho escravo, guerras civis, miséria extrema, que impactam e chocam a todos. Dentro do universo da comunicação profissional, vemos campanhas sociais brilhantes, na luta pela conscientização contra atos tão graves e pela disseminação de informação para combater e repreender ações nocivas que atinge toda a sociedade. Essas questões são uma prioridade na concepção do curso, e são relatadas do PPC – Projeto Pedagógico do

Curso, no PDI – Plano de Desenvolvimento Institucional e discutida em reuniões do Núcleo Docente Estruturante. A formação humana, ética e cidadã do discente é um dos pilares na sua formação e estão incluídos seja no conteúdo de disciplinas do eixo comum e específico, como em projetos acadêmicos interdisciplinares, sempre ressaltando a importância do profissional de comunicação participar ativamente de todos os movimentos sociais e defender a tolerância, o respeito e a solidariedade na sociedade. Neste contexto, vemos o poder dos meios de comunicação e a força que eles têm, e que deve ser explorado ao máximo em prol de causas sociais. Esse é um dos objetivos do curso, trabalhar a responsabilidade social do aluno, para que seja um profissional com um olhar humano e que utilize suas habilidades em benefício da comunidade. Diante deste cenário, a inclusão de campanhas sociais no projeto acadêmico intitulado Premio Unimar de Publicidade e Propaganda, contempla um dos objetivos na formação pessoal do profissional.

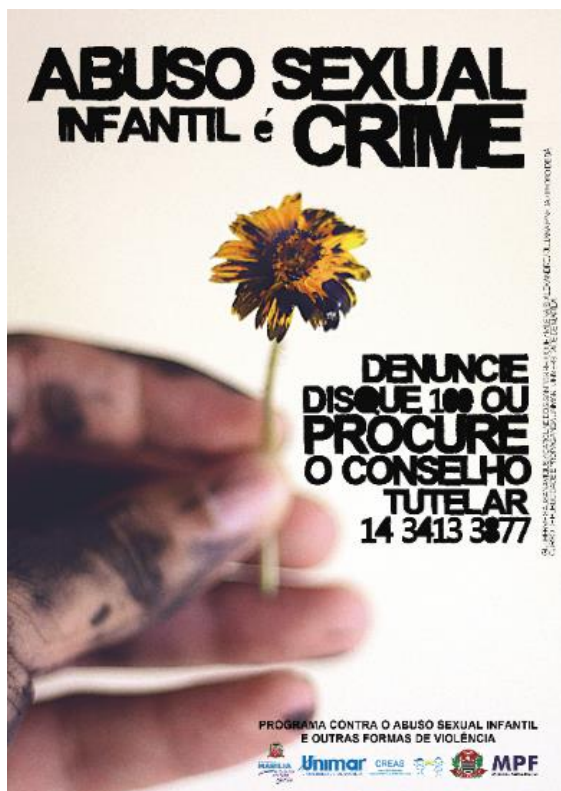
### **A comunicação contra o abuso sexual infantil em Marília/SP**

Em 2015, o prêmio Unimar dedicou-se, como já falado, a olhar com mais profissionalismo para nossos problemas sociais. A temática surgiu do Programa Contra o Abuso Sexual Infantil e Outras Formas de Violência Contra Criança e Adolescente, que é fruto de um trabalho desenvolvido sistematicamente pela Prefeitura Municipal de Marília, por meio da Secretaria Municipal da Juventude e Cidadania, através da Coordenadoria de Políticas para as Mulheres em parceria com a Unimar – Universidade de Marília e outras instituições. O intuito deste Programa é prevenir, romper com o ciclo de violência contra crianças e adolescentes, principalmente a violência sexual e tratar das consequências que o abuso sexual proporciona nas vítimas e seus familiares. Foram envolvidos no projeto:**Poder Público Municipal:** Secretarias da: Juventude e Cidadania, através da Coordenadoria de Políticas para as Mulheres; Assistência Social, através do CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social); Educação e da Saúde; Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar.**Poder Público Estadual:** Polícia Civil, através da Delegacia de Defesa da Mulher; Secretaria da Educação e Ministério Público Estadual.**Poder Público Federal:** Ministério Público Federal através do seu representante no CONANDA (Conselho Nacional da Criança e do Adolescente).**Instituição de Ensino Superior:** Universidade de Marília – UNIMAR, através da Pró Reitoria de Ação Comunitária, por meio dos Cursos de Psicologia e de Publicidade e Propaganda. O curso de Publicidade e Propaganda participou com o desenvolvimento da Campanha para conscientização da sociedade em relação ao problema. Para isso, a campanha foi o tema do Prêmio Unimar de Publicidade 2015. Para que o concurso atingisse às expectativas de tantas entidades e da sociedade, seguiu-se as seguintes estratégias: participaram do prêmio todos os alunos regularmente matriculados no curso, 162 no total, em grupo ou individualmente, em três categorias: cartaz, VT de 30” e spot de rádio de 30”. O projeto começa com a apresentação do briefing pelos clientes, numa apresentação pública que ocorre nas dependências do curso. Nesta apresentação, o cliente, representado pelo Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procurador da República representando o Ministério Público, e da representante da coordenadora das Políticas para Mulheres, Mariela Ribeiro, relataram todos os objetivos, problemas, dados e situações que envolve o tema da campanha. Após a apresentação, ambos ficaram à disposição dos alunos, para tirar dúvidas. Esse momento é muito importante, pois é a maior aproximação dos alunos com a realidade que deverá ser trabalhada nas peças. Esse encontro teve a duração em média de duas horas. Além do encontro com o cliente, um briefing é disponibilizado para os alunos, com todas as informações sobre o cliente, o problema, os objetivos de comunicação, formatos das peças e prazos de entrega. O segundo passo do projeto é a realização de

*brainstorm* entre os alunos, reuniões de criação e orientações com os professores sobre conceito criativo, construção das mensagens e a utilização de linguagem verbal e não verbal. Nesse estágio, é realizada também uma pesquisa sobre o “abuso sexual infantil” para maior conhecimento do tema da campanha e para subsidiar toda a criação. A pesquisa é também feita em relação as campanhas já veiculadas sobre o tema, bem como, analisar e avaliar o impacto e resultados que foram conquistados. Esse é o ponto mais importante do processo criativo e nele foi observado que os alunos compartilhavam suas pesquisas e discutem o tema até sua exaustão. Dando sequência, o próximo passo é o desenvolvimento do conceito, a construção do título, texto, o roteiro de televisão e de rádio e os rafs das peças impressas. Os professores participam desta fase e orientam em relação à adequação do conceito aos objetivos propostos. O próximo passo é a produção das peças, que envolve os laboratórios de fotografia, laboratório de Rádio e o laboratório de TV, utilizados pelos alunos e com a supervisão dos técnicos responsáveis. Não existe limite mínimo nem máximo de peças produzidas pelos alunos, somente algumas obrigatoriedades em relação às logomarcas que devem ser inseridas nas peças, telefones de contato e a forma correta de utilizar crianças no anúncio, respeitando a legislação do Estatuto da Infância e Juventude e o Código de Auto-regulamentação Publicitária.

## **Os Resultados**

Um mês e meio após o início do projeto, 23 vídeos de 30”, 23 spots de rádio de 30” e 120 peças impressas foram entregues para compor a exposição e avaliação das peças. Fizeram parte da banca julgadora, a pró-reitora de Ação Comunitária Fernanda Mesquita Serva, representando a Universidade de Marília, o Dr. Jefferson Aparecido Dias representando o Ministério Público Estadual, além de representantes da Delegacia da Mulher, da Polícia Civil, da Secretaria de Saúde, do Conselho Tutelar, da Assistência Social, da Secretaria de Infância e Juventude, da Secretaria para Políticas Públicas para Mulheres, além dos docentes e profissionais de agências de publicidade e veículos de comunicação. Os resultados foram além da prática da profissão, através da criação de peças publicitárias criadas para um cliente real com problemas e necessidades reais. Os



alunos puderam aprender e colocar em prática, todas as leis que envolvem a utilização de crianças em peças publicitárias, os cuidados na exposição dos rostos e identidades das mesmas, o contexto em que pode ser inserida e até como trabalhar com a criança na produção das peças, a necessidade do acompanhamento de pais ou tutores e da forma como expor um problema tão delicado como é o abuso sexual infantil. Foi um crescimento ético, que potencializa todo trabalho teórico visto em sala de aula e um crescimento pessoal e humano, através de todo o envolvimento dos alunos nos tristes relatos e números oficiais expostos pelo cliente. Um ganho para os discentes, docentes e toda a instituição, transformando este concurso em um projeto de extensão. A campanha vencedora intitulada “Flor”, venceu o concurso, na categoria cartaz, spot de

Rádio e Vídeo. A construção do conceito criativo começou com uma pesquisa sobre o Dia Nacional de Combate à Exploração Sexual de Crianças, dia 18 de maio, instituída pela Lei 9.970 de 17 de maio de 2000 e que tem como símbolo desse enfrentamento uma flor amarela. O título do anúncio impresso é “ABUSO SEXUAL É CRIME” e traz a imagem de uma mão infantil suja segurando uma flor amarela também suja e murcha. As mãos e a flor sujas, referem-se ao crime bárbaro cometido por criminosos, doentes e cruéis, e a flor murcha refere-se ao impacto devastador que a vítima sofre, tendo sua infância roubada e pureza invadida. A peça criada para rádio traz a locução de duas vozes infantis, para chamar a atenção do ouvinte. Elas intercalam informações e dados reais sobre a realidade do crime sexual contra crianças e adolescentes e estimulam as pessoas a denunciarem pelo disque 100 ou Conselho Tutelar. O vídeo para TV de 30”, segue a mesma linha criativa, com o mesmo texto em locução em off de duas crianças, acompanhados de imagens de mãos infantis despetalando uma flor amarela enquanto os dados sobre os crimes são falados. Ao final, a flor, sem pétalas, é jogada no chão e pisada. A campanha foi apresentada ao prefeito e entidades municipais envolvidas no projeto no dia 18 de maio, no lançamento oficial do Programa Contra Abuso Sexual Infantil e Outras Formas de Violência Contra Criança e Adolescente. Um ano depois, no dia 18 de maio de 2016, foi feito o lançamento da campanha nas mídias TV e rádio e a distribuição de cartaz em todas as escolas da rede pública e privada da cidade de

Marília, estado de São Paulo. Os alunos vencedores e autores da campanha “Flor” eram do 8º termo do curso. Milena Alexandre<sup>19</sup>, uma das integrantes, ressaltou a importância desse projeto para a qualificação do aluno. “Foi sensacional a experiência de poder contribuir para um problema tão terrível e triste como é o abuso sexual infantil. Nosso papel é esse, de utilizarmos todo o conhecimento adquirido em sala de aula e poder ajudar toda a sociedade a enfrentar problemas tão sérios, e infelizmente reais, como este”. O aluno Guilherme Sausanavicius<sup>20</sup> ressaltou também a oportunidade de já poder ver um trabalho acadêmico ser veiculado. “Poder ver nosso trabalho nas mídias e saber que estamos contribuindo com um problema social real, nos dá muito orgulho e faz nascer em nós alunos e futuros profissionais, a responsabilidade e o comprometimento com a ética e a cidadania”. Os ganhos foram absorvidos por todos os envolvidos no projeto: o curso de Publicidade e Propaganda, por proporcionar uma experiência real, social e responsável, que será o legado que os discentes irão levar para sua vida profissional; a Prefeitura Municipal de Marília e todas as suas secretarias que fizeram parte do projeto, por trabalhar junto a população um assunto que estatisticamente vem crescendo, despontando-se como um governo focado nos problemas sociais locais e tornando-se referência para outros municípios; a Polícia Civil de Marília que vê a necessidade da ação da denúncia, para que possa ter subsídios de investigação e posteriormente chegar à punição do criminoso e para o Ministério Público Federal, que tem como escopo, defender a sociedade de todo e qualquer crime, em busca de uma sociedade justa e segura.

### **Considerações finais**

Diante da construção de todo o trabalho, desde o briefing, apresentado pelo cliente, as orientações dos grupos, o processo criativo, a produção das peças e, por fim, a apresentação para uma banca profissional avaliadora representada pelo cliente e por profissionais de comunicação da cidade de Marília, pudemos perceber três momentos muito importantes e transformadores. O primeiro momento foi do choque pelo assunto, tão triste e polêmico, que torna-se real nas falas do cliente, trazendo aos alunos histórias reais de crianças vítimas de abuso sexual. O segundo momento tornou-se o da euforia em pensar nas saídas criativas para melhor impactar a sociedade e assim, contribuir para que as denúncias sejam efetivamente realizadas para que inúmeras crianças sejam poupadas e salvas desta crime sem precedentes. O terceiro, foi o engajamento e empoderamento dos alunos, através da transformação interior e social, tornando-os agentes multiplicadores de uma causa social. Foram vários os relatos de comoção, de angústia, de inconformidade, que tornaram-se ações através de peças publicitárias. Finalizando, vimos que a ação, a participação direta dos alunos, proporcionou um aprendizado completo, extrapolando os muros do curso e permitindo aos discentes vivenciar e serem os protagonistas de um projeto social real, que após um ano de seu início, chega às escolas, aos postos de saúde e à toda a comunidade mariliense, como resultado de todo esse esforço.

### **Referências Bibliográficas**

- CIRO, Marcondes Filho (org.). **Dicionário de Comunicação**. São Paulo: Paulus, 2013.
- GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável: é o que todo anunciante deve fazer**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007.
- GRACIOSO, Francisco. **Propaganda: engorda e faz crescer a pequena empresa**. São Paulo: Atlas, 2002.

---

<sup>19</sup> Em entrevista à autora no dia 30/05/2016.

<sup>20</sup> Em entrevista à autora no dia 31/05/2016.



IV Fórum de Pesquisa e Extensão/UNIMAR– 2016  
Pós-graduação – Publicidade e Propaganda /UNIMAR

MURTA, Gin. **O briefing da ética:** para uma propaganda responsável. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

NEIVA, Eduardo. **Dicionário Houaiss de Comunicação e multimídia.** São Paulo: Publifolha, 2013.

SILVA, Zander Campo de. **Dicionário de Marketing e Propaganda.** São Paulo: Editora Referência, 2000.

**APLICATIVOS GRATUITOS DE COMUNICAÇÃO ALTERNATIVA DIRECIONADOS À INDIVÍDUOS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA.** Giovana Manzatto Forti dos Santos. Orientador: Aila N. Dahwache Criado Rocha. Departamento de Fisioterapia e Terapia Ocupacional/ UNESP. E-mail do orientador: aila@marilia.unesp.br

Indivíduos com Transtorno do Espectro Autista (TEA) apresentam grande comprometimento na área de linguagem e comunicação, com intensidades e qualidades diferentes. A fim de suprir a defasagem comunicativa e linguística, a Comunicação Aumentativa e Alternativa (CAA) é proposta por meio de integração de recursos, técnicas e estratégias, que incentivam, estimulam e ampliam o vocabulário do indivíduo, sendo uma área da Tecnologia Assistiva que objetiva promover a qualidade de vida e inclusão social, assim, alcançando maior independência pessoal. Este estudo tem como objetivo identificar a quantidade e a função dos aplicativos direcionados a indivíduos com TEA, disponíveis para download nos dispositivos móveis, como recurso de CAA. Este estudo fez uma abordagem quantitativa e qualitativa de caráter exploratório. Para a coleta de dados utilizou-se os mecanismos de busca de aplicativos dos smartphones, sendo eles App Store (Iphone), Play Store (Android) e Loja (Windows Phone) além do Google. A partir dos critérios de exclusão do estudo foram excluídos os aplicativos que eram de outro idioma, os pagos sem versão gratuita e os que não eram direcionados a indivíduos com TEA. O estudo identificou 12 aplicativos, destes, três não passaram pelo critério de exclusão, e os resultados obtidos foram listados de acordo com o sistema operacional. São os seguintes aplicativos: Tobii Sono Flex, Vozz, Vox4All 2.0, Livox, LetMeTalk, QueFala!, Communicate, Visual Steps e Comunicar. Todos os aplicativos apresentam a possibilidade de usar prancha e em apenas um utiliza-se o vocalizador podendo formar frases com o uso do teclado e a reprodução é por meio de voz sintetizada. Ao analisar os resultados, conclui-se que a quantidade de aplicativos encontrados é semelhante em ambos os sistemas operacionais e tanto a busca, quanto o download, podem ser feitos de forma rápida e fácil, porém existe um número limitado de aplicativos que são realmente eficientes no quesito de quantidade de símbolos, frases e expressões. É importante que tanto os familiares e ou responsáveis de sujeitos com TEA, como os profissionais que os acompanham identifiquem e analisem os aplicativos para atender a demanda real do usuário sem optar prematuramente por um sistema que não supra a necessidade, por isso é fundamental a avaliação contínua da eficácia dos sistemas. Sem esse levantamento pode ocorrer o abandono do aplicativo e posteriormente abandono definitivo da CAA.

**AS CONDIÇÕES DA AÇÃO COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL**

**ACTION CONDITIONS WITH THE ADVENT OF THE NEW CIVIL  
PROCEDURE CODE**

GT4 – JUDICIÁRIO E DEMANDAS SOCIAIS

ALDO ARANHA DE CASTRO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL  
E-mail: aldodecastroadv@hotmail.com

**RESUMO**

Com o advento da Lei n.º 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil), houve alteração no que se refere às condições da ação. O presente trabalho tem por escopo uma abordagem de referidas condições à luz do novo diploma legal, que estabelece como condições da ação a legitimidade das partes e o interesse de agir (interesse processual), conforme artigo 485, inciso VI, deixando de lado a figura até então utilizada, da possibilidade jurídica do pedido (que era presente no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil de 1973). A fim de desenvolver o tema em questão, utilizar-se-á de pesquisa de cunho bibliográfico, a fim de atingir o resultado almejado, encontrando-se explicações sobre as condições da ação no novo Código de Processo Civil. Resta importante essa análise para se destacar que, embora não mais conste como condição da ação, a possibilidade jurídica do pedido não desapareceu do ordenamento jurídico, ela não é mais considerada uma condição autônoma da ação, sendo analisada, conforme doutrina majoritária, como parte integrante do interesse de agir, daí se pode dizer que ela continua presente nas ações, mas não será mais motivo para a extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de condições da ação, como outrora já ocorreu.

Palavras-Chave: Interesse de agir. Legitimidade das partes. Novo Código de Processo Civil.

**ABSTRACT**

With the advent of Law No. 13,105 / 2015 (new Civil Procedure Code), there were changes in relation to the action conditions. This paper has to scope approach of these conditions in the light of the new law, which establishes as cause of action the legitimacy of the suitors and interest to act (procedural interest), according to article 485, item VI, leaving aside the figure used until then, of the legal possibility demanded (which was present in Article 267, item VI of the Civil procedure Code, 1973). In order to develop this theme, it will be used bibliographic research, in order to achieve the desired result, finding explanations of the cause of action in the new Civil Procedure Code. It remains important to this analysis to be noted that, although no longer recorded as a condition of the action, the legal possibility demanded hasn't disappeared from the legal system, it is no longer considered an autonomous status of action being considered by most doctrine as part interest to act, then you can say that it is still present in the actions, but will no longer cause for dismissal without resolution of merit, for lack of action conditions, as has already occurred once.

Keywords: Act Interest. Legitimacy of the suitors. New Civil Procedure Code.

## INTRODUÇÃO

O direito processual civil passou por profunda transformação com a entrada em vigor do novo Código, a partir de março de 2016. Cumpre-se com este trabalho, fazer uma abordagem acerca do início do processo, onde as condições da ação, que eram 03(três) no Código de Processo Civil de 1973, passam a ser 02 (duas), quais sejam, a legitimidade das partes (*legitimitatio ad causam*) e o interesse de agir (ou interesse processual).

Antes de se adentrar no cerne do trabalho, ou seja, assimilar quais são as condições da ação de acordo com o Novo CPC, compete saber o que é ação, e qual a teoria da ação adotada pelo direito processual civil brasileiro.

A teoria da ação adotada no Brasil é a teoria eclética (ou abstrata eclética), para a qual o direito de ação é autônomo, abstrato e condicionado, ou seja, o magistrado deverá fazer uma análise das condições da ação.

Dessa teoria, extrai-se o conceito, talvez mais completo, de ação: direito de exigir (do Estado) um provimento jurisdicional sobre o mérito, que só será possível àquele que preencher as condições da ação.

As condições da ação não se confundem (embora se relacionem) com os elementos da ação, pois estes servem para a identificação da ação, sendo eles as partes, o pedido e a causa de pedir, ao passo que aquelas são os requisitos a serem preenchidos com o fito de que o direito de ação exista, e são a legitimidade das partes e o interesse de agir.

Em relação aos elementos da ação, far-se-á uma abordagem sucinta, vez que não é o objeto específico da pesquisa para que, ao fim, possa-se analisar com mais pormenores as condições da ação.

## DESENVOLVIMENTO

A pesquisa desenvolvida visa um estudo sobre as condições da ação; todavia, neste primeiro momento, vale destacar sucintamente os elementos da ação, que são as partes, o pedido e a causa de pedir.

Os elementos da ação visam, conforme já dito, dar identidade à ação, identificá-la. Conforme Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 124), parte é “quem pede a tutela jurisdicional e em face de quem essa tutela é postulada”. Complementando de acordo com os ensinamentos de José Eduardo Carreira Alvim (2015, p. 129), o pedido é “aquilo que se pede em juízo e que constitui o núcleo da pretensão material” e a causa de pedir é “a razão ou motivo pelo qual se exercita a ação”, sendo considerados os fundamentos fáticos e jurídicos que permitem atingir a pretensão.

Por sua vez, cumpre agora uma abordagem mais pormenorizada acerca das condições da ação, que são os requisitos a serem preenchidos para que exista o direito de ação em sentido estrito.

O art. 485, inciso VI, do atual CPC, destaca que o processo será extinto sem resolver o mérito quando: “VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”. Deste modo, o “CPC atual não mais menciona a *categoria* condição da ação (itálico do autor)” (DIDIER JR., 2015, p. 305).

Referido autor (2015, p. 306) diz que “A *legitimidade ad causam e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais* (itálico do autor)”.

Todavia, ainda está disseminada no ordenamento brasileiro a expressão “condições da ação”, que não foi utilizada no atual Código por opção do legislador. Em consonância com as observações de José Miguel Garcia Medina (*apud* NERY JUNIOR e NERY, 2015, p. 1111):

A lei, em princípio, não deve adotar um determinado conceito ou concepção doutrinária [...] Restará à doutrina e à jurisprudência definir

se, à luz do NCPC, fará, ainda, sentido falar em ‘condições da ação’, ou se a legitimidade e interesse processual seriam matérias que poderiam se inserir entre os pressupostos processuais de mérito.

Desta feita, somente com o passar do tempo será possível verificar se o interesse de agir e a legitimidade das partes alçarão aos pressupostos processuais (conforme indica Freddie Didier Jr.), ou permanecerão, da forma que aparentemente se mantiveram até o presente, como condições da ação (relacionando-se ao pensamento de Marcus Vinicius Rios Gonçalves e Humberto Theodoro Júnior).

Inclusive, nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 157):

[...] malgrado o combate feito por numerosa corrente doutrinária à figura das condições da ação, a pretexto de serem elas indissociáveis da matéria de mérito discutida no processo, o certo é que a lei continua a tratá-las como categoria processual distinta, intermediária entre os pressupostos de validade do processo e o mérito da causa. Continua, portanto, o Código atual fiel à doutrina de Liebman.

Pois bem. Considerando-as como condições da ação, resta fazer a análise de cada uma delas.

Para o juiz proferir sua decisão, e indicar a quem será dada a procedência ou improcedência do pedido, ou seja, “decidir sobre o mérito, deve examinar questões preliminares que antecedem lógica e cronologicamente a questão principal: o mérito, vale dizer, o pedido, a pretensão, o bem da vida querido pelo autor. O mérito é a última questão que, de ordinário, o juiz deve examinar no processo” (NERY JUNIOR e NERY, 2015, p. 1112). Somente será possível, ou não, a análise do mérito, se estiverem presentes as condições da ação e, estando elas presentes, dever-se-á analisar, também, os pressupostos processuais.

Assim, José Roberto dos Santos Bedaque (*in* WAMBIER et al., p. 1215) diz que “As condições da ação representam legítima limitação ao exercício da atividade jurisdicional no caso concreto, porque o processo iniciado sem a presença de uma dela é manifestamente inútil”.

Primeiramente, faz-se necessário estudar o interesse de agir, ou interesse processual, como sendo aquele que traduz a necessidade de se ter a tutela jurisdicional no caso concreto, com o intuito de evitar a lesão ou a ameaça a algum direito.

Quando se analisa o interesse processual, ele existirá “quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático” (NERY JUNIOR e NERY, 2015, p. 1113). Com isso, faz-se presente a necessidade e a utilidade, trazendo consigo também, a adequação.

Quanto à necessidade, esta tem origem da lide, bastando, na verdade, uma situação jurídica concreta que justifique a ação. A adequação e a utilidade estão em consonância, e estão diretamente ligadas ao uso do tipo de ação correto, ou seja, em determinada situação, caso o credor tenha um título executivo extrajudicial em suas mãos, deve-se utilizar da via adequada, qual seja, uma ação de execução, e não uma ação de conhecimento, pois seria inútil ao resultado que ele pretende (pois na ação de conhecimento, o credor só teria a sentença condenatória, constituindo título executivo, que é o que ele já possui).

Neste momento, analisar-se-á acerca da legitimidade das partes, ou *legitimatío ad causam*, que traduz a pertinência subjetiva da lide, ou seja, onde haverá o autor (que tem assegurado o direito de invocar a tutela jurisdicional) e o réu (em face de quem se

pretende algo).

A legitimidade “é a titularidade ativa e passiva da ação, na linguagem de Liebman” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 162). É, conforme Alfredo Buzaid (*apud* THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 162), “a pertinência subjetiva da ação”.

Há a legitimidade ordinária (autorização conferida a todo titular do direito), que pode ser originária (titular originário do direito. Exemplo: credor em ação de cobrança, é o legitimado originário para a propositura da ação de cobrança) ou sucessiva (dada ao sucessor do titular originário, em razão de morte, ou por ato *inter vivos*). E há também a legitimidade extraordinária, que é excepcional, e é conferida para alguém, em nome próprio, defender direito alheio em juízo (é sinônimo, para ampla maioria da doutrina, de substituição processual. Exemplo: Ministério Público).

A legitimidade pode ser, ainda, exclusiva (que somente um único sujeito possui. Exemplo: somente o cônjuge pode ajuizar ação de divórcio) ou concorrente (conferida a dois ou mais sujeitos). Essa legitimidade concorrente pode ser, ainda, conjunta (quando todos devem agir em conjunto. Exemplo: litisconsórcio necessário) ou disjuntiva (quando podem agir sozinhos ou em conjunto. Exemplo: litisconsórcio facultativo).

Para finalizar a análise, tem-se o fim da possibilidade jurídica do pedido, pelo menos como condição autônoma da ação. Com acerto sua extração do rol de condições. Nos dizeres de Theodoro Júnior (2015, p. 164):

Pela *possibilidade jurídica do pedido* indicava-se a exigência de existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pedia por meio da ação. Esse requisito, de tal sorte, consistia na prévia verificação que incumbia ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realizava-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico.

[...]

Na verdade, a dificuldade prática e teórica para encontrar casos de impossibilidade puramente processual conduziu à conclusão de que a figura se confundiria sempre ou com a improcedência do pedido (mérito) ou com a falta de interesse (condição de procedibilidade).

Deste modo, coadunando-se com o entendimento de Liebman, que nas reedições de sua obra já trazia indicativos para serem dois os elementos da ação, a possibilidade jurídica do pedido não mais é considerada condição, devendo ser analisada no mérito, pois nesse momento fica mais explícita a sua figura, ou então, quando de forma inicial, faltará a procedibilidade, ou seja, a análise dela estará contida no interesse processual, não devendo trabalhar, de modo individualizado, essa figura.

## CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada, pode-se observar que as condições da ação ainda se encontram em evidência no direito processual civil brasileiro, embora o legislador tenha optado por não utilizar esse termo no CPC atual.

Desta feita, resta importante sua análise, pois se tratam de requisitos que deverão ser preenchidos para que, assim, exista o direito de ação de quem o pleiteará.

O interesse processual é aquele em que se visa a tutela de determinado direito, a fim de não causar lesão e sequer ameaça. Ao passo que a legitimidade das partes diz respeito àqueles que estarão envolvidos na relação jurídica processual.

Ademais, a possibilidade jurídica do pedido deixa de existir como instituto autônomo, mas fica contida ou no mérito (lugar em que será mais comumente encontrada) ou no interesse processual.

Fez-se importante o presente estudo, para que as bases do direito processual fiquem arraigadas no conhecimento dos pesquisadores do direito, ainda mais com a relevante mudança que ocorreu por meio do novo Código de Processo Civil, que merece ser estudado e esmiuçado em todas as suas nuances, pois há muito a se aprender e, para tanto, ter-se a base, lá do início do processo, é deveras importante para se chegar, com propriedade, até o final do código, garantindo-se assim, a efetividade da tutela jurisdicional.

#### **REFERÊNCIAS**

- BRASIL. **Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 06/10/2016.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL COMPARADO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v.1.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.
- NERY JUNIOR, NELSON; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: COMPARADO – Lei 13.105/2015. Coordenação Luiz Fux; Organização Daniel Amorim Assumpção Neves. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al.), coordenadores. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

**PROGRAMA DE COMBATE AO ABUSO SEXUAL INFANTIL E OUTRAS FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. SERVA,** Fernanda Mesquita; **CARDOSO,** Mariela Ribeiro Nunes; **BARALDI,** Tereza Cristina Albieri. Extensão Universitária/UNIMAR.

Tal programa visa estabelecer rotinas e efetivar práticas que permitam prevenir e combater o abuso sexual e outras formas de violência contra crianças e adolescentes, focando não apenas na vítima, mas também no agressor e nos servidores públicos responsáveis por notificar os casos de violência. Na verdade, desde 1994 já se constatou essa demanda na Delegacia de Defesa da Mulher de Marília e também a necessidade de ações externas à Delegacia para auxiliar as vítimas na interrupção do ciclo de violência e no tratamento multidisciplinar para a vítima e seus familiares. O programa envolve muitos seguimentos do poder público e da academia. O Poder Público Municipal está presente principalmente com as Secretarias da Juventude e Cidadania, Educação, Saúde e da Assistência Social, com Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar. O Poder Público Estadual está envolvido através da Secretaria da Educação e o Ministério Público Estadual. O Poder Público Federal está envolvido através do representante do Ministério Público Federal no CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente). A academia por meio da Universidade de Marília – UNIMAR, através dos Cursos de Direito, Pedagogia, Psicologia e Publicidade e o curso de Mestrado em Direito. Juntos, poder público, nas três esferas, e Universidade, pretende mudar a nossa rua, a nossa comunidade, a nossa cidade, o nosso país. O programa aborda dois públicos alvos: os educadores e profissionais que atuam com crianças e adolescentes e também as próprias crianças e adolescentes, potencialmente vítimas de abuso sexual e de outras formas de violência. O programa justifica-se pelos indicadores do UNICEF – BRASIL ([http://www.unicef.org/brazil/pt/activities\\_9381.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/activities_9381.htm), acesso em 24/10/2014), os quais mostram que o Brasil possui uma população de aproximadamente 190 milhões de pessoas, dos quais 60 milhões têm menos de 18 anos de idade, o que equivale a quase um terço de toda a população de crianças e adolescentes da América Latina e do Caribe. São dezenas de milhões de pessoas que possuem direitos e deveres e necessitam de condições para desenvolverem com plenitude todo o seu potencial. Contudo, as crianças são especialmente vulneráveis às violações de direitos, à pobreza e à iniquidade no País, assim a violência contra crianças e adolescentes se manifesta em todos os lugares: na comunidade onde moram, na escola, nas instituições socioeducativas e na família. Para dar uma resposta adequada ao problema da violência, há que se considerar uma faceta cruel dessas agressões: a invisibilidade. Muitos dos casos de violência, física, sexual ou psicológica, não são notificados e, muito menos, investigados. A vulnerabilidade é ainda maior quando se fala em pessoas com deficiência, negros, adolescentes em conflito com a lei, moradores de rua e de meninas e meninos que vivem em comunidades populares dos grandes centros urbanos. O texto constitucional trouxe os princípios da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, com absoluta prioridade. Nele o tema violência sexual tem especial relevância. São objetivos gerais: interromper o ciclo de violência a que as crianças e adolescentes podem estar vivendo e tratar as consequências que o abuso sexual proporciona nas vítimas e seus familiares. São objetivos específicos: oferecer conhecimento para sensibilizar os profissionais da educação, saúde e assistência social sobre como identificar os sinais apresentados pelas crianças que sofrem abuso sexual e outras formas de violência; conscientizar as mães sobre os cuidados que devem ter com seus filhos para que não sejam vítimas desse tipo de violência; articular o fluxo de atendimento à criança e adolescente vítima de abuso



sexual e outras formas de violência; sensibilizar os profissionais integrantes deste fluxo sobre como deve ser a articulação; transmitir às crianças da rede pública de educação e assistência social, por meio de um teatro de fantoches, o que é um toque de amor e o que é um toque abusivo; realizar atendimento psicológico à criança e adolescente vítima deste tipo de crime, através dos serviços do CREAS (Centro de Referência a Assistência Social) e da Clínica de Psicologia do Curso de Psicologia da Universidade de Marília.

Palavras chave: Atendimento psicológico; Vulnerabilidade; Capacitação profissional.

\*\*\*

**PROGRAMA DE EXTENSÃO: TRANSFORMANDO CRIME EM CIDADANIA.** SERVA, Fernanda Mesquita; NEVES, Vitor José Miranda das. Extensão Universitária/UNIMAR.

Lamentavelmente é crescente o número de apreensões realizadas pela Receita Federal em razão de fraudes na importação de produtos, seja em razão do ingresso de produtos proibidos (contrabando), seja pela sonegação de impostos na importação de produtos permitidos (descaminho). Dentre tais produtos apreendidos, um dos mais comuns são as bebidas alcoólicas, verdadeiras ou falsas, que trazem como desafio a adoção de medidas adequadas para o seu descarte ambientalmente sustentável. Por muito tempo, tal descarte era feito de forma inadequada, podendo gerar grave dano ao meio ambiente. Com o presente programa, tais bebidas apreendidas passam a ter uma destinação ambientalmente adequada, por meio de sua transformação em álcool gel e/ou saneantes, através de processo de destilaria. Após tal transformação, os produtos derivados do processo são destinados a entidades beneficentes de Marília e região, o que permite uma redução de custo operacional para tais entidades. Cabe à Universidade promover tal transformação, por meio de envolvimento de alunos, professores e técnicos especializados para essa atividade. Além da transformação das bebidas nos mencionados produtos derivados, os vasilhames das bebidas, suas tampas e seus rótulos são destinados para Cooperativa de Catadores de Resíduos Sólidos. Por fim, a parte plástica da tampa responsável pela vedação dos vasilhames é destinada para a Construção Civil, para ser utilizada na vedação de redes de água. À Receita Federal cabe realização da destinação das mercadorias apreendidas para a Universidade, bem como fiscalizar todo o processo de transformação e da adequada destinação dos produtos derivados e dos resíduos sólidos gerados.

Palavras chaves: Bebidas apreendidas; Contrabando; Descaminho; Receita Federal.

\*\*\*

**PROGRAMA: UNIMAR E OS PEQUENINOS.** SERVA, Fernanda Mesquita. Extensão Universitária/UNIMAR.

O programa de extensão: “Unimar e os pequeninos” oferece a integração das crianças com a comunidade acadêmica por meio de projetos nas diversas áreas do conhecimento, em especial por meio de atividades lúdicas. A aproximação das crianças com a comunidade acadêmica se dá em dois sentidos: com a vinda das crianças para a Universidade e a atuação da Universidade nos espaços onde se encontram as crianças. Nesse contexto, são realizadas visitas ao campus universitário, projetos socioambientais (como o plantio de árvores) e atividades lúdicas (como teatro, teatro de fantoches, etc). Os cursos envolvidos no programa, em especial, são os cursos de agronomia, direito, pedagogia, medicina veterinária e engenharia. O programa tem como objetivo geral promover a integração de crianças de 4 a 8 anos de idade com a comunidade acadêmica.

São objetivos específicos: promover visitas de crianças ao campus universitário, realizar atividade socioambientais com crianças, como o plantio de árvores e o estudo de soluções ambientalmente sustentáveis para os problemas do cotidiano, realizar atividades lúdicas com as crianças com o fim de transmitir conhecimento e apresentar o trabalho da universidade para as crianças e sua família. A Educação Infantil é uma etapa fundamental no desenvolvimento escolar do aluno, pois é o momento onde a criança começa a interagir com as suas primeiras descobertas. O programa “Unimar e os pequeninos” valoriza a identidade pessoal e social das crianças, envolvendo um aprendizado permanente de cidadania. Além disso, a integração das crianças com a comunidade acadêmica estimulará o ensino e aprendizagem, oferecendo novas metodologias às crianças. Espera-se com este programa aumento gradativo e exponencial do número de crianças que visitem o campus universitário, bem como o incremento no número de crianças que participem de atividades desenvolvidas pela Universidade em seus locais de convívio, em especial o ambiente escolar.

Palavras chaves: Crianças; Atividades lúdicas; Universidade; Ambiente escolar.

\*\*\*

**PROGRAMA: UNIMAR NO ENSINO MÉDIO.** SERVA, Fernanda Mesquita.  
Extensão Universitária/UNIMAR.

O Programa de extensão “Unimar no ensino médio” envolve uma série de projetos que visam à aproximação dos jovens no cenário da educação superior. Fazem parte do mencionado Programa, os seguintes projetos: Projeto Unimar Aberta e “Feira de Profissões”, Unimar itinerante, Projeto Preparatório ENEM e “Por dentro do ensino médio”. O Projeto Unimar Aberta e “Feira de Profissões” visam preparar os alunos do ensino médio e cursinho pré-vestibular a fazerem uma escolha profissional. A Universidade de Marília consegue realizar de forma eficaz uma “Feira de Profissões”, pois possui cursos em todas as áreas do conhecimento. A Feira amplia o conhecimento dos participantes acerca do seu futuro profissional, proporcionando a estes informações que possibilitem a identificação de suas possibilidades e realização de sonhos profissionais. Após a participação na Feira, a pessoa interessada poderá se cadastrar para a realização de Orientação Vocacional nas dependências da Clínica de Psicologia da UNIMAR. O projeto Unimar itinerante possibilita a ida dos professores e alunos da Universidade de Marília nas escolas de ensino médio de Marília e região, possibilitando a aproximação da comunidade. O Curso Preparatório para o ENEM é um curso de extensão voltado para os alunos do ensino médio público, ministrado de forma gratuita, com o objetivo de capacitar cerca de 800 estudantes para a prova do ENEM. Os temas abordados são aqueles centrais na prova, nas seguintes disciplinas: português, matemática, ciências humanas, física, química e biologia. O curso é ministrado por professores da Universidade de Marília, indicados por seus coordenadores. Além disso, o projeto visa transmitir conhecimento para os alunos do ensino médio da rede pública com o fim de capacitá-los para desenvolver trabalhos de iniciação científica e permitir que tais alunos possam aliar a teoria vivenciada em sala de aula com a prática de atividades lúdicas. Ainda, por meio da aproximação dos alunos com a Universidade, espera-se que seja possível promover a transformação social, demonstrando para os alunos da rede pública que a realização de um curso em nível superior é uma realidade palpável, ao alcance de todos, o que deve contribuir para o desenvolvimento pessoal de cada um e, em consequência, gerar uma emancipação de todo o meio nos quais eles vivem. O Projeto “Por dentro do ensino médio” proporciona aos alunos da EE. Waldemar Muniz a oportunidade de conhecer o mundo acadêmico e a importância da dedicação ao estudo durante a sua permanência na escola básica para uma continuidade

mais tranquila dos seus estudos na Universidade. Os alunos da UNIMAR realizam com os alunos da referida escola estadual atividades inerentes aos seus cursos, as quais poderão ser desenvolvidas no espaço acadêmico e/ou na escola, de acordo com as necessidades da atividade proposta. Todo o Programa Unimar no ensino médio conta com a participação de docentes e estudantes da UNIMAR e também egressos, possibilitando o relacionamento entre os participantes.

Palavras chaves: ENEM; Feira de Profissões; Capacitação

\*\*\*

**PROJETO AMOR DE CRIANÇA.SERVA**, Fernanda Mesquita; AGOSTINHO JÚNIOR, Francisco de; DIAS, Jefferson Aparecido. Extensão Universitária/UNIMAR.

No âmbito do Projeto Amor de Criança, as crianças e adolescentes são atendidas duas vezes por mês em ambulatório mantido pela Associação Beneficente Hospital Universitário (ABHU), por alunos da UNIMAR e da UNESP, ocasião em que são verificadas suas necessidades, inclusive no âmbito jurídico, por servidores do Ministério Público Federal. Além disso são realizadas visitas periódicas às famílias dos pacientes para identificar as suas necessidades, visando garantir os direitos dos pacientes e familiares, tais como: acesso a medicamentos, acesso à saúde, concessão de benefício assistencial, emissão de documentos, dentre outros. Após, identificadas as demandas, os órgãos competentes são acionados (Prefeitura, Secretaria de Saúde, Defensoria Pública etc) para regularização da situação apontada. Em último caso, impossível a solução extrajudicial das pendências, é necessária a judicialização. Por exemplo, no caso dos pacientes que necessitam do medicamento HEMP OIL (RSHO) cannabidiol (CBD), foram ajuizadas três ações civis públicas requerendo a condenação da União e do Estado de São Paulo na obrigação de fornecer o "cannabidiol" a treze crianças e adolescentes atendidos pelo projeto (algumas dessas crianças tinham até 100 convulsões ao dia, o que impedia a vida digna, e com o uso de tal medicamento o número de convulsões foi zerado). Também, através de ação civil pública, pleiteia-se que o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) conceda imediatamente benefício assistencial mensal no valor de um salário mínimo a quatro crianças. Além da deficiência física comprovada por relatórios médicos, os pacientes não possuem meios para prover a própria manutenção, o que também não pode ser garantido por suas famílias, devido à difícil situação financeira em que se encontram. Apesar das ACPs propostas, a maioria das demandas é solucionada no âmbito extrajudicial, após a expedição de ofícios, com a garantia efetiva dos direitos consagrados às crianças e adolescentes. A principal inovação do projeto é atender crianças com paralisia cerebral que, outrora, eram abandonadas à própria sorte, sendo colocadas à margem da sociedade. Sequer as suas necessidades eram investigadas e os seus direitos desprezados. Com a prática, órgãos públicos se articulam para atender as necessidades desse grupo extremamente especial, que, como cidadãos, merecem ser tratados com respeito e consideração. O seu processo de implantação na prática, contudo, não foi simples. Inicialmente, foi celebrado termo de cooperação entre a ABHU, UNIMAR (Universidade de Marília) e a UNESP (Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho") para promover o atendimento de crianças com paralisia cerebral (encefalopatia crônica não progressiva) da cidade de Marília/SP e região, os quais recebem atendimento ambulatorial por uma equipe multiprofissional, envolvendo alunos de graduação, pós-graduação, médicos, fonoaudiólogos, fisioterapeutas, nutricionistas, dentistas, assistente social, psicólogo, educação física e enfermagem, bem como os representantes do Ministério Público Federal. Todos os indivíduos encaminhados para este ambulatório são submetidos a avaliação clínica e os exames

necessários, acompanhados pela equipe multiprofissional, estabelecendo um fluxograma que permita a agilidade nos atendimentos e exames. Além disso, os representantes do Ministério Público Federal identificam as necessidades das crianças com paralisia cerebral e de seus familiares, buscando solucionar extrajudicialmente tais demandas. Os fatores de sucesso da prática são: a grande integração entre as Universidades, Secretaria Municipal da Saúde, o Hospital Universitário e o Ministério Público Federal; a melhoria da qualidade de vida das crianças com paralisia cerebral e de sua família; a ampliação do número de atendimentos; o desenvolvimento de um roteiro de atuação na defesa dos direitos humanos das crianças com paralisia cerebral. Por fim, o Projeto Amor de Crianças é um dos mais importantes projetos desenvolvidos pela UNIMAR.

Palavras chaves: Paralisia Cerebral; Multidisciplinar; Dignidade.

\*\*\*

**PROJETO GENTILEZA.** SERVA, Fernanda Mesquita; OTOBONI, Debora Loosli Massarollo. Extensão Universitária/UNIMAR.

O projeto Gentileza consiste em um projeto de extensão para a realização de concurso entre os alunos do curso de Publicidade e Propaganda, na disciplina de Redação Publicitária I, para a elaboração de campanha que tenha como foco o incentivo a atos de gentileza dentre o público interno da Instituição (alunos, professores e colaboradores). Os alunos desenvolvem uma campanha contendo um cartaz e um vídeo de 30 segundos a 1 minuto, que são avaliados por uma comissão, com representantes da comunidade acadêmica. O objetivo geral é desenvolver campanha que incentive atos de gentileza no público interno da Universidade (alunos, professores e colaboradores). São objetivos específicos: envolver os alunos da Universidade na elaboração de “produtos” (cartazes, vídeos etc) que tratem do tema da gentileza, realizar campanha a partir dos “produtos” criados tendo como tema central a gentileza, incentivar a prática reiterada de atos de gentileza e, mais que isso, uma “cultura de gentileza”. Atualmente, em cada cidade, a cada momento, vemos uma crescente falta de amor na população. Amor, não na forma mais simples da palavra, mas o amor que gera sentimentos e atitudes de compaixão, respeito ao próximo, paciência, tolerância, solidariedade e gentileza. Vemos hoje um mundo em guerra, onde a violência e o descontrole estão tomando proporções alarmantes. Vemos hoje brigas por motivos banais, discussões sem o menor sentido, tudo pela falta de um elemento, que é a base de todas as coisas, a educação. A educação é a grande arma de um povo, de uma nação. Sem ela, os homens não tem força de pensamento crítico, de atitudes lucidas e de um comportamento exemplar. A educação é baseada em valores morais e éticos, não só para a vida profissional, mas principalmente para a vida compartilhada, a convivência em sociedade. Nesse cenário, ganha força as palavras do Profeta Gentileza, segundo o qual “gentileza gera gentileza”, sendo este o foco do presente projeto, que pretende incentivar a prática de atos de gentileza e, com isso, criar um círculo virtuoso que se autoalimente.

Palavras chaves: Amor; Educação; Comunidade acadêmica.

\*\*\*

**PROJETO: TRANSFORMANDO VIDAS.** SERVA, Fernanda Mesquita; DIAS, Jefferson Aparecido. Extensão Universitária/UNIMAR.

Em 2001, a situação das pessoas com transtorno mental começou a passar por uma profunda transformação, com a publicação da Lei nº 10.216, que foi chamada de “Lei Antimanicomial”. A grande mudança de paradigma foi a vedação expressa ao tratamento asilar das pessoas com transtorno mental e a previsão de uma rede de

atenção psicossocial que permitisse a desinstitucionalização dos usuários anteriormente internados. Apesar de passados anos da aprovação da mencionada Lei, os hospitais psiquiátricos ainda são uma realidade e acabam suprimindo a ausência da referida rede de atenção, sendo, muitas vezes, a única opção para o tratamento das pessoas com transtorno mental, além de ser utilizado para o tratamento de pessoas envolvidas com drogadição. Neste contexto, a Universidade de Marília, através de sua política de extensão, associada ao ensino e à pesquisa, realizou o projeto denominado “Transformando Vidas”, na entidade beneficente “Hospital Psiquiátrico André Luiz”, localizada na cidade de Garça. O Hospital Psiquiátrico acolhe aproximadamente 260 pacientes, entre homens e mulheres, bem como adolescentes e crianças. No caso de adultos, parte se refere a pessoas com transtorno mental e outra a pessoas envolvidas com o uso de drogas (a interdição está presente em alguns casos). No caso das crianças e adolescentes, a totalidade é usuária de drogas e todos estão internados por determinação judicial (internações compulsórias). A estruturação das áreas temáticas do projeto de extensão foi planejada de acordo com o Plano Nacional de Extensão. O projeto foi desenvolvido por profissionais nas diversas áreas do conhecimento da Universidade de Marília, na prestação de serviço de assistência à cidadania, saúde, educação, meio ambiente e comunicação com o objetivo de transformação da vida das pessoas inseridas naquela comunidade. Os objetivos traçados e alcançados foram: na área de agrárias - realização de uma horta comunitária, com sustentabilidade para a Entidade; análise e percepção dos pacientes com os animais; zooterapia; na área da saúde - realização de exames clínicos e orientações sobre diversas patologias; avaliação física dos internos; atividades lúdicas e físicas com os pacientes; na área de exatas e tecnológicas - idealização, humanização e criação de uma biblioteca; instalação de um laboratório de jogos. As oficinas de orçamento familiar e interação medicamentosa foram realizadas para os colaboradores do Hospital. Além disso, o Ministério Público Federal atuou como parceiro da UNIMAR e realizou levantamento documental dos usuários que se encontram internados no hospital psiquiátrico, dando ênfase para aqueles que não possuem os documentos básicos necessários para usufruir os direitos já consagrados na legislação. O projeto totalizou 910 atendimentos. O objetivo, agora, é dar seguimento aos projetos iniciados, adotando práticas que permitam a emancipação dos usuários e o exercício pleno da cidadania.

Palavras chaves: Lei Antimanicomial; Drogadição; Hospital.

\*\*\*

**EMBAIXADORES UNIVERSITÁRIOS DA FRANÇA – EUF.** GARCIA, Pedro Klein; ORELLANA, Juan Ricardo dos Santos. **ORIENTADORA:** VIEIRA, Rosângela de Lima. **RELAÇÕES INTERNACIONAIS/UNESP-MARÍLIA.** rosangela\_vieira@uol.com.br.

O Projeto Embaixadores Universitários da França (EUF) visa propagar a cultura e língua francesa e todas as suas matizes através do espaço francófono. Para tanto, utilizamos várias linguagens, desde a própria língua e passando pela produção cinematográfica, a observação de seus hábitos de vida, cultura e alimentação. A sociedade do interior paulista se mostra muito carente dessas atividades, pois seu relativo afastamento dos grandes centros culturais faz com que tais influências não atinjam a população. Assim, buscamos difundir a cultura e língua francesa (Francofonia enquanto expressão completa) através do desenvolvimento de atividades acadêmicas, científicas e culturais. O projeto lança mão de atividades lúdicas e culturais, através das quais expõe amplo embasamento científico e acadêmico, em grupos de trabalho (GTs) denominados Cine Francês, Clube de Francófonos, Núcleo de Internacionalização e

Núcleo Pedagógico. Obtivemos bons resultados na difusão cultural por entre as comunidades acadêmica e externa em Marília.

Palavras-Chave: Francofonia, Internacionalização, Ensino Superior

\*\*\*

**CINEMA FRANCÊS COMO FERRAMENTA DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA NA MEDICINA.** AZEVEDO, G. B. ORIENTADORAS: FERRER, W. M. H.; DOCA, HELOISA HELOU. EMAIL: [nipex@unimar.br](mailto:nipex@unimar.br), [heloisahelou@hotmail.com](mailto:heloisahelou@hotmail.com)

O currículo paralelo está presente no curso de medicina ainda que a carga horária de estudos seja integral, muitos alunos se dedicam as atividades extracurriculares, tanto as relacionadas diretamente à sua futura profissão, ou aquelas que valorizam cultura e esportes. O Cinema Francês é uma iniciativa de estudantes da graduação da UNESP, UNIMAR e FAJOPA, três universidades localizadas em Marília, São Paulo. Na Unimar há a participação de discentes dos cursos de Arquitetura e Urbanismo, Publicidade e Propaganda e Medicina, são realizadas sessões de filmes produzidos ou dirigidos por Franceses, a atividade pertence ao projeto - Embaixadores Universitários da França e é usada como instrumento de aproximação cultural entre o público e a cultura francesa através das exibições podem ser conhecidas obras da sétima arte francesa- o cinema. Essa atividade proporciona o enriquecimento cultural através de uma das formas de arte visual e também é forma de entretenimento. O currículo oculto na medicina faz parte do estudo médico, porém alguns pesquisadores afirmam que o equilíbrio deve ser feito para que o aluno não se sobrecarregue em atividades (sobretudo as atividades especificamente voltadas à medicina) sendo assim o Cine apesar de ser também uma atividade de extensão não se aproxima diretamente ao ensino médico podendo ser considerado além de tudo que foi supracitado uma forma de descanso mental para estudantes de medicina, uma vez que a atividade não exige muito esforço diferente das dezenas de páginas lidas diariamente e origina um aprimoramento cultural e emocional, já que os filmes muitas vezes são inspirados em fatos históricos como a Segunda Guerra Mundial. Os benefícios do cine são percebidos pelos estudantes que organizam as sessões sendo estes de cursos variados (Arquitetura, Medicina, Publicidade e Relações Internacionais) mas também ao público que pode desfrutar de alguns minutos de criatividade e cultura. Portanto, atividades como estas devem ser incentivadas visto que dentro do curso de Medicina muitas vezes há muita cobrança em relação ao bom desempenho curricular e extracurricular em atividades voltadas a saúde, toda essa cobrança agrava o estado emocional do estudante e o estresse, sendo fator para alterações emocionais significativas que podem prejudicar o aluno em sua vida pessoal e acadêmica, o cine então é uma atividade leve e ao mesmo tempo crítica que proporciona descanso em relação ao estudo biologicista médico e descobertas culturais, além de crítica em relação aos assuntos narrados nos filmes que versam desde drama e tabus como homossexualidade até a comédia. A proposta do Cinema se originou na UNESP, atualmente o projeto é realizado em parceria entre as universidades citadas, organizado pelos discentes dos cursos já citados e orientado por docentes nas três instituições de ensino.

Palavras Chave: Educação médica. Extensão. Cultura

IV Fórum de Pesquisa e Extensão/UNIMAR– 2016  
Índice Remissivo

ACÁCIO ARRUDA OTERO NETO .....	173,188
AILA N. DAHWACHE CRIADO ROCHA .....	266
ALDO ARANHA DE CASTRO.....	267
ALEXANDRE DE SOUZA MATTA .....	152
ALMEIDA, PATRÍCIA SILVIA DE ALMEIDA .....	173
ANDRIELLA DE PAULA QUEIROZ AGUIRRE .....	148,247
ANNA CAROLINA SANTOS SILVEIRA .....	07
ANTONIO CARLOS CREPALDI.....	130
ARTUR CESAR DE SOUZA .....	38,137
.....	169,177
.....	183,192
BRUNO H. M. PIROLO .....	79
BRUNO MODESTO SILINGARDI.....	32
CATHARINA MARTINEZ HEINRICH FERRER.....	169,173
CELSON QUEROIS SILVEIRA .....	212,227
DANIEL BARILE DA SILVEIRA.....	79,118
DEBORA LOOSLI MASSAROLLO OTOBONI .....	258,276
EDER FREDERICO BARBOZA RAIA.....	177,192
EDERLAN ILÁRIO DA SILVA .....	144
EDUARDO BUZETTI EUSTACHIO BEZERRO .....	16
EDUARDO CRISTIANO DE SOUZA.....	106
ELEANDRO GRANJA CAVALCANTE DA COSTA.....	113
ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO.....	74
EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA .....	49,148
ENÉIAS DOS SANTOS COELHO .....	102
ETINON RAMOS DE OLIVEIRA JÚNIOR.....	239
EVANDRO IBANEZ DICATI .....	38
FERNANDA GRANJA CAVALCANTE DA COSTA.....	186,201,
FERNANDA MESQUITA SERVA.....	272,273
.....	274,275
.....	276
FERNANDO DOMINGOS CARVALHO BLASCO .....	203,218
FLORENCE CRONEMBERGER HARET DRAGO .....	106,144
.....	152
FRANCISCO DE AGOSTINHO JÚNIOR.....	275
FRANCISCO RICARDO DE MORAIS ARRAIS .....	137
GABRIELA APARECIDA CARVALHO IUNES .....	155
GABRIELA B.AZEVEDO .....	278
GEILSON NUNES.....	83
GIOVANA MANZATTO FORTI DOS SANTOS .....	266
GLAUCIA SILVA LEITE .....	207
GLEISSA MENDONÇA FARIA CARDOSO .....	59
HELOISA HELOU DOCA .....	278
HENRIQUE RESENDE SIQUEIRA .....	159
HENRY ÂNGELO MODESTO PERUCHI .....	181,196
IVAN CORRÊA LEITE.....	192,207
JEFFERSON APARECIDO DIAS .....	84,155
.....	207,178
.....	222,275
.....	276

IV Fórum de Pesquisa e Extensão/UNIMAR– 2016  
Índice Remissivo

JONATHAN BARROS VITA .....	70,94
JORDANA VIANA PAYÃO .....	70
JUAN RICARDO DOS SANTOS ORELLANA .....	277
JULIANA MIRANDA ALFAIA DA COSTA .....	207,221
JULIANA RAQUEL NUNES .....	177,183
JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA .....	32,102
.....	113,125
.....	130,186
.....	203,173
.....	201,218
.....	243
KELL MAZZINI RIBEIRO DE CAMARGO .....	133,183
LEONARDO GOMES PEREIRA .....	118
LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA .....	46,239
LUCAS PIRES MACIEL .....	12
LUIZ AUGUSTO ALMEIDA MAIA .....	163
LUÍZA ANDREA CORREIA TONCHIS .....	196,211
MARCELO DE SOUZA CARNEIRO .....	125
MARIA APARECIDA CARVALHO IUNES .....	07,243
MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO .....	12,56,59
.....	121,173
.....	188,196
.....	211,221
.....	235
MARIANA RIBEIRO SANTIAGO .....	16
MARIELA RIBEIRO NUNES CARDOSO .....	272
MÁRIO AUGUSTO DE CARVALHO RODRIGUES .....	22
MARISA ROSSIGNOLI .....	22,88,
.....	217,231
MYRIAN LUCIA RUIZ CASTILHO .....	252
PATRÍCIA SILVA DE ALMEIDA .....	94,188
PAULO ROBERTO PEREIRA DE SOUZA .....	227
PEDRO KLEIN GARCIA .....	277
RODRIGO EVANGELISTA ALVES .....	88
ROSÂNGELA DE LIMA VIEIRA .....	277
RUBIA CRISTINA SORRILHA .....	25
SAMYRA HAYDEE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES .....	163,181
.....	196
SÍLVIA FERREIRA PATERLINI NERILO .....	65
SIMONE FURLAN .....	247
TEREZA CRISTINA ALBIERI BARALDI .....	272
THIAGO MAFRA TANCREDO .....	121
VALMIR BUFALARI .....	74
VANESSA BARCO DOS SANTOS SANTANA .....	148
VITOR JOSÉ MIRANDA DAS NEVES .....	273
WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER .....	07,66,74
.....	133,159
.....	278