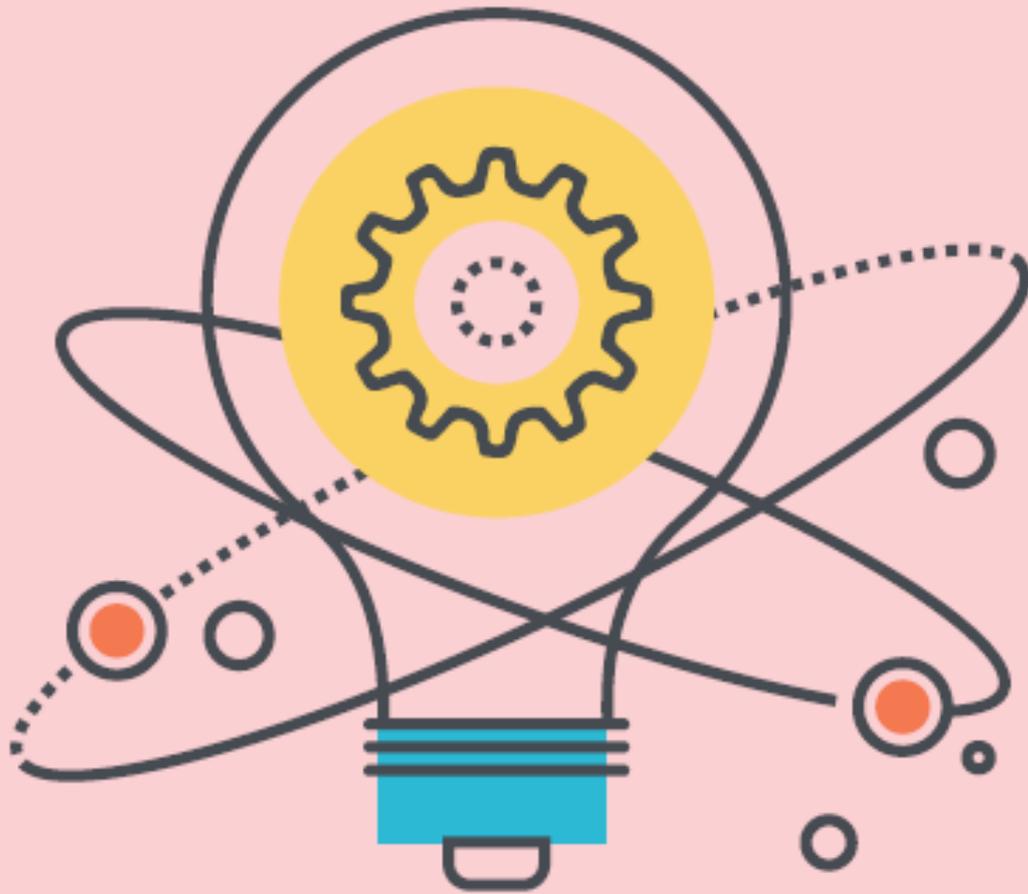


ISSN 2178-2083

CADERNO DE RESUMOS

VOLUME VI

MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO



V FÓRUM DE PESQUISA E EXTENSÃO

UNIMAR- UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

2018

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

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

21 a 23 de novembro de 2018

RESUMOS

Volume 6 – Programa de Mestrado e
Doutorado em Direito



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-REITORA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Fernanda Mesquita Serva

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

Professor Doutor Emerson Ademir Borges de Oliveira
Professora Mestre Maria Inês Godinho
Professora Doutora Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Ciências Agrárias

Professor Doutor Fábio Manhoso
Professor Doutor Carlo Rossi Del Carratore
Professor Doutor Rodolfo Spers

Ciências Exatas e Tecnológicas

Professora Mestre Palmira Cordeiro Barbosa
Professor Mestre Odair Laurindo Filho

Ciências Biológicas e da Saúde

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

Editoração

Catharina Martinez Heinrich Ferrer

Arte/capa

Juliana Postelhone
Odirlei Thiago do Nascimento Vermelho



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

APRESENTAÇÃO

O universo da pós-graduação atual traz novos requisitos qualitativos de excelência. Um Programa de Pós-Graduação em Direito, há muito, não deve contar apenas com o desenvolvimento científico e acadêmico de seus docentes, mas espelhar-se na necessidade de transposição deste nível para os seus discentes.

A Universidade de Marília, cujo Programa de Mestrado data de 2004 e Programa de Doutorado de 2017, está atenta aos rumos necessários para a melhoria do Programa, marcando marcha com as novas exigências que delineiam os cursos de excelência, sempre identificada com os documentos de área e as resoluções educacionais.

Visando aprimorar progressivamente esta relação, bem como implementar novas vertentes e matizes ao nosso reconhecido Programa, é natural a inserção do aluno nas publicações de qualidade, seja em eventos, seja em periódicos ou livros.

Os números demonstram um aumento e uma qualificação das publicações de nossos professores e alunos, quase sempre realizadas em conjunto, estabelecendo um inmensurável elo de aprendizado e continuidade.

Ao mesmo tempo, a Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação estabelece direcionadores para novos programas. Em 2018, fomos agraciados com um novo Mestrado na área da saúde e aguardamos o resultado do pedido de abertura do Mestrado Profissional em Direito, na área de conciliação, mediação e arbitragem; tudo isto, frise-se, para fazer frente às recomendações do MEC para Universidades.

Somam-se, além disso, mais de duas dezenas de cursos de pós-graduação lato sensu, verdadeiros trampolins para o aprimoramento intelectual que conduzirá o discente ao stricto sensu, ao mesmo tempo em que o desenvolve para o mercado profissional.

A Unimar estabelece, assim, uma marca no tocante aos cursos de pós-graduação, formando profissionais aptos a mercados de trabalho complexos e acadêmicos prontos para o ensino superior por todo o Brasil.

Nesta vertente, nada mais natural que nosso agraciado Fórum de Pesquisa e Extensão conte, especificamente, com um caderno direcionado a estes discentes para além da formação superior. Nossa missão continuará sempre com o fito de proporcionar excelência em ensino, pesquisa e extensão.

Uma ótima leitura a todos!

Prof. Dr. Emerson Ademir Borges de Oliveira
Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo
Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra
Professor permanente e Coordenador-Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado
em Direito da Universidade de Marília.

Novembro de 2018

V FÓRUM DE PESQUISA E EXTENSÃO DA UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Sessão de comunicações

GT 1 – Empresa, Desenvolvimento e Cidadania.....	07
GT 2 – Globalização, Direito e Economia	112
GT 3 - Estado Democrático de Direito e Direitos Fundamentais.....	188
GT 4 - Judiciário e Demandas Sociais.....	282
GT 5 - Relações de Consumo e Sustentabilidade.....	306
Índice	316

Sessão de comunicações

*Programa de Mestrado e
Doutorado em Direito*

ASPECTOS LEGAIS DA ARBITRAGEM E SEUS BENEFÍCIOS

LEGAL ASPECTS OF ARBITRATION AND ITS BENEFITS

AUTOR: WILDERSON AUGUSTO ALONSO NOGUEIRA - email:
nanao.adv@live.com

ORIENTADOR: JUSSARA BORGES FERREIRA – UNIMAR - email:
jussara@bflaw.adv.br

Grupos de Pesquisa: GT1 - EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

RESUMO

Será analisado o instituto da Arbitragem, os aspectos legais e sua importância no ordenamento jurídico, os temas possíveis de objeto e análise e, ainda, a realização de sua comparação em face da Mediação e Conciliação, bem como sua importância de instrumento para a diminuição das demandas frente ao Poder Judiciário.

Palavras-chave: Arbitragem e Mediação.

ABSTRACT

The arbitration institute will be analyzed, the legal aspects and their importance in the legal order, the possible subjects of object and analysis, as well as their comparison in the face of Mediation and Conciliation, as well as their importance as an instrument for the reduction of against the Judiciary.

Keywords: Arbitration and Mediation.

INTRODUÇÃO

Na sociedade moderna, existem várias modalidades para a solução dos conflitos, podendo ser através da jurisdição estatal, da arbitragem (jurisdição privada), da mediação e da transação (art. 840 e seguintes do Código Civil).

A jurisdição estatal é exercida pelo Poder Judiciário, mediante sua determinação legal que é julgar, onde são determinadas as soluções dos conflitos.

Já a arbitragem, prevista na Lei 9.307/1996, é considerada meio alternativo à jurisdição estatal, sendo uma modalidade muito antiga de composição de conflitos, vindo a ser exercido por outra pessoa isenta, imparcial. A sua imposição da decisão cabe ao Poder Judiciário.

A Mediação, realizada através de uma pessoa imparcial e neutra, não tem o condão de impor ou interferir na composição do conflito, ajudando apenas as partes a resolver a contenda, auxiliando-os.

Na conciliação, as partes resolvem espontaneamente a solução dos conflitos, mediante acordo, podendo transacionar sem a necessidade dum conciliador.

Com efeito, o Conselho Nacional de Justiça, expediu a Resolução 125/2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, tendo como princípios: o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal; a necessidade de se conciliar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios.

A conciliação e a medição são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a quantidade de recursos e de execução de sentenças e a altíssima judicialização dos conflitos de interesses.

DESENVOLVIMENTO

1 CONCEITO DE ARBITRAGEM

No nosso ordenamento jurídico atual temos a previsão legal do instituto da Arbitragem, prevista na Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, equiparou o árbitro no desempenho da arbitragem ao juiz (art. 18), constituindo sua decisão como título executivo judicial (CPC, art. 415, VII), com efeito, ao decidir o conflito, faz-se coisa julgada material.

Engrandece o instituto da Arbitragem, o fato da previsão da extinção do processo sem resolução de mérito, desde que noticiada em preliminar à contestação, por existir convenção de arbitragem entre os litigantes. (CPC art. 337, X e 485, VII).

Portanto, pode-se definir a Arbitragem como o meio alternativo entre particulares para a solução de conflitos advindos de direitos patrimoniais e disponíveis, por meio dum especialista do fato confrontante em litígio, o qual a fará uma sentença arbitral que a constitui como título executivo judicial.

Já para o autor Carlos Alberto Carmona, mais adequado seria denominar a arbitragem de “meio adequado” de solução de controvérsias[1]. Fato é que com base no princípio da inafastabilidade da tutela (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) o raciocínio é que se não constituísse uma alternativa às partes, seria inconstitucional, haja vista que haveria imposição da solução por intermédio da arbitragem.

O professor José Eduardo Carreira Alvim nos ensina que “A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas: os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o ‘julgamento’ de um litígio por uma ‘sentença’ com força de a coisa julgada”[2]

Temos ainda a conceituação exposto pelo professor Carlos Alberto Carmona, que nos expõe que:

“A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe uma decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes)”.[3]

Nelson Nery Junior [4] se posiciona em relação ao tema: “A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem como

qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela justiça estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial...”.

Através dos conceitos acima trazidos, podemos verificar que arbitragem é um método importante para a solução de conflitos, tendo como primícias a especialização, rapidez, irrecorribilidade, informalidade e confidencialidade.

2 CONCEITO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A Mediação, realizada através de uma pessoa imparcial e neutra, não tem o condão de impor ou interferir na composição do conflito, ajudando apenas as partes a resolver a contenda, auxiliando-os.

Segundo conceito de Mediação do professor Frank Sander (Harvard), em conferência realizada 1976 e que veio a ser publicada no ano 1979, este definiu “Mediação é o método dialogal de solução ou transformação interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumo do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo. Cabe, portanto, ao mediador, com ou sem a ajuda de comediador, colaborar com o mediandos para que eles pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns. Há vários modelos ou escolas de mediação, tais como a mediação facilitativa (ou tradicional de Harvard), a mediação avaliativa (ou conciliação), a mediação transformativa e a mediação circular-narrativa (ou narrativa). [5]

Na conciliação, as partes resolvem espontaneamente a solução dos conflitos, mediante acordo, podendo transacionar sem a necessidade dum conciliador.

3 A MEDIAÇÃO E O PROCESSO JUDICIAL - A função do mediador.

Apesar da autocomposição esteja prevista em várias disposições legais (arts. 149, 334, 165, 695 e muito outros do CPC), a Lei de Mediação (Lei 13.140/15) veio em parte derrogar o CPC e em parte trazer aprofundamentos nas regras de atuação do mediador.

Contudo, não significa que se deva negar a importância do mediador no processo. O mediador tem papel reconhecido como auxiliar da justiça (art. 149 do CPC) e exerce um papel relevante no desenvolvimento da cidadania, pois não apenas facilita o entendimento entre os cidadãos na busca da melhor solução para seus conflitos, mas também os ajuda na condução dos processos, no aspecto técnico, obviamente mantendo a imparcialidade que lhe é própria, mas dando mais objetividade ao processo, caso não haja acordo.

O Mediador Judicial, tem como atribuição aquelas relacionadas com a direção da sessão de mediação e com o atendimento às partes, são:

- a) abrir e conduzir a sessão de mediação, sob a supervisão do Juiz togado, promovendo o entendimento entre as partes;
- b) redigir os termos de acordo, submetendo-os à homologação do Juiz togado;
- c) certificar os atos ocorridos na sessão de mediação;

d) controlar a comunicação entre as partes, não permitindo que ela se realize de maneira ineficiente;

e) reduzir a termo os pedidos das partes, em conformidade com o que ficar acertado com o Juiz.

Entre tantas funções exercidas pelo mediador, se destaca a de abrir e conduzir a sessão de mediação, sob a orientação do Juiz de Direito, promovendo o entendimento entre as partes. A sessão de mediação é um ato processual, embora o seu conteúdo não tenha regras predeterminadas. “Nos Juizados Estaduais se exige sempre o comparecimento pessoal. Faculta-se a assistência por advogado nas causas de até 20 salários mínimos e, nas de valor superior, a assistência é obrigatória”.

4 A DEONTOLOGIA DO MEDIADOR

Conforme já salientado, mediador é o terceiro neutro, que deve ter conhecimento técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo; sua função é a de restabelecer a comunicação entre as partes, conduzindo as negociações, ou seja, “instruindo as partes quanto à maneira mais conveniente a portarem-se perante o curso do processo a fim de obterem a sua efetiva concretização”. O mediador deve garantir às partes que a discussão proporcione um acordo fiel ao direito da comunidade em que vivem, moral e justo.

Assim, é fundamental que o autocompositor, o responsável pelo bom andamento do processo, seja hábil a fim de se comunicar muito bem, sendo capaz de exprimir seus pensamentos de forma simples e clara, porém apurada, e de receber os pensamentos provenientes das partes, sabendo interpretá-los de acordo com a intenção de quem os exprimiu. Afinal, é com as informações que recebe das partes que o autocompositor poderá trabalhar a fim de trazer à tona as possíveis soluções do conflito. E, somente se o mediador comprovar que sabe ouvir e compreender as partes é que elas realmente prestarão as informações necessárias para que possa desenvolver o seu trabalho.

5 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA CONDUTA DO MEDIADOR

A conduta do mediador deve estar pautada na realização dos diversos princípios norteadores de processos autocompositivos. Entre eles destacam-se^[6]:

a) “**Princípio da neutralidade e imparcialidade de intervenção.** O princípio da neutralidade e imparcialidade de intervenção determina que, ao desenvolver seu ofício, o autocompositor proceda com neutralidade – isto é, isento de vinculações étnicas ou sociais com qualquer das partes – bem como se abstendo de tomar partido no curso da autocomposição. Cabe registrar que essa imparcialidade de intervenção deve ser percebida pelas próprias partes, cabendo ao mediador conduzir o processo de forma a assegurar tal percepção.

b) **Princípio da consciência relativa ao processo.** Outro mandamento nuclear relevante a processos autocompositivos consiste no princípio da consciência relativa ao processo. Segundo esse princípio, as partes devem compreender as consequências de sua participação no processo autocompositivo, bem como a liberdade de encerrar a mediação a qualquer momento. Como corolário, por esse princípio recomenda-se que as partes sejam estimuladas a tratarem a autocomposição como uma efetiva oportunidade para se comunicarem de forma franca e direta, pois, considerando a confidencialidade do que é debatido em mediação, elas somente têm a ganhar com essa comunicação aberta. Cabe registrar que, em especial em autocomposições forenses, ante a aproximação com a estrutura estatal, muitas partes demonstram receio de que o

mediador conte ao magistrado os pontos materiais debatidos na mediação e, devido a essa equivocada percepção, frequentemente se abstêm de os exprimirem com franqueza ou veracidade. Diante de uma situação como esta exemplificada, cabe ao(s) mediador(es) explicar adequadamente o funcionamento do processo de mediação e assegurar às partes a confidencialidade da autocomposição para que elas possam desenvolver adequada consciência quanto a esse processo autocompositivo.

c) **Princípio do consensualismo processual.** Outro elemento fundamental à autocomposição consiste no princípio da autonomia de vontades ou consensualismo processual. Por este princípio se estabelece que somente deve haver mediação se as partes consentirem espontaneamente com esse processo. Apesar de alguns ordenamentos jurídicos estabelecerem a obrigatoriedade da autocomposição, como em alguns casos, multas para as partes que não aceitarem determinadas propostas de acordos, a maior parte da doutrina especializada entende que a participação voluntária mostra-se necessária, em especial em países que ainda não desenvolveram uma cultura autocompositiva adequada, para a obtenção de resultados legítimos. Vale ressaltar que, no Brasil, a obrigatoriedade da conciliação em sede de Juizados Especiais consiste tão somente na presença das partes na sessão de conciliação - dessa forma, as partes não estão obrigadas a conciliar.

d) **Princípio da decisão informada.** Considerado por alguns como corolário do princípio da autonomia de vontades ou consensualismo processual, o princípio da decisão informada estabelece como condição de legitimidade para a autocomposição a plena consciência das partes quanto aos seus direitos e a realidade fática na qual se encontram. Nesse sentido, somente será legítima a resolução de uma disputa por meio de autocomposição se as partes, ao eventualmente renunciarem a um direito, tiverem plena consciência quanto à existência deste seu direito subjetivo. Da mesma forma, por razões mais bem explicadas pela psicologia cognitiva, frequentemente as partes têm suas percepções quanto aos fatos ou aos seus interesses alteradas em razão do envolvimento emocional de uma disputa. Nesse contexto, cabe ao mediador aplicar técnicas específicas (e.g. teste de realidade) para que as partes possam aprender a utilizar da melhor maneira possível o processo autocompositivo.

e) **Princípio da confidencialidade.** Pelo princípio da confidencialidade se estabelece que as informações constantes nas comunicações realizadas na autocomposição não poderão ser ventiladas fora desse processo nem poderão ser apresentadas como provas no eventual julgamento do caso, nem em outros processos judiciais. Nesse sentido, o mediador não pode servir como testemunha acerca de fato relacionado com seu ofício como facilitador de comunicações. Em regra, pode-se afirmar que a eficiência do mediador está relacionada à confiança que as partes depositam nele e à segurança de que alguns pontos debatidos em mediação não poderão ser utilizados como prova em um processo judicial. Sem poder coercitivo sobre as partes, o mediador depende da melhora da comunicação (se não de uma verdadeira construção de confiança) entre os disputantes. Portanto, a disposição de se expressar com franqueza é essencial à eficácia do processo, isso porque para que as partes possam se comunicar com maior liberdade há de ser garantido o sigilo profissional, para evitar o uso dessas informações em um ulterior julgamento. Como já registrado neste manual, apesar de inexistir dispositivo legal específico destinado a assegurar a confidencialidade das comunicações realizadas em mediações, há dispositivos legais genéricos visando garantir tal confidencialidade. Nesse sentido, o art. 154 do Código Penal dispõe acerca do tipo penal de violação de segredo profissional ao apenar a conduta de revelar, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. De forma semelhante o art. 229, I, do Código Civil, estabelece

que ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo. Ademais, merece destaque que a exceção criada pelo art. 30 § 3º da Lei de Mediação à confidencialidade resume - se aos crimes de ação penal pública todavia, câmaras de mediação, CEJUSCs, NUPEMECs ou mesmo os próprios mediadores podem criar outros fundamentos de excepcionalidade quanto a confidencialidade, desde que comuniquem previamente às partes.

f) **Princípio do empoderamento.** Como mencionado anteriormente, com a reinclusão de novos processos autocompositivos em modernos sistemas processuais, estes passaram a incorporar novos escopos, como a capacitação (ou empoderamento) das partes (i.e. educação sobre técnicas de negociação e resolução de conflitos) para que as partes em disputa possam, cada vez mais, por si mesmas compor parte de seus futuros conflitos. Nesse contexto, o princípio do empoderamento estabelece a necessidade de haver um componente educativo no desenvolvimento do processo autocompositivo que possa ser utilizado pelas partes em suas relações futuras. Considerando que o mediador estabelece uma relação com as partes de modo a estimular a comunicação, espera-se em razão do princípio do empoderamento que, após uma adequada autocomposição, as partes tenham aprendido, ainda que parcialmente, algum conjunto de técnicas de negociação e aperfeiçoado as suas formas de comunicação tornando-a mais eficiente inclusive em outros contextos.

g) **Princípio da validação.** Pelo princípio da validação se estabelece importante disposição na medida em que institui maior humanização do processo de resolução de disputas. Esse princípio preconiza a necessidade de reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos visando a uma aproximação real das partes e uma consequente humanização do conflito decorrente da maior empatia e compreensão. A participação de um terceiro neutro ao conflito no decorrer do processo direciona cada parte para que tome consciência dos seus interesses, sentimentos, necessidades, desejos e valores, e para que cada uma venha a entender como e porque algumas das soluções ventiladas satisfazem ou não as suas necessidades. Nessa linha, estando ausentes a conscientização ou a compreensão desses valores, as partes estarão menos dispostas e aptas a criar soluções ou a sugerir propostas. Ademais, ao instruir as partes sobre a melhor maneira de se comunicar, de examinar as questões controvertidas e de negociar com a outra parte, o terceiro neutro ao conflito está capacitando (ou empoderando) as partes, habilitando-as a lidar não somente com o conflito em análise, mas também com futuras controvérsias.

h) **Princípio da simplicidade.** A simplicidade traduz-se na desburocratização das formas, bem como aproveitamento dos atos que não comprometam o fim buscado (instrumentalidade das formas) objetivando sempre descomplicar o procedimento, tornando-o totalmente compreensivo às partes. Como nos juizados especiais “o procedimento deve ser simples, natural, sem aparato, franco e espontâneo, a fim de deixar os interessados à vontade para exporem seus objetivos”.

i) **Demais princípios.** Este trabalho não se propõe a exaurir todos os princípios referentes à autocomposição. Foram prescindidos princípios que se encontram bem desenvolvidos em outras obras como os princípios da informalidade, economia processual, celeridade, oralidade, flexibilidade processual, entre outros”.

CONCLUSÃO

Com base na Teoria do Conflito, percebemos que ocorreu uma recontextualização acerca do conceito de conflito na medida em que se registrou ser este um elemento da sociedade inerente a todas as relações humanas e contém potencial de contribuir positivamente nessas relações.

Assim, a abordagem do conflito no sentido de que pode, se conduzido com técnica adequada, ser importante meio de solução de conflitos.

Os requerente, buscam para solução de seus conflitos, auxílio do Tribunal de Justiça ou de entes privados que servem para resolver litígios “sob os auspícios do Estado” frequentemente têm o conflito diminuído pelo fato de meios adequados que se caracterizam como hábeis.

Nesse sentido[7], “claramente nota-se a transição de um sistema público de resolução de disputas em que as normas processuais seriam os principais fatores estruturantes – como a espinha dorsal é para o corpo humano – para um novo sistema em que a efetiva solução dos conflitos, como estes são vistos pelo jurisdicionado, passa a ser um dos principais fatores estruturantes. Nesse modelo, as normas processuais são instrumentos para o alcance ou a realização dessas soluções. Dessa forma, o foco na efetiva solução de conflitos sob o prisma do usuário constitui a espinha dorsal de todo sistema (pluri)processual – sem isso não se mostra possível permanecer ereto.

Torna-se claro que o conflito, em muitos casos, não pode ser completamente resolvido tão somente por abstrata aplicação da técnica de subsunção. Ao considerar que sua função consiste somente em examinar quais fatos encontram-se demonstrados para em seguida indicar o direito aplicável à espécie (subsunção) o operador do direito muitas vezes deixa de fora um componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano”.

A análise da efetividade de processo de resolução de disputas reflete uma crescente tendência de se observar o operador de processos de RADs como um efetivo pacificador – mesmo em processos heterocompositivos, pois começa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do profissional. A composição de conflitos “sob os auspícios do Estado”, de um lado, impõe um ônus adicional ao magistrado que deverá acompanhar e fiscalizar seus auxiliares (e.g. mediadores e conciliadores).

No entanto, a adequada sistematização e desenvolvimento de mecanismos voltados a aumentar a eficiência desses processos e o estímulo para que estes se tornem processos construtivos é marcante tendência do direito processual, na medida em que[8] “vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes”.

Fato é que, os operadores da área do direito estão deontologicamente ligados à pacificação social e à preservação e aperfeiçoamento de relações sociais. Ainda, da mesma forma com que muitos médicos, principalmente no passado, a despeito da evidente boa intenção de preservar a vida infectavam pacientes com agentes patológicos, operadores do direito – na maior parte das vezes muito bem intencionados – têm grandes dificuldades (por falta de treinamento técnico) em auxiliar as partes em disputa a construtivamente resolverem disputas.

Conclui-se, assim, a importância da arbitragem e mediação como meios de solução de conflitos, através de autocompositores adequadamente formados que exercem suas funções em instituições que planejaram seus procedimentos para a satisfação de todos os seus usuários, bem ainda de técnicas autocompositivas próprias por intermédio de operadores adequadamente treinados e por programas desenvolvidos com claras orientações qualitativas, com por exemplo dirige-se o processo não apenas visando o elevado número de sentenças ou transações mas sim elevada satisfação dos usuários quanto ao processo e ao seu resultado e, por fim, ficou demonstrado princípios e técnicas de pacificação social e que sejam capazes de resolver lides construtivamente.

No[9] que concerne ao papel de magistrados, mediadores e conciliadores diante dessa nova realidade do ordenamento jurídico processual, cabe mencionar que essa nova conduta profissional está tão somente adequando-se à nova concepção de Direito apresentada contemporaneamente por diversos autores, dos quais se destaca Boaventura de Souza Santos, segundo o qual “concebe-se o direito como o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justificáveis num dado grupo, que contribuem para a identificação e prevenção de litígios e para a resolução destes por meio de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada”.

Em nosso país há amplas oportunidades de melhoria e concretas demonstrações de que processos construtivos são não apenas viáveis, mas determinantes para a efetividade do sistema processual e dessas instituições individualmente.

Com efeito, com base na teoria de conflito existente, não cabe mais ao operador desses processos de resolução de disputas (magistrados, mediadores, advogados ou promotores), se posicionarem atrás de togas escuras e agir sob um manto de tradição para permitir que partes, quando busquem auxílio (do Estado ou de uma instituição que atue sob seus auspícios) para a solução de conflitos recebam tratamento que não seja aquele voltado a estimular maior compreensão recíproca, humanização da disputa, manutenção da relação social e, por consequência, maior realização pessoal, bem como mais vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa*. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2.

BAIRD, Douglas; et alii. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press, 1994.

AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. New York: Basic Books, 1984.
SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2. São Paulo: Cortez, 2000.

NEUMANN, John Von; e MORGENSTERN, Oskar. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton: Princeton University Press, 1953.

POUNDSTONE, William. *Prisoner's Dilemma*. Anchor Books, 1993.

RAPOPORT, Anatol. *Lutas, Jogos e Debates*. 2. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 998.

COOLEY, John W. *The Mediator's Handbook*. Louisville: National Institute for Trial Advocacy, 2006.

GOLANN, Dwight. *Mediating Legal Disputes*. Boston: Little, Brown and Company, 1996.

MOORE, Christopher. *O processo de mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. Porto Alegre: Lumen Juris, 1999.

SLAIKEU, Karl. *No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd8c54.pdf>

[1] Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96, 3 ed. Ver. Atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2009, p.31.

[2] ALVIM, José Eduardo Carreira. Tratado Geral da arbitragem, Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p 14.

[3] CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31-32.

[4] Nelson Nery Junior. Código de Processo Civil comentado, 3. Ed. São Paulo: RT, 1997, p. 1.300.

[5] SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. Minesota: West Publishing, 1979. p. 65-87.

[6] <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd8c54.pdf>

[7] <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd8c54.pdf>

[8] <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd8c54.pdf>

[9] <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd8c54.pdf>

EDTECHS COMO O MECANISMO TECNOLÓGICO PARA ALCANÇAR A FUNÇÃO SOCIAL DA ESCOLA

EDTECHS AS TECHNOLOGIC MECHANISM TO REACH THE SOCIAL FUNCTION OF SCHOOL

KARINE SILVA CARCHEDI. Mestranda no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Vinculada ao grupo de pesquisa Globalização, Direito e Economia/CNPq. karine_carchedi@hotmail.com

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER. Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Vinculada ao grupo de pesquisa Globalização, Direito e Economia/CNPq. walkiriamf@terra.com.br

RESUMO

O mundo de hoje encontra-se cada vez mais veloz. A modernidade chegou às mãos de quase toda a sociedade. As informações são compartilhadas a uma velocidade desmedida. E a educação? A educação não fica para trás. Fins de se evitar a obsolescência educacional, e acompanhar a evolução social, novas tecnologias foram

desenvolvidas para que o aluno fosse atraído para a sala de aula. Mas e o aluno portados de alguma deficiência ou necessidade especial? De que forma essas tecnologias foram úteis para garantir sua acessibilidade no ensino regular? O direito vem dando lastro jurídico à tutela da acessibilidade voltada para a educação com supedâneo na Constituição Federal, Convenções Internacionais e leis esparsas, as quais serão analisadas. A presente pesquisa, baseada no método dedutivo, e utilizando-se da pesquisa de doutrinas, artigos e legislação, tem por objetivo observar a utilização das tecnologias voltadas para a educação (*edtechs*) nas escolas de ensino regular, e até mesmo especial, e abordar de que forma essas tecnologias podem colaborar para que subsista a plena aprendizagem e o pleno ensino, buscando, dessa forma, alcançar a função social da escola.

Palavras-chave: Edtechs. Função Social da Escola. Necessidades especiais.

ABSTRACT

Nowadays' world is getting faster and faster. Modernity came into the hands of almost all society. Information is shared in an unmeasured speed. What about education? Education is not far behind. In order to avoid educational obsolescence, and to follow social evolution, new technologies were developed so that the student was attracted to the classroom. But what about the student with some disability or special need? In which ways were these technologies useful to ensure accessibility in regular education? The law has given legal protection to the accessibility related to education under the Federal Constitution, International Conventions and sparse laws, which will be analyzed. The present research, based on the inductive method, and utilizing the research of doctrines, articles and legislation, aims to scrutinize the use of education technologies (*edtechs*) in schools of regular and even special education, and to discuss how these technologies can contribute to the continuation of full learning and full teaching, in order to achieve the social function of the school.

Keywords: Edtechs. Social function of the school. Special needs.

INTRODUÇÃO

Vivemos numa sociedade que anda em alta velocidade, líquida e altamente consumista. Pode-se dizer que nos dias atuais a maior dificuldade dos professores, e da instituição de ensino, deixou de ser as conversas paralelas entre seus alunos no momento da aula. Muito pelo contrário. As salas de aulas encontram-se quietas demais. Os celulares, a internet, e os aplicativos de redes sociais passaram a ser os maiores inimigos dos docentes.

Isso se deve a grande evolução tecnológica, meios de comunicação, inclusão digital e sociedade de consumo. Assim sendo, e trazendo a baía um velho ditado popular: “Quando não se pode vencer um inimigo, junte-se a ele” (Autor Desconhecido). Isso significa que a solução para o retro mencionado problema seria colocar o ensino em consonância com a evolução social, ou seja, torná-lo mais atrativo aos olhos dos discentes. E como? Através da tecnologia!

No entanto, quando falamos de inclusão das pessoas com necessidades especiais nos meios sociais é um grande desafio em tempos atuais, seja, essa deficiência, física ou cognitiva. A acessibilidade foi um modo de se alcançar a inserção digna dessas pessoas na sociedade, mas ainda assim subsistem inúmeras barreiras para a inclusão efetiva.

O mesmo pode ser dito a respeito da inclusão das pessoas com necessidades especiais na educação tendo em vista que o caráter educacional envolve uma gama de profissionais e requisitos que devem ser cumpridos para que essa educação seja plena e efetiva.

Em meio a essas grandes dificuldades foram sancionadas Leis e Decretos, em especial o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, o qual promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, o qual foi um divisor de águas para os direitos e garantias das pessoas com necessidades especiais.

Além disso, a tecnologia muito tem ajudado para a inclusão educacional das pessoas com necessidades especiais, e para o efetivo alcance da função social das instituições de ensino.

O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO DA EDUCAÇÃO VIA EDTECHS PARA A PLENA FUNÇÃO SOCIAL DA ESCOLA

Primeiramente é necessário trazer a baía uma abordagem, ainda que sucinta a respeito da função social das instituições de ensino. Função social esta que está intrinsecamente relacionada á educação e a sociedade.

Tem-se que a atribuição das instituições de ensino não estão delimitadas meramente a ao ensino puro e simples dos conteúdos programáticos e de angariamento de conhecimentos técnicos e culturais (MANACORDA, 2007, p.26), e sim a formação social, moral e cognitiva do indivíduo para que esse integre a sociedade.

A escola tem por objetivo fornecer um ambiente que seja mais propício para trazer o aprendizado aos seus discentes para que se sintam incluídos socialmente e politicamente, ou seja, além do ensino profícuo, que o universo escolar seja digno, permita o convívio social (LIBANEO, 2012, p. 129-136), envolva a família, e, também, a tecnologia!

Corroborando com o mencionado, Libâneo (2012, p. 131) menciona que “[...] o grande desafio é o de incluir, nos padrões de vida digna, os milhões de indivíduos excluídos e sem condições básicas para se constituírem cidadãos participantes de uma sociedade em permanente mutação”.

Não pode deixar de ser mencionado que uma vez que o discente é a geração futura, e naquele momento está sendo construído intelectualmente e moralmente, a escola atinge sua função social quando a sociedade cria ligações sinérgicas com ela. Isso significa que a sua função social é atingida quando compartilha informações, experiências, conhecimento, e até mesmo políticas sociais e públicas, com a sociedade que se discente, e que ela mesma estão inseridos. Assim sendo:

[...] informar e formar precisa estar entre os objetivos explícitos da escola; desenvolver as potencialidades físicas, cognitivas e afetivas dos alunos, e isso por meio da aprendizagem dos conteúdos (conhecimentos, habilidades, procedimentos, atitudes e valores), fará com que se tornem cidadãos participantes na sociedade em que vivem (COSTA, n.d.).

Todavia, quando falando de pessoas com necessidades especiais, a inclusão é uma grande barreira, sendo que a segregação costuma ser preponderante, tanto da própria sociedade quanto da instituição de ensino, que muitas vezes trazem problemas quanto a acessibilidade.

Sancionada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) de 1996 (Lei n. 9.394/96), pôde ser visto que a educação das pessoas com necessidades especiais passou a ser tidas como sendo modalidade da educação escolar, e em razão disso teve de ser proporcionada àqueles portadores de qualquer que fosse a necessidades especiais, ou

o problema cognitivo, na rede regular de educação, tornando-se, tal lei, uma ponte que ultrapassava barreiras quase que intransponíveis até então.

Com a retro citada lei a acessibilidade a nível de ensino passou a ser quase que obrigatória, quando de seu artigo 3º dispunha que o corpo docente deveria ser especializado em nível médio e superior no que se referia a assistência especializada, e também professores capacitados para promover a integração dos referidos alunos no âmbito da rede regular em salas comuns.

O Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Em seu artigo primeiro é trazido seu propósito, o qual prega:

Proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (BRASIL, DECRETO Nº 6.949/2009).

A nível de acesso à educação, o referido decreto é claro quando dispõe no artigo 24, 2, 'a', que "as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência". Outros direitos foram assegurados, no mesmo artigo, bem como em todo decreto, para que a educação fosse um direito mínimo da pessoa com necessidades especiais. Uma obrigação do Estado fazer como que ele acontecesse. A vista disso, as EdTechs tornaram-se um aliado eficaz para que esses objetivos, e o pleno ensino a pessoas com necessidades especiais, fossem atingidos com louvor.

A *EdTech* nada mais é que a tecnologia, sob a forma de recursos (aplicativos, equipamentos, ferramentas), voltada para a otimização da educação e aprendizagem (THOMÉ, 2017).

A utilização de tecnologias assistivas propiciam ao seu usuário um elemento fundamental de aprendizagem tendo em vista que estimula o desenvolvimento intelectual e cognitivo, bem como interatividade, criatividade e outras habilidade individuais, favorecendo interações sociais.

É sabido que há uma dificuldade um pouco mais acentuada na capacidade de aprendizagem das pessoas com necessidades especiais que podem se atenuar com a introdução de determinados programas, aplicativos, softwares em geral, de caráter educativo, tornando-os mais hábeis a realizar tais tarefas. Percebe-se que há uma potencial autonomia da pessoa com necessidade especial. Mas para que isso aconteça, o comportamento de aprendizagem através das tecnologias de educação assistivas deve ser estimulado, para que essa pessoa se vincule com essa tecnologia, proporcionando um sentimento de independência, e interdependência (NUGLISCH, 2011, p. 18).

É plenamente possível que as pessoas que se utilizem desses recursos melhorem suas condições físicas e psíquicas como um todo, permitindo a sua inserção na sociedade com maior confiança. Sendo assim, as *edtechs* são capazes de proporcionar uma maior independência, bem como a interdependências de seus usuários através da inclusão digital com a corrente utilização de softwares, beneficiando-os com conhecimento, integração e comunicação (NUGLISCH, 2011, p. 19).

Veja que as *edtechs* se consagram como sendo um braço direito da educação, principalmente quando se trata de pessoas com necessidades especiais, uma vez que facilitam a inclusão social através de métodos tecnológicos digitais.

Assim sendo, a instituição de ensino que se utiliza de tal recurso atinge puramente a sua função social, possibilitando a formação social, moral e intelectual da pessoa com necessidades especiais. E mais que isso, solidariamente, proporciona a inclusão dessa pessoa na sociedade, podendo até mesmo abrir novos caminhos e possibilidades.

CONCLUSÃO

A sociedade e a tecnologia estão em constante evolução. Não há pontos de interrupção, pausa ou suspensão. O mundo não para e todas as áreas da sociedade devem acompanhar tal corrida tecnológica para não ser condenada ao insucesso. Isso significa que a educação, a nível acadêmico, deve permanecer em consonância com desenvolvimento das tecnologias. E foi exatamente o que aconteceu ao serem criadas as *Edtechs*, e estas serem prontamente adotadas pelo setor educacional.

Um mecanismo que foi um propulsor da educação no sentido de tornar as clássicas salas de aula em um meio atrativo para os jovens de uma geração de berço comunicativo, fins de que lhes proporcionasse valores sociais e políticos de forma mais leve, e nos moldes de sua linguagem.

As *edtechs* foram, também, um divisor de águas para a aprendizagem das pessoas com necessidades especiais e deficiências, ao passo que inseriu as tecnologias assistivas para colaborar com a absorção do conteúdo, e facilitar o acesso, tornando o ensino mais especializado.

Porém, muito mais do que educação pura e simples, leia-se aprendizagem, as *Edtechs* proporcionaram às pessoas com deficiências ou necessidades especiais, acessibilidade, inclusão e integração social, atingindo-se assim, a plena função social da escola.

REFERÊNCIAS

- COSTA, V. L. P. *Função social da escola*. Delegacia Regional de Educação Araguaiana. Disponível em: <www.dre-araguaina.com.br/projetos/funcao_social_escola.pdf>. Acesso em: 22 out 2018.
- LIBÂNEO, J. C.; OLIVEIRA J. F.; TOSCHI M. S.; *Educação escolar: políticas estrutura e organização*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2012.
- MANACORDA, Mario Alighiero. *Marx e a pedagogia moderna*. Tradução de Newton Ramos de Oliveira. Campinas: Editora Alínea, 2007.
- NUGLISCH, Leonice Elci Rehfeld. *Tecnologias Assistivas e Softwares para os Portadores de Necessidades Especiais*. Disponível em: <<http://repositorio.ufsm.br/handle/1/13042>>. Acesso em: 23 set 2018.
- THOME, Debora. *O que é edtech?*. Disponível em: <<http://inoveduc.com.br/o-que-e-edtech/>>. Acesso em: 23 set 2018.

**O ART. 146-A DA CF/88 COMO INSTRUMENTO DE DIMINUIÇÃO
DE DESIGUALDADES REGIONAIS, SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO**

**THE ART. 146-A DA CF / 88 AS AN INSTRUMENT FOR THE DECREASE OF
REGIONAL INEQUALITIES, UNDER THE PERSPECTIVE OF THE
ECONOMIC ANALYSIS OF THE LAW**

ANDRÉ LUIZ ORTIZ MINICHELLO – andreominichiello@gmail.com

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO – UNIMAR – mfat@sercomtel.com.br

RESUMO

O presente trabalho visa à análise do art. 146-A da CF/88 enquanto instrumento de diminuição desigualdades regionais. Assim, utilizando-se do método dedutivo, procurou-se de início tratar do desenvolvimento regional com base na doutrina de Celso Furtado para ao final fazer-se considerações de como o art. 146-A pode funcionar como instrumento para diminuição de desigualdades regionais para propiciar um desenvolvimento equilibrado nacional, na perspectiva da análise econômica do Direito. Palavras-chave: Desenvolvimento Regional. Artigo 146-A da Constituição Federal. Desigualdades Regionais

ABSTRACT

The present work aims at the analysis of art. 146-A of CF / 88 as an instrument to reduce regional inequalities. Thus, using the deductive method, it was tried at first to deal with regional development based on Celso Furtado's doctrine, in order to finally make considerations of how art. 146-A can act as a tool to reduce regional inequalities in order to foster a balanced national development from the perspective of economic analysis of the law.

Key-words: Regional Development. Article 146-A of Federal Constitution. Regional Inequalities

INTRODUÇÃO

O presente resumo versou sobre a análise do art. 146-A da CF como instrumento de política tributária viabilizadora da concorrência entre os agentes econômicos, bem como seu reflexo no desenvolvimento geral e principalmente no desenvolvimento regional.

De início, utilizando-se do método dedutivo, mediante revisão bibliográfica, tratou-se do desenvolvimento regional que é preocupação constitucional. Para tanto, baseando-se na doutrina de Celso Furtado, asseverou-se para o desenvolvimento regional eficaz, deve-se levar em conta as peculiaridades de cada região, prestigiando-se aspectos geográficos, culturais, econômicos, sociais e notadamente econômicos.

Mais adiante, tratou-se da análise do art. 146-A da CF/88 notadamente sob o enfoque da análise econômica do Direito, primeiramente demonstrando-se a finalidade da criação de tal artigo, visando estabelecer desde a Constituição instrumento que possa prestigiar a concorrência entre os agentes econômicos, equilibrando eventuais

desvirtuamentos de benefícios fiscais concedidos e que podem desequilibrar a atuação dos agentes dentro do mercado.

Após, abordou-se acerca do reflexo do uso de tal instrumento constitucional que por buscar o equilíbrio de políticas tributárias e assim, almejar a concorrência sustentável entre os agentes econômicos enseja também o desenvolvimento regional vez que ao se propiciar a atuação equilibrada de agentes econômicos, se propicia ainda que a atuação destes traga melhorias para as regiões em que estejam inseridos, notadamente com oferta de empregos, melhoria da qualidade de vida das pessoas, estruturação dos mercados regionais e crescimento das cidades etc.

O ART. 146-A DA CF/88 COMO INSTRUMENTO DE DIMINUIÇÃO DE DESIGUALDADES REGIONAIS, SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO:

A Constituição Federal prevê em seu artigo 3º três objetivos fundamentais da República que são de suma importância para o presente artigo.

Tais objetivos analisados em conjunto relacionam-se com o tema do desenvolvimento, aqui levado em conta no seu aspecto regional.

Segundo o referido artigo, são objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional e ainda a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

O termo desenvolvimento nacional deve ser considerado não de modo restrito, no aspecto econômico, mas também no sentido de desenvolvimento social, cultural, moral, ou seja, desenvolvimento amplo e irrestrito que garanta a construção de uma sociedade equilibrada em sua plenitude.

Segundo Tavares:

Na atual Constituição, é (deve ser) um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro “garantir o desenvolvimento nacional”. Obviamente que tal meta insere-se no contexto econômico da Constituição, embora nele não se esgote, já que o desenvolvimento há de ser buscado igualmente em outras órbitas, como a social, a moral, a política e outras. Interessa aqui sublinhar o desenvolvimento econômico do País como um dos objetivos fundamentais (não apenas um meio para obter outro princípio). (2009, p. 1011)

A busca pelo desenvolvimento sem que se leve em conta aspectos e necessidades regionais pode se apresentar como instrumento de subdesenvolvimento, vez que nem todas as políticas públicas podem ser aplicadas de modo indistinto, gerando na verdade, emprego de verbas e serviços públicos de modo inadequado, muitas vezes se mostrando como algo inefetivo, não gerando efeitos que foram pensados outrora.

É certo que aspectos regionais relacionados às peculiaridades econômicas, estruturais, culturais, influenciam no desenvolvimento e por tal razão devem fazer parte da elaboração de metas e políticas a serem implementadas.

Furtado afirma que:

O desenvolvimento econômico é um processo acentuadamente desigual: surge em uns pontos, propaga-se com menor ou maior facilidade a outros, toma vigor em determinados lugares, aborta noutros. Nem é nem poderia ser um processo uniforme, pois a

constelação de recursos e fatores que se apresenta em cada parte é obviamente diversa. (1963, p.122-123)

Como se vê, Furtado verifica a existência de um ritmo desigual de desenvolvimento entre territórios em todos os níveis, quer seja, entre diferentes países ou ainda entre regiões de determinado país.

Tal diferenciação feita em aspecto macro pode ser transportada para regiões de um determinado país, em que pode ser notada a diferença de potencial de mercado e de industrialização, e por isso, importante se faz adequação de políticas públicas e planejamento para o efetivo desenvolvimento.

A desigualdade entre as regiões do Brasil é notória e não pode passar despercebida quando se tenha como meta o desenvolvimento nacional, pois, a desigualdade regional gera prejuízos no tocante própria unidade nacional, criando distancias e barreiras entre pessoas e entes da Federação em relação à utilização de benefícios e direitos (sociais, culturais, educacionais).

Sobre a preocupação Constitucional com tema desenvolvimento regional, Martins lembra que

Uma das formas de promover a industrialização de regiões menos desenvolvidas do território de um país, é sem dúvida, a redução ou eliminação de encargos de ordem aduaneira ou fiscal sobre uma porção de seu território, o que, no Brasil foi feito, em relação à Amazônia Ocidental, mediante a criação da Zona Franca de Manaus, pela lei 3.173/57, alterada pelo DL 288/67. [...] o constituinte houve por bem manter a Zona Franca de Manaus até o ano de 2013, na certeza de que, sem isso, todo o esforço anterior poderia desaparecer, com sérios riscos à própria estabilização do Estado (MARTINS, 2001, p. 24).

Adota-se no presente estudo o Law and Economics como referencial, pois, inegável é o diálogo entre Direito e Economia uma vez que o Direito enquanto fonte normativa traz consequências para a economia e esta, por sua vez, influencia a formação das normas jurídicas.

Nessa vereda, se a proposta é a abordagem do artigo 146 - A da CF/88 como instrumento de diminuição de desigualdades regionais, importante é a análise dentro do contexto do referencial escolhido.

Sobre a associação entre Direito e Economia, Rachel Sztajn (2005, p.82) afirma que:

É possível associar Direito e Economia, seja no plano normativo-normativo, seja no normativo-positivo. Da primeira relação, resulta a análise das consequências de alternativas na formulação de normas de Direito positivo. Amplia-se o quadro de análise das regras jurídicas; aplicadas ao Direito de propriedade, indaga-se sobre ser mais eficiente a tutela do *jus in rem* ou a da responsabilidade civil ou *jus in personam*.

E continua:

O Direito é um sistema aberto que influi e é influenciado pelas instituições sociais existentes na comunidade em que se aplica. Por isso, cultores da teoria evolucionista das sociedades admitem que o conjunto de regras socialmente predispostas serve à organização das relações intersubjetivas e, em dado momento, se consagra como Direito Posto. Se isso já foi verdade, fatores econômicos estarão envolvidos no processo de criação de normas.

Nítida é a importância que se dá, ao se estudar Law and Economics, à necessidade de se lançar mão de algum meio de análise econômica na criação de normas jurídicas de modo que se tornem constantemente mais eficientes (melhor resultado).

Segundo Bassoli e Fortes:

Quando se fala em Análise Econômica Normativa do Direito Tributário, o que se busca é incorporar aos fundamentos e às estruturas tributárias as questões chave econômicas – eficiência produtiva, eficácia alocativa, justiça distributiva e ordenamento institucional, segundo Rosseti (2003, p. 190) – com o objetivo final de se atingir a justiça tributária, pautada na legalidade, na segurança, na igualdade e na distributividade. (2010, p.238)

O artigo 146-A da Carta Magna prevê a possibilidade do estabelecimento de critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência. Nessa vereda verifica-se a preocupação com os efeitos da tributação no tocante a concorrência entre os agentes da atividade econômica.

Não se pode negar, entretanto, que a possibilidade de se estabelecer critérios especiais quanto à tributação não gera somente efeitos à concorrência, mas sim gera outros efeitos que incidem diretamente no desenvolvimento econômico e social do território onde estejam inseridos tais agentes da atividade econômica.

Ribeiro, quanto ao art. 146-A nos ensina que:

Quanto à expressão – critérios especiais de tributação – que estabelece o artigo 146-A, visa à neutralidade dos tributos que atingem diretamente as atividades econômicas, em especial os tributos incidentes sobre as operações de produção e de circulação de bens e serviços. Podem ser estabelecidas medidas com imposição de limites à concessão de incentivos fiscais quando podem provocar guerra fiscal, combater a sonegação e inadimplemento, unificação das obrigações instrumentais comuns aos tributos estaduais e municipais, dentre outras que, direta ou indiretamente, podem provocar alterações no preço final do produto. (RIBEIRO, 2014, p. 145)

E continua, explicando a finalidade do instrumento previsto no referido artigo:

Foi criado então, um novo instrumento constitucional de utilização da tributação, além da finalidade arrecadatória de recursos financeiros para o Estado. Tal artigo contém uma regra constitutiva de competência legislativa, que permite o uso da tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência, por via da extrafiscalidade. Essa competência vem se juntar ao conjunto de outras hipóteses de tributação extrafiscal, previstas na Constituição. Desta forma, o legislador complementar deverá cuidar

de tratativas que visem equilibrar a concorrência. Não é o caso de repressão no combate ao exercício abusivo da atividade econômica. Tal dispositivo se presta, via legislação complementar, evitar que os efeitos de um determinado tributo sejam diferentes para os contribuintes, provocando com isso desequilíbrios na concorrência. Como se vê, a Constituição Federal contempla, expressamente, a correlação entre a tributação e livre concorrência. (RIBEIRO, 2014, p.142)

Verifica-se, assim, que a essência do instituto reside na possibilidade da intervenção estatal no sentido de criar um cenário concorrencial equilibrado, corrigindo distorções tributárias que possam influenciar no exercício da atividade econômica de modo prejudicial.

Na mesma linha de raciocínio, Bassoli e Fortes, afirmaram:

À primeira vista, o artigo 146-A enuncia uma regra de competência, outorgando à União o poder de instituir, por meio de lei complementar de caráter nacional (vinculante para todos os Entes Federativos), normas que visam prevenir ou anular as distorções concorrenciais provocadas pelos tributos. Com isso, a União, além da competência outorgada pelo artigo 174 para fiscalizar, incentivar e planejar as atividades econômicas cabe, também, intervir diretamente na tributação tanto dos Estados, quanto dos Municípios, quando esta ferir os preceitos concorrenciais. Mais do que somente enunciar tal regra, é válido afirmar que o artigo 146-A da CF/88 positiva, expressamente, no ordenamento jurídico o Princípio da Neutralidade Fiscal, conforme visto nos tópicos anteriores era construído implicitamente a partir dos Princípios da Ordem Econômica. (RIBEIRO, 2014, p. 246)

Do exposto acima, pode-se verificar que há além da finalidade de prevenir e corrigir distorções concorrenciais provocadas pelos tributos a possibilidade de ser visto também como instrumento de desenvolvimento socioeconômico, observe-se.

É certo que a finalidade precípua é a busca pela concorrência sustentável entre os agentes econômicos, podendo, assim, estabelecer-se critérios para se buscar a neutralidade fiscal, evitando-se a denominada guerra fiscal.

Entretanto, além de tal função, por via reflexa tem-se que uma vez propiciada a concorrência de modo sustentável, possibilitando a coexistência dos agentes econômicos haverá como desdobramento natural a diminuição de desigualdades regionais.

Isso porque, com a atuação dos agentes econômicos de modo sustentável, havendo neutralidade tributária, tem-se a possibilidade de que investimentos surjam, aumente-se o número de vagas de empregos, ocorram investimentos em polos industriais, crescimento e estruturação das cidades dentre outros benefícios.

CONCLUSÃO:

Diante do que foi abordado verificou-se que a diminuição das desigualdades regionais é fundamento da República e por sua vez é tema de grande importância e está intimamente vinculado à boa situação do cenário econômico, político e social.

Para que se possa ter diminuição de desigualdades regionais, se faz necessário que políticas públicas sejam estruturadas de modo personificado, levando-se em conta as peculiaridades das mais diferentes regiões do País.

No tocante ao art. 146-A da CF/88, tem-se que é válido instrumento de neutralidade tributária que pode ensejar equilíbrio da concorrência e convivência sustentável entre os diversos agentes econômicos.

Pode-se ainda fazer que além e possuir sua finalidade originária de propiciar equilíbrio concorrencial, gera também por via reflexa a diminuição das desigualdades regionais por meio do desenvolvimento de cada umas das localidades em que se encontram os agentes econômicos instalados.

REFERÊNCIAS:

BASSOLI, Marlene Kempfer; FORTES, Fellipe Cianca. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 14, p. 235-253, nov. 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e Subdesenvolvimento*. São Paulo: Fundo de Cultura, 1963.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Temas atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Elevação, 2001.

RIBEIRO, Maria de Fátima. In: *Estudos Tributários*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

A NORMA ANTIELISÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

THE STANDARD THAT PROHIBITS TAX PLANNING IN BRAZILIAN LAW

JOÃO PEDRO CEREN – E-mail: joaopceren@gmail.com

MARIA DE FATIMA RIBEIRO – Unimar - E-mail:
professoramariadefatimaribeiro@gmail.com

RESUMO

O resumo expandido ora elaborado tem como objetivo discorrer a respeito das teses de constitucionalidade e inconstitucionalidade que recaem sobre norma antielisão que consta no Código Tributário Nacional, inserida no art. 116, parágrafo único, guardadas as devidas proporções de um resumo expandido, vez que o tema merece uma atenção pormenorizada em um artigo, tamanha divergência e complexidade que gira em torno do assunto. A metodologia que será utilizada para levar a cabo a tarefa proposta é o método dedutivo, utilizando-se de referências bibliográficas para elucidar melhor a matéria. A delimitação do assunto, como já foi explicitado, recairá sobre a regra da antielisão tributária prevista no CTN, sem prejuízo de haver a utilização de obras estrangeiras, vez que a norma encontra inspiração em sede doutrinária internacional. A originalidade do trabalho é perceptível vez que busca fomentar o debate a respeito do

tema elisão fiscal, em um país onde há uma carga tributária elevada. Conclui-se preliminarmente, que há quem defenda a norma antielisão fiscal com base na isonomia e na capacidade tributária argumentando que o fato gerador não pode ser afastado, outros porém, defendem que a norma é inconstitucional por vedar um planejamento tributário que beneficie o contribuinte incidindo tributação menos onerosa, o que nos parece ser o caso, embora ainda careça de decisão do Supremo Tribunal Federal que finalize a discussão.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Elisão. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The expanded summary now prepared has the purpose of discussing the theses of constitutionality and unconstitutionality that fall on the anti-tax norm contained in the National Tax Code, inserted in art. 116, sole paragraph, preserved the due proportions of an expanded summary, since the subject deserves a detailed attention in an article, such divergence and complexity that revolves around the subject. The methodology that will be used to carry out the proposed task is the deductive method, using bibliographical references to better elucidate the subject. The delimitation of the matter, as already explained, will fall on the tax avoidance rule established in the CTN, without prejudice to the use of foreign works, since the norm finds inspiration in an international doctrinal seat. The originality of the work is perceptible, since it seeks to foment the debate on the issue tax avoidance, in a country where there is a high tax burden. It is preliminarily concluded that there are those who defend the anti-tax rule based on isonomy and tax capacity arguing that the taxable event can not be dismissed, others, however, argue that the rule is unconstitutional by prohibiting tax planning that benefits the taxpayer taxation, which seems to be the case, although it still lacks a decision of the Federal Supreme Court to finalize the discussion

Keywords: Constitutionality. Inconstitutionality. Tax planning.

INTRODUÇÃO

A carga tributária é um assunto que sempre foi polêmico no Brasil, não apenas pela quantidade que acaba por incidir nos mais variados fatos geradores, mas também pela sua destinação, que nem sempre alcança os fins legais que são previstos.

O tributo, além de ser uma das fontes de recursos estatais, que inclusive pode gerar uma mitigação das desigualdades, através de uma possível distribuição de renda em uma fase posterior a sua arrecadação, também, pode ter um efeito nefasto, qual seja, dificultar as relações privadas, tamanho seu ônus.

Como mecanismo legal, para contornar a carga tributária, existe o que se chama planejamento tributário, que consiste em um conjunto de estratégias para quando da realização de negócios jurídicos, haver a menor incidência no pagamento de tributos, fenômeno que também é conhecido como elisão fiscal.

Porém, há norma insculpida no Código Tributário Nacional, em específico no art. 116, parágrafo único que impede tais condutas que visam a redução tributária por meios legais, seus defensores sustentam a constitucionalidade da norma, afirmando que um sistema constitucional tributário que é pautado pela isonomia tributária e pela capacidade contributiva não poderia permitir o instituto da elisão. Porém, há quem critique a norma inquinando a de inconstitucionalidade, pois vedaria a liberdade do contribuinte cerceando direitos básicos, como o da prevenção do contribuinte de agir sobre o fato gerador pagando, por conseguinte, menos tributos.

A problemática envolvida neste resumo expandido e a origem da intranquilidade que gerou o interesse pelo tema, engloba esses dois aspectos, de um lado sobre a constitucionalidade da norma antielisão, e de outro sua inconstitucionalidade.

A delimitação do tema recairá, como já dito sobre a constitucionalidade ou não da norma que trata da antielisão fiscal no direito brasileiro, embora, a questão ainda não seja pacífica no Supremo Tribunal Federal.

A incerteza a respeito da constitucionalidade da norma antielisão é relevante, pois, na hipótese de haver um vício material que tinge a norma com uma macula de inconstitucionalidade, invariavelmente o contribuinte seria beneficiado, porém, caso o contrário prevaleça, a questão da elisão fiscal deverá ser repensada, visto que, os atos que envolvem o planejamento fiscal poderão sofrer questionamentos prejudicando o contribuinte incidindo um tributo mais oneroso.

Para responder e aclarar o assunto, os elementos que serão ponderados são os seguintes: 1) A ELISÃO FISCAL NO DIREITO BRASILEIRO; 2) A CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA ANTIELISÃO.

Necessário apenas dar destaque, que em razão da complexidade do tema, apenas um resumo expandido não será suficiente para abordar com profundidade o assunto necessitando um artigo para discorrer com mais riqueza de detalhes sobre o assunto.

1 A ELISÃO FISCAL NO DIREITO BRASILEIRO

O tributo é um assunto em que sempre existiu polêmica, em razão, não apenas da quantidade existente, mas também do ônus que inquina o sujeito passivo que deve pagá-lo, em razão de sua obrigatoriedade.

Para contornar a questão no tocante a este ônus, manobras jurídicas legais, como o planejamento tributário surgiram para fazer com que o contribuinte pague menos tributos.

O planejamento tributário (elisão fiscal), pode ser conceituado como "estabelecimento de estratégias para a realização de atos e negócios ou mesmo de toda uma atividade profissional ou empresarial com vista ao menor pagamento de tributos" (PAULSEN, 2017, p. 210), ou nas palavras de Hugo de Brito Machado Segundo (2017, p. 265) "Planejamento tributário, como se sabe, é a organização das atividades do contribuinte de sorte a que sejam – licitamente – submetidas ao menor ônus tributário possível", não sendo, a princípio ilegal planejar-se.

O funcionamento da elisão fiscal, acontece quando o contribuinte se vê diante de duas situações que podem importar uma tributação diferente, maior ou menor, a depender da escolha do indivíduo, e este escolhe determinada opção pautando-se em um ônus tributário menor.

A elisão tributária acaba por ocorrer, pelos mais diversos fatores, mas um deles, em especial, ganha destaque em solo brasileiro, qual seja, a alta carga tributária, que, em termos de América Latina, ao menos no ano de 2016, foi a maior comparado com todos os países neste espectro (ESTADÃO, 2016). Não se trata apenas de uma tributação elevada, mas de uma contraprestação em serviços reduzidíssima e aquém dos valores cobrados, o que pode indicar uma tendência a alguns indivíduos buscarem a elisão fiscal. O planejamento tributário é legítimo como uma alternativa a excessiva carga de tributos em uma visão finalista (MARTINS, 2014), complementando o raciocínio "É legítima a eleição propositada de formas jurídicas (lícitas, obviamente) que resultem ou possam resultar em menor incidência tributária" (AMARO, 2014, p. 240).

Outro motivo que propulsiona o planejamento tributário é a viabilidade de determinadas atividades e a busca legítima pelo lucro, pois não se trata de ilícito planejar-se para pagar o menor tributo, ao contrário da evasão fiscal, que, em apertado

resumo busca a evitar que a autoridade fiscal saiba da existência do fato gerador evitando-se assim, que o contribuinte seja onerado.

A evasão tributária se manifesta da seguinte forma, e é diferente da elisão fiscal:

A evasão ilícita operaria no campo da sonegação, por exemplo. A evasão ilícita expressa a fuga irregular do tributo. Para saber-se o que é a fuga regular, evasão lícita, ou seja, elisão, e a fuga irregular, ou seja, evasão ilícita, por exemplo, a sonegação, dentre outros tipos assim considerados, tem-se que saber no campo da incidência qual é mesmo o limite de atuação do sujeito passivo (BRITO, 2016, p. 153).

Consequentemente, é perceptível que a elisão fiscal é uma técnica lícita e plenamente praticável no direito brasileiro, porém, o art. 116 do CTN tem uma disposição que contraria a lógica apresentada:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (BRASIL, 1966).

Sobre o parágrafo único do art. 116 há dúvidas quanto a constitucionalidade ou não, assunto que será debatido especificamente nas linhas a seguir.

2 A CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA ANTELISÃO

O argumento da inconstitucionalidade da norma antielisão se sustenta com base no seguinte raciocínio:

Boa parte da doutrina considera tal norma inócua, ou inconstitucional. Inócua, se entendida como mera autorização para que atos praticados com fraude ou simulação sejam desconsiderados. Isso porque a desconsideração, nesses casos, já vinha sendo feita pelas autoridades, e admitida pela jurisprudência, sendo aliás autorizada pelo próprio Direito Privado. Inconstitucional, se entendida como autorização para que fatos lícitos e perfeitamente válidos, mesmo à luz de outros ramos do Direito, sejam “desconsiderados apenas para fins tributários”. Haveria, nesse caso, ofensa ao princípio da legalidade, pois, através da norma antielisão, a autoridade poderia tributar fatos não previstos em lei como “geradores” do tributo. Em outras palavras, a norma antielisão estaria a autorizar a autoridade fiscal a tributar por analogia: aplicar a lei tributária a fatos não previstos em lei, mas a fatos ‘parecidos’ com aqueles já previstos, na medida em que produzem os mesmos efeitos econômicos (MACHADO, 2017, p. 266)

Ou seja, considerar a norma antielisão constitucional acabaria por ferir o direito do contribuinte de se planejar, sem dizer que ofenderia o princípio da legalidade tributária. Caso o raciocínio da constitucionalidade prospere, é possível inclusive a intervenção do fisco em situações onde sua opinião não deveria influir, por tal motivo retira-se excerto que colabora com a tese da inconstitucionalidade:

Ora, conferir ao agente do fisco poder para exercer essa faculdade de decidir quanto ao ato simulado, que exige certa dose de subjetividade, é incompatível com a atividade do lançamento, e maltrata o princípio da segurança jurídica. O certo seria o legislador melhor definir o fato gerador da obrigação tributária, atento à evolução dos negócios, da tecnologia etc., em vez de tentar barrar o caminho legítimo da economia de impostos. Certamente, tomará muito tempo dos doutrinadores, do fisco e dos tribunais até que se assente a poeira levantada por esse malsinado dispositivo. Não é improvável, por exemplo, que o fisco venha desconsiderar a reestruturação societária feita com o objetivo de reduzir custos operacionais e que, ao mesmo tempo, represente uma vantagem fiscal. No caso, o fisco estaria interferindo na livre organização empresarial (HARADA, 2017, p. 290)

Para além do raciocínio da inconstitucionalidade, a defesa do seu aspecto constitucional encontra sustentáculo na ideia de evitar que o contribuinte através de raciocínio hábil reduza sua carga tributária, tendo como escopo evitar que haja o planejamento tributário extremado. O parágrafo único do art. 116, tem como inspiração princípio a teoria do teste do propósito negocial (do *inglês business purpose test*) que consiste na seguinte ideia, caso haja um determinado negócio jurídico, mas o enfoque de tal negócio não seja sua finalidade natural, mas apenas evitar a tributação mais onerosa, a tributação que irá incidir será a mais onerosa, prevalecendo a essência sob a forma, a fim de se evitar o abuso de direito (WARD; et al, 1985)

CONCLUSÃO

Do exposto conclui-se que apesar dos dois posicionamentos, e com o devido respeito aqueles que defendem a constitucionalidade da norma de antielisão tributária, parece haver uma inconstitucionalidade ínsita ao seu preceito, pois possibilitaria que o fisco desconsiderasse a licitude de fatos lícitos e válidos, unicamente para tributá-los de maneira mais gravosa, violando inclusive o princípio da legalidade. Apesar dessa pequena conclusão, para o tema ser dissecado com um nível mais profundo de detalhamento, um resumo expandido não basta, sendo necessário aprofundar a discussão e o debate através de um artigo científico para uma melhor análise do assunto.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. *Lei nº 5.172 de 26 de outubro de 1996*: Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 01 out 2018.
- BRITO, Edvaldo. *Direito Tributário e Constituição: estudos e pareceres*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- ESTADÃO. *Brasil tem maior carga tributária da América Latina, diz OCDE*. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-maior-carga-tributaria-da-america-latina--diz-ocde,10000021608>>. Acesso em 01 out 2018.
- HARADA, Kioyshi. *Direito Financeiro e tributário*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MACHADO, Hugo de Brito Segundo. *Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Elisão e Evasão Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 225, jun. 2014.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WARD, David A. et al. *The Business Purpose test and abuse of rights*. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/britaxrv1985&div=17&id=&page=>>>. Acesso em: 01 out 2018.

COMPLIANCE NO DIREITO BRASILEIRO

COMPLIANCE IN BRAZILIAN LAW

JOÃO PEDRO CEREN - E-mail: joaopceren@gmail.com

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER – Unimar- E-mail:
walkiriamf@terra.com.br

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar o instituto do compliance no direito brasileiro e seu valor para um cumprimento ético no atuar das empresas sob a ótica da lei anticorrupção, qual seja, lei 12.846 de 2013. Para tal empreitada será utilizado o método dedutivo de pesquisa, bem como referências bibliográficas nacionais e estrangeiras com o fito de elucidar o assunto e torna-lo mais claro, pois o tema guarda uma certa complexidade além de ser facultativo. A delimitação do assunto fica por conta do tema compliance no direito brasileiro. A originalidade do tema é preservada, pois o assunto compliance, ainda não é plenamente difundido e debatido, vez que sua instituição ou não no âmbito de determinada pessoa jurídica, embora traga benefícios legais, ainda é facultativo. Preliminarmente conclui-se que o compliance quando bem utilizado, pode ser instrumento de efetiva mudança e aperfeiçoamento ético no âmbito empresarial, todavia, quando mal utilizado pode ser um verniz a encobrir práticas escusas e por vezes ilícitas, tendo efeito contrário de sua natureza, que é combater atos corruptos e que violam o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Compliance. Corrupção. Proibidade.

ABSTRACT

The objective of the present study is to analyze the Brazilian law compliance institute and its value for an ethical compliance in the companies' work under the anticorruption law (law 12.846 of 2013). It will be used the deductive method of research, as well national and foreign bibliographic references in order to elucidate the subject and make it clearer, since the theme has a certain complexity besides being optional. The delimitation of the topic is the compliance in Brazilian law. The originality of the subject is preserved, since compliance is not yet fully diffused and debated, since its institution or not within the scope of a particular legal entity, although it brings legal benefits, and is still optional. It is preliminarily concluded that compliance, when well used, can be an instrument of effective change and ethical improvement in the business

sphere. However, when poorly used it can be a cover-up to obscure and sometimes illicit practices, having the opposite effect of their nature, which is to combat corrupt acts that violate the legal order.

Keywords: Compliance. Corruption. Honesty.

INTRODUÇÃO

O compliance é tema que vem ganhando notoriedade com o passar do tempo, principalmente, em razão dos recentes escândalos de corrupção envolvendo toda a Administração Pública, tanto em nível federal, quanto estadual e municipal.

Mas o que o compliance poderia auxiliar no combate a corrupção brasileira? Ora, o instrumento discutido tem como escopo justamente, através de diretrizes estimular comportamentos éticos, ou seja, evitar atos corruptos, o que mitigaria a corrupção de maneira direta e indireta melhorando o senso de justiça, tão necessário.

Porém, o motivo de inquietação a respeito do tema compliance, é justamente a sua efetividade no direito brasileiro, pois o instituto é importado do Direito Americano, cuja realidade é completamente diferente da nacional.

Seria o compliance aplicado no Brasil tão efetivo quanto o americano, suas ideias estariam preservadas? O tema necessita ser discutido para um melhor entendimento acerca dessas e outras questões.

A delimitação do tema está restrita ao instituto do compliance no direito brasileiro e especificamente na lei anticorrupção - lei 12.846 de 2013. Ou seja, o assunto aqui debatido girará sobre o instituto na ótica brasileira, apesar de que, por vezes, como o instituto analisado é estrangeiro, é possível que sejam utilizadas obras estrangeiras para o tema ser devidamente explicado.

O problema da análise proposta neste resumo expandido recairá sobre o compliance na lei anticorrupção, sem prejuízo de uma análise futura e mais aprofundada em um artigo científico para um melhor entendimento sobre o assunto.

1 A DEFINIÇÃO DE COMPLIANCE

Para entender o assunto compliance, necessário é saber a sua origem, pois o instituto não é tradicional no direito brasileiro, em verdade, é tema recente na realidade nacional, sendo importado da realidade americana onde é usado hodiernamente pelos operadores do direito e pelas pessoas jurídicas frente aos benefícios que são outorgados quando uma empresa o adota.

O compliance é instrumento para balizar a conduta no âmbito das pessoas jurídicas, principalmente, através de códigos de ética internos, ouvidorias, canais de denúncia, tudo para passar uma transparência e clareza, mitigando no âmbito da própria pessoa jurídica atos corruptos, que podem refletir externamente.

Oriundo do verbo em inglês *to comply* que em uma tradução literal significaria cumprir, o espírito é justamente de fazer com que determinadas normas sejam cumpridas pelos seus destinatários. Em essência, o dever de cumprir a norma não é novidade, pois esse é o seu intento, o compliance apenas vem reforçar tal ideário.

Para entender melhor o assunto, o excerto abaixo é de suma importância para o tema aqui proposto:

A área de compliance tem como diretrizes norteadoras fomentar a cultura de ética corporativa, mapear os riscos e investigar as denúncias ou suspeições de fraude. O tamanho da área, a sua importância na organização, o poder e as atribuições que possui variam caso a caso,

dependendo do setor, da maturidade estratégica da empresa e da própria cultura da alta direção (SIMONSEN, 2016, p. 63).

Ainda sobre o assunto, é pertinente lembrarmos o sentido do instituto do compliance, de maneira ainda mais pormenorizada, tamanha relevância do assunto, principalmente em um país, onde a corrupção tem sido combatida com tanta frequência:

Verifica-se, portanto, que o compliance pode e deve ser utilizado, tanto como uma ferramenta de controle, proteção e prevenção de possíveis práticas criminosas nas empresas, como um valioso instrumento de transferência de responsabilidade, evitando ou amenizando a responsabilidade da pessoa jurídica quando do surgimento de alguma patologia corruptiva. (GABARDO; CASTELLA, 2015)

Os programas de compliance são mecanismos internos desenvolvidos para as pessoas jurídicas (entenda-se não apenas as empresas privadas, como também as públicas) para prevenir e detectar possíveis desvios de conduta, os elementos principais e essenciais para um programa de compliance devem ser um código de ética funcional, que preceitue o que deve ou não ser feito, um departamento que receba denúncias, como uma ouvidoria por exemplo (WELLNER, 2005).

O conceito traduz exatamente como o *compliance* funciona, tendo sido idealizado exatamente para ao mesmo tempo que tem a ideia da prevenção, carrega consigo o germen da repressão dos desvios comportamentais e éticos.

O motivo da criação do compliance no direito americano e de sua adoção na legislação brasileira foi exatamente o mesmo, inicialmente havia o descumprimento de normas legais por parte das pessoas jurídicas o que influenciava diretamente na concorrência e no equilíbrio internacional, não havendo um mecanismo de punição para as mesmas. A quebra do dever insculpido nas normas era mais ou menos o seguinte: se não havia uma lei que vedava por exemplo, a compra de agentes públicos estrangeiros, porque uma empresa internacional não poderia fazê-lo para garantir um contrato? É exatamente nesse contexto que surge a finalidade do compliance e do combate a corrupção, prevenindo que condutas desse tipo fossem tomadas de maneira constante (PAGOTTO, 2013).

Extrai-se a ideia de um compliance efetivo nos seguintes dizeres:

Um programa de Compliance efetivo deve levar em consideração o modelo de negócio da organização e incorporar aos controles internos medidas específicas de análise e ratificação desses controles. Estas medidas devem ter como foco o reconhecimento de falhas e potenciais fragilidades nos processos, assim como a identificação de potenciais melhorias nos controles já existentes, de forma a garantir a transparência e precisão dos registros contábeis e da documentação da empresa (CLAYTON, 2013, p. 150).

Ou seja, não basta apenas a existência fria do instituto, sendo indispensável sua concretização prática.

2 COMPLIANCE NA LEI ANTICORRUPÇÃO

A lei anticorrupção brasileira vem ganhando um papel relevante na realidade nacional:

O fechamento do cerco contra a corrupção veio com a aprovação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que instituiu a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, nos campos civil e administrativo, por práticas ilícitas contra a administração pública, bem como a possibilidade de celebração de acordos de leniência para mitigação da sanção administrativa, além da valorização de programas de integridade (compliance) com vistas a mapear riscos, prevenir desvios ou corrigi-los mais rapidamente. (PINTO, 2006, p. 80)

O compliance acabou por ganhar destaque diante de tal diploma legislativo pois, caso tais políticas anticorruptivas sejam adotadas no âmbito da pessoa jurídica, poderá haver redução de penalidades, conforme se deduz da leitura do art. 7º, VIII da citada lei anticorrupção (BRASIL, 2013).

Como já destacado o escopo do compliance é realizar através de instrumentos éticos a prevenção da corrupção e de desvios, usando como um de seus métodos a existência de códigos de postura, bem como sua devida aplicação efetiva, auditorias internas, o incentivo à denúncia de possíveis irregularidades dentre outros atos.

O benefício do cumprimento do compliance é ser levado em conta na aplicação das penas, ou seja, suponha-se que haja a possibilidade de atenuar-se a pena, mas o julgador esteja diante de uma dúvida se deve ou não fazê-lo, caso observe que as medidas de compliance são efetivas naquela pessoa jurídica que esta sendo julgada, poderá atenuá-la devidamente.

O caso da multa que pode variar no percentual de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício financeiro -art. 6º, I (BRASIL, 2013), é uma penalidade um tanto quanto severa, ora, se a pessoa jurídica tiver um corpo de compliance montado em sua empresa, poderá solicitar com base legal uma redução proporcional ao que minorou, em termos de danos, apenas para ficar em um exemplo, frente a necessidade de ser breve as linhas que aqui são elaboradas.

Como existe um ônus financeiro na implementação de tais medidas, dado que é necessário pessoal capacitado para desenvolver políticas de prevenção a corrupção, naturalmente teria que haver um incentivo a sua adoção, sob pena, de não ser interessante para o empresariado fazê-lo. A prevenção a corrupção é importante, porém, incentivá-la principalmente na fase embrionária é indispensável para o seu devido desenvolvimento, o Brasil tem avançado recentemente na adoção de tais políticas, todavia, ainda há muito a ser desenvolvido sobre a temática (CLAYTON, 2013).

Guardada as devidas proporções o uso do compliance pode ser muito vantajoso no âmbito empresarial brasileiro, embora seja facultativo a iniciativa é interessante e salutar.

CONCLUSÃO

O tema corrupção é instigante, pois o Brasil passa por um momento turbulento nos últimos anos, e o compliance seria justamente uma medida para diminuir este mal, tão constante e presente na vida cotidiana do brasileiro.

Porém, apenas importar um instituto de outra realidade, a americana no caso, não é suficiente. A adequação a realidade brasileira deve ser feita levando-se em conta as peculiaridades das instituições, por exemplo, no Brasil a legislação interna é prolixa, enquanto na realidade americana, os dispositivos legais são mais sucintos, logo a aplicação do instituto do compliance trará resultados diferentes, pois não apenas o solo é diferente, mas os costumes legais também o são.

Apesar disso, a iniciativa e preocupação do legislador de outorgar benefícios no âmbito da lei anticorrupção para quem aderir ao compliance é incentivo digno de elogio. Através de pequenas medidas que carregam o gérmen da mudança, em um futuro não tão distante será possível uma redução considerável da corrupção.

Caso seja bem utilizado, o compliance pode ser instrumento de efetivo combate a corrupção, porém, quando mal aplicado, não consegue alcançar a finalidade primordial de seu implemento.

É necessário deixar claro, porém, que o tema merece um detalhamento mais aprofundado em um artigo científico onde o assunto pode ser analisado sob óticas diferentes, sem uma limitação tão pequena de caracteres.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei 12.846 de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso 09 out 2018.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 149-165.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. *A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 15, n. 60, p. 129-147, jun. 2015.

SIMONSEN, Ricardo. Os desafios do compliance. *Cadernos FGV Projetos*, Rio de Janeiro, n. 28, p. 60-73, nov. 2016.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 21-43

WELLNER, Philip A. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. *Cardozo Law Review*, v. 27, n. 1, p. 497-528, MÊS. 2005.

DESENVOLVIMENTO: INTERFACE ENTRE A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A DOCTRINA DE AMARTYA SEN

DEVELOPMENT: INTERACTION BETWEEN THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988 AND THE DOCTRINE OF AMARTYA SEN

Grupo de Trabalho: GT1 - Empresa, Desenvolvimento e Cidadania

ANDRÉ FRANCISCO CANTANHEDE DE MENEZES, aluno do curso de Doutorado em Direito da UNIMAR, *e-mail*: andrefcmenezes@gmail.com

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA, orientadora, Professora Doutora na pós-graduação *stricto sensu* em Direito da UNIMAR, *e-mail*: jussara@bflaw.adv.br

RESUMO

Ante o caráter polissêmico do termo desenvolvimento, mas recorrente associação apenas a crescimento econômico, este artigo tem por objetivo identificar a concepção conceitual de desenvolvimento contida na Constituição Federal para, então, confrontar o que dali se extraiu com uma teoria específica e não jurídica, que se ocupa de estudar o instituto desenvolvimento. Trata-se de pesquisa de abordagem qualitativa, com objetivo exploratório, levantamento bibliográfico e delineamento documental. Identifica-se o desenvolvimento estampado na Constituição sob múltiplos ângulos como, por exemplo, um valor, um objetivo e um direito fundamental, pelo que remete, em primeiro plano a um direito de primeira geração, pois vinculado a liberdades, e, em segundo, como de terceira geração, pois afeto à coletividade ante a solidariedade e a fraternidade que o marcam. Em conclusão, sinala-se que para além de vinculado à crescimento econômico, desenvolvimento se interliga com exercícios de liberdades individuais substantivas, com escopo de promover bem-estar, individual e coletivo.

Palavras-chave: Constituição. Desenvolvimento. Liberdade.

ABSTRACT

Given the polysemic character of the term development, but recurrent association only with economic growth, this article aims to identify the conceptual conception of development contained in the Federal Constitution to then confront what was extracted from it with a specific theory and not legal, which takes care of studying the institute development. This is a research with a qualitative approach, with an exploratory objective, a bibliographical survey and a documentary delineation. It identifies the development as set out in the Constitution from a variety of angles, such as a value, an objective and a fundamental right, and therefore refers firstly to a right of first generation, since it is linked to freedoms and, secondly, as of third generation, because affection to the collectivity before the solidarity and the brotherhood that mark it. In conclusion, it is pointed out that in addition to being linked to economic growth, development is intertwined with exercises of substantive individual liberties, with the purpose of promoting individual and collective well-being.

Keywords: Constitution. Development. Freedom.

INTRODUÇÃO

O termo desenvolvimento, por guardar consigo conteúdos razoáveis de significância, fora utilizado ao longo dos diversos períodos históricos como instrumento de aferição dos mais variados aspectos das vidas dos indivíduos, quer sejam estes considerados isoladamente, quer sejam analisados a partir de um todo social do qual fazem parte. Nessa linha, em pontos estratégicos de seu texto, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, traz o termo desenvolvimento como expressão polissêmica: do preâmbulo aos objetivos fundamentais; da propriedade à educação, cultura e inovação; da política urbana às regiões; e, das finanças públicas ao Sistema Financeiro Nacional.

Nesse passo de raciocínio, objetiva-se neste estudo, de início, identificar a concepção conceitual de desenvolvimento na Constituição Federal de 1988, para, então, confrontar o que dali se extraiu com uma teoria específica, e não jurídica, que se ocupa de estudar o instituto, desenvolvimento. Para estabelecer esse diálogo, prudente, por toda sua representatividade, valer-se como contraponto, do magistério do economista e filósofo Amartya Sen, materializado, em especial, através do livro *Desenvolvimento como liberdade* (2010).

Isso se justifica, pois, ter o desenvolvimento como uma mera correlação ao crescimento, e este, ainda qualificado como econômico, fadaria a incorrer em um lugar comum, pelo que não se pode olvidar outras linhas de pensamento. Destaca-se então, a necessidade, sem pretensão de esgotamento da matéria e da discussão, de esmiuçar a correlação entre desenvolvimento e liberdade, e sua eventual retroalimentação. Com esse mote, cuida-se, portanto, de pesquisa de objetivo exploratório, com abordagem qualitativa, levantamento bibliográfico e delineamento documental.

DESENVOLVIMENTO

Ao analisar-se a evolução histórica das sociedades, depara-se com um “fenômeno” que pode ser enquadrado sob vários ângulos: o constitucionalismo. Numa primeira vertente, indica o movimento político-social, de origem remota, que tem por escopo limitar o poder arbitrário, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses (não pré-definidos e desgarrados do interesse público) e regras próprias (e pessoais) na condução do Estado. Como exemplo, cita-se a derrocada do absolutismo provocada pela Revolução Francesa de 1789. De outro lado, implica na necessidade de se ter um sistema normativo, materializado numa Constituição, a qual deve ser observada e cumprida por todos, e está acima dos detentores do poder, vinculando-os. Neste particular, possibilitou-se aos cidadãos o exercício, com base em Constituições escritas, dos seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio (CANOTILHO, 1998, p. 45/46).

Nessa esteira, depreende-se que uma Constituição é:

[...] um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado” (SILVA, 2011, p. 37/38).

Dessa assertiva, interessa, sobremaneira, identificar a Constituição como lei fundamental e, por isso mesmo, impregnada de força normativa e normatizante. Desses aspectos, ressaltai, a uma, que por ser uma lei fundamental e estruturante, a Constituição há de ser rígida, no sentido de se ter uma maior “dificuldade” no processo de modificação do seu texto, em comparação com os mecanismos de modificação das outras espécies de leis. A duas, e em consequência daquele primeiro enunciado, tem-se o princípio da supremacia da Constituição, por meio do qual esta se coloca no vértice do sistema jurídico de um país, a que confere validade, indicando que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos (SILVA, 2011, p. 45).

Frisa-se que esta supremacia não há de ser unicamente formal (normas, procedimentos, documento). Indispensável que se tenha uma Constituição com supremacia material, ou seja, onde o seu conteúdo reúna forças políticas, econômicas, ideológicas, etc., a fim de conformar a realidade social de determinado Estado. Em outras palavras, transmuda-se em uma Constituição substancial, definida pelo conteúdo de suas normas (BASTOS, 1989, p. 40).

Numa métrica, a expressão desenvolvimento, em seus múltiplos sentidos de significância, ou seja, dimensões, (social, econômica, política, cultural, histórica e ambiental, por exemplo), aparece 51 (cinquenta e uma) vezes no corpo do texto constitucional: revela-se, desde um valor contido no preâmbulo da Carta a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; interligando-se com o direito fundamental à propriedade (esta, sob suas também numerosas acepções); norteia, de outro lado, políticas públicas relacionadas à educação e cultura; traz implicações à tecnologia e à inovação; ressoa na política urbana e de estruturação regional; estrutura o sistema financeiro nacional; e pauta o bem-estar social e econômico com vista a reduzir desigualdades. Esmiúça-se.

Cediço que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.076, de relatoria do Min. Carlos Velloso, assentou que o preâmbulo da Constituição não constitui norma central, não se situando no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. Contém, de regra, uma proclamação, exortação no sentido dos princípios inseridos na Carta. Mas, observa-se que desenvolvimento no preâmbulo da Constituição de 1988 é listado – ao lado da liberdade, segurança, bem-estar, igualdade e justiça –, como valor supremo de uma sociedade. Com efeito, a expressão carrega consigo valor axiológico de tal monta, que o constituinte originário houve por bem empregá-la como pedra fundamental de orientação. Dessa feita, há de servir como instrumento de interpretação, pois o desenvolvimento a que se refere o preâmbulo é precedido do verbo assegurar, que tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu “exercício”. Como ensina Silva (2011), este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de “assegurar”, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico. Além de um valor, desenvolvimento (nacional), por força do art. 3º, II, da Constituição, é tido como um objetivo fundamental do Brasil, a ser garantido. Trasmuda-se, então, em um fim a ser perseguido e, de fato, concretizado. Isso, pois os objetivos descritos na Constituição não de ser entendidos como uma antevisão de um projeto de sociedade, pelo que cumprem, assim, dupla função, qual seja, “possibilitar a crítica da realidade e permitir que se interaja na realidade de hoje com a consciência antecipadora do amanhã” (CARVALHO, 2011, p. 588).

Nessa senda, os objetivos da República Federativa do Brasil vêm enunciados sob a forma de ação. No caso do desenvolvimento, ser verbo regente é “garantir”. Esse comando indica, indene de dúvidas, que tanto o Estado (em maior parcela) como a sociedade, devem adotar comportamento ativo.

Emerge cristalino ainda que ao desenvolvimento é atribuído *status* de direito constitucional fundamental:

- a) Relacionando-se com a propriedade, a Lei Maior manda que há de se financiar o seu desenvolvimento, especialmente, naquilo concernente à pequena propriedade rural (art. 5º, XXVI); bem como, no que tange às atividades empresariais e industriais, há de se assegurar tutela das criações, marcas, nome empresarial, etc., tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (art. 5º, XXIX);
- b) Quanto à política urbana, de regionalidades e de redução e/ou eliminação de desigualdades, assente que compete à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX, da CF), instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, XX, da CF). Para isso, leis

complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único, da CF). Inobstante, os entes federados poderão articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais (art. 43, da CF). Assim, de modo específico, a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, da CF).

c) Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Afim de instrumentalização, a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento (art. 174, da CF). E, aliado a isso, no que concerne ao Sistema Financeiro Nacional, este há de ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade (art. 192, da CF).

d) Em relação à educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205, da CF). Aqui, destaca-se a necessidade do Plano Nacional de Educação, com escopo de assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas (art. 214, da CF). Soma-se a isso, o Plano Nacional de Cultura, visando ao desenvolvimento cultural do País (art. 215, § 3º, da CF), tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais (art. 216-A, da CF). Em paralelo a isso, o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (art. 218, da CF), sendo que a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

Por ser o desenvolvimento, portanto, um direito constitucional fundamental – e assim, não absoluto e flexível –, segundo a lição de Alexy (1997, p. 81 e seguintes), pode (poder-dever) ser encarado, também, como um princípio ou, mais precisamente, como um mandamento de otimização, havendo de ser realizado da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade, através da ponderação.

Vê-se que as digressões acerca do desenvolvimento não podem ser dissociadas de uma certa filosofia política normativa, com um olhar na economia, mas sobremaneira, na justiça. Assim, impende questionar se desenvolvimento pode ser atrelado a uma questão concernente às implicações do crescimento econômico puro e simples, ou, sob outra faceta, num arquétipo de modificação das perspectivas e vidas das pessoas individualmente, pois fator de ampliação (alargamento) de liberdades.

Desse modo, a liberdade, tanto no seu anverso, quanto no seu verso, e, quer pela razão avaliativa (estimativa do progresso deve valorar o alargamento das liberdades que as pessoas têm), quer pela razão efetiva (instrumental; realização do desenvolvimento), mostra-se central para o desenvolvimento. Assim, Sen (2010) explicita que a base moral de fundamento de sua visão dá-se na valoração de uma liberdade tida como positiva, ou

seja, aptidão para ser capaz de fazer algo, seja ao se permanecer desimpedido de fazê-lo, seja ao ser capaz de aproveitar a possibilidade de fazê-lo (DOMINGUES, 2003). Em outras palavras, liberdade positiva, para aquele autor, figura como expressão do conceito de capacidade, que, neste particular “é, portanto, um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de alcançar combinações alternativas de funcionamentos” (SEN, 2010, p. 75). É de se dizer: capacidade identifica aquilo que se é capaz de fazer, ao passo que os intitulados funcionamentos, indicam aquilo que se pode alcançar uma vez dotado de capacidade(s).

Sob essa via de enxergar o desenvolvimento como articulado à liberdade, desemboca-se no argumento que além de bem-estar, tolhendo-se privações e tiranias, há de se ter a realização da agência, ou seja, o sucesso de uma pessoa na busca de suas metas (SEN, 2010).

Outro aspecto importante é a igualdade, que, para Sen, não deveria ser vista em termos abstratos e gerais, mas sob perspectivas mais precisas, que no fim das contas permitissem formas de política social mais específicas e focadas. Noutro ponto, desigualdade seria, portanto, privilégio, dotações díspares de capacidades e funcionamentos.

Vê-se que Sen (2010), na construção do ideário de desenvolvimento como liberdade e vice-versa, de início, exsurge a atribuição a eles de certa força valorativa, pois comandos a serem observados. Diante disso, o legislador constitucional ordinário houve por bem apontar no preâmbulo da Carta da República, dentro, portanto, do seu rol de intenções prospectivas, que o desenvolvimento há de ser assegurado. Implica dizer, desse modo, que além de uma bússola interpretativa que norteia a atividade dos indivíduos e do próprio Estado, estes, sobretudo, não podem quedar-se inertes, pelo que devem envidar esforços para assegurar aquela liberdade (desenvolvimento).

Com efeito, esse aspecto proativo do desenvolvimento é taxativamente enumerado no art. 3º, II, da CF e deságua na obrigação que se tem de garanti-lo a nível nacional. Esse comando remete ao argumento de que há liberdade substantiva de alcançar combinações alternativas de funcionamentos (SEN, 2010, p. 75). Em outras palavras, se é capaz de fazer algo e de se alcançar essa meta (objetivo; fim) estabelecida: garantir o desenvolvimento nacional, e não de apenas um e outro, mas de toda coletividade.

CONCLUSÃO

Ao se estabelecer um diálogo sobre a interface do desenvolvimento segundo o direito constitucional brasileiro e o magistério de Sen (2010), de início, obtém-se, em ambos, que o desenvolvimento não deve ser associado apenas ao crescimento econômico em detrimento das dimensões sociais, culturais, políticas e humanas.

No entanto, é de suma importância compreender o desenvolvimento – no que concerne ao processo de capacitação das pessoas, compreendendo-se aí aspectos como a educação, o conhecimento, a justiça social, a participação pública, e o fortalecimento das instituições democráticas -, como exercício de liberdades (DELGADO, 2001, p. 409).

Infere-se, portanto, que a própria Constituição brasileira outorga força normativa ao desenvolvimento, pois o enquadra como um direito fundamental tutelado. Percebe-se que a doutrina de Sen (2010), acerca do tema, não se dissocia daquilo apregoado pelo direito constitucional, máxime, pois o desenvolvimento, de fato, manifesta-se sob o corolário da liberdade e esta, alimenta-se nele. Com efeito, desenvolvimento não deve ser apenas entendido como expressão de crescimento econômico e aferição de renda, mas, sobremaneira, com base em cenários mais ampliativos com eliminação de autoritarismos, desigualdades formais e materiais e, em especial, com vista a assegurar

o bem-estar coletivo. O desenvolvimento como poder de empoderamento do indivíduo através de exercícios de liberdades substanciais e instrumentais, promove o desenvolvimento da coletividade, o que remete ao *Welfare State*.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 17 out 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2076*, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 15.08.2002, Diário da Justiça de 08.08.2003.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *MS 22.164*, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1995, Diário da Justiça de 17.11.1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 17. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DOMINGUES, José Maurício. Amartya Sen. A liberdade e o desenvolvimento. *Do ocidente à modernidade: Intelectuais e mudança social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

THE SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT IN THE CIVIL-CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

GT1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

CLAUDIO LÁZARO APARECIDO JÚNIOR

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Processual Contemporâneo pela UNESP. Procurador do Município de Miguelópolis/SP. Advogado. E-mail: junior@claudiojunior.adv.br

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

Doutora em Direito pela PUC/SP. Docente permanente do programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília. Advogada. E-mail: jussara@bflaw.adv.br

RESUMO

O presente estudo, a partir do método indutivo, apresenta reflexões principiológicas, versando sobre a função social do contrato, levando-se em consideração o conteúdo e a técnica legislativa inserta no art. 421, do Código Civil de 2002, na perspectiva civil constitucional, se tornou imperiosa a necessidade de reelaborar a disciplina aplicável às relações jurídicas de direito privado. Como se sabe, a codificação estimulou a busca por respostas interpretativas capazes de compatibilizar os novos modelos legislativos com a experiência jurídica.

Palavras-chave: Contratos. Função social. Princípios.

ABSTRACT: The present study, based on the inductive method, presents principiological reflections, dealing with the social function of the contract, taking into account the content and the legislative technique inserted in art. 421 of the Civil Code of 2002, from the civil constitutional perspective, the need to re-elaborate the discipline applicable to legal relations under private law became urgent. As is well known, codification has stimulated the search for interpretive answers capable of reconciling the new legislative models with legal experience.

Keywords: Contracts. Social role. Principles.

INTRODUÇÃO

O contrato como fonte das obrigações responde pelo trânsito jurídico complexo e relevante na definição das relações negociais assegurando a negociabilidade entre credor e devedor.

O contrato é o acordo de vontades com a finalidade de criar, modificar ou extinguir um direito. E, para a sua celebração, o contrato requer o atendimento de cinco requisitos, que são: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, tudo conforme o art. 104, I, II e III, do Código Civil de 2002 (MONTEIRO, 2003, p. 5).

Desses requisitos legais, exsurtem cinco princípios fundamentais que orientam e estruturam o direito contratual: a) o princípio da autonomia da vontade; b) o princípio da supremacia da ordem pública; c) o princípio da obrigatoriedade da convenção, limitado tão-somente, pela escusa do caso fortuito ou da força maior; d) o princípio da função social do contrato; e, e) o princípio da probidade e boa-fé (MONTEIRO, 2003, p. 9).

O presente estudo analisa o princípio da função social do contrato, que se encontra previsto no art. 421, do Código Civil de 2002, verbis: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A Constituição Federal de 1988 materializa a noção de limitação da iniciativa privada e da propriedade, o que também foi incorporado pelo atual Código Civil, ao tratar, expressamente, da função social da propriedade e dos contratos (SANTIAGO; CAMPELLO, 2016, p. 120).

A função social apresenta-se como condição de possibilidade dirigida a promover a ruptura em relação ao paradigma pretérito da individualidade e permitindo a revisão dos fins do contrato, reorientados para contemplar os interesses sociais.

A função social do contrato acentua a diretriz da sociabilidade do direito, consoante Miguel Reale e entendido como princípio a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da função social da propriedade previsto na Constituição Federal (ALVES, 2002, p. 372).

O contrato não é mais visto sob a ótica individualista da sua utilidade exclusiva para as partes contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade; dessa forma, o contrato que não tem essa finalidade pode ser barrado (MONTEIRO, 2003, p. 10-11).

A socialização dos pactos agregou ao ambiente negocial, contribuição importante e vinculada à metódica da constitucionalização, recepcionando a tendência dominante no direito contemporâneo em relação à proteção dos interesses coletivos.

1 DA LIBERDADE DE CONTRATAR: DA VONTADE INDIVIDUAL À FUNÇÃO SOCIAL

É possível distinguir a *liberdade contratual* – expressão da autonomia negocial – da *liberdade de contratar* em sentido estrito, estando esta contida naquela.

A autonomia da vontade foi expressão da liberdade contratual, acolhendo o sentido psíquico das partes em busca de resultados, visando os próprios interesses nas manifestações. A autonomia privada significa o poder das partes em contratar, observados princípios e regras, visando proteger o interesse público, a dignidade do contratante e a boa fé contratual.

Salienta Pietro Perlingieri (1999, p. 280) que os limites à autonomia “não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional”. Desta forma, a autonomia privada é considerada como pilar estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, no sentido de nortear as vontades das partes dentro dos limites permitidos com base nas legislações jurídicas existentes, respeitando sempre a liberdade e a livre iniciativa dos contratantes.

Logo, a expressão liberdade de contratar, tal como empregada no dispositivo em exame, parece, contudo, ter sido utilizada em sentido amplo. Ou seja, a liberdade de contratar a que se refere o art. 421 não se restringe apenas à decisão sobre o ato em si de contratar, mas abrange igualmente a escolha do contratante e, sobretudo, a decisão sobre o conteúdo do regulamento contratual. A liberdade de contratar em sentido amplo constitui um postulado básico do regime contratual clássico, como tal denominado o regime típico do modelo de contrato que floresceu nas primeiras codificações sob a influência do liberalismo econômico (TEPEDINO, 2006. p. 5-7).

A limitação da autonomia privada segundo Jussara Borges Ferreira (2007, p. 91):

[...] vem definida pela ordem pública, pelo princípio da função social, pelos bons costumes e pelo princípio da boa-fé. Não se questiona a necessidade da liberdade para negociar desde que considerada a questão da igualdade ao contratar. A mudança de paradigma contribui na pós-modernidade para o assentamento da definição dos limites indispensáveis ao novo modelo negocial.

Contudo, a boa-fé objetiva atua preponderantemente sobre a autonomia privada. O equilíbrio econômico da relação contratual, por sua vez, altera substancialmente a força obrigatória dos pactos, dando ensejo a institutos como a lesão (art. 157, do Código Civil), a revisão e resolução por excessiva onerosidade (artigos 317, 478 e 479, do Código Civil). E a função social, a seu turno, subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. Ou seja, o respeito à disciplina contratual torna-se oponente a terceiros, ao mesmo tempo em que os

contratantes devem respeitar os titulares de interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato (TEPEDINO, 2006. p. 7-8).

Assim, os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos (...). Nessa ótica, continua-se a visualizar o contrato como uma oportunidade para o cidadão, atuando o âmbito da autonomia privada, dispor sobre os seus interesses, de acordo com a sua vontade, mas essa manifestação de vontade não pode só por isso prevalecer, se dela resulta iniquidade e injustiça. [...] Tal é o cenário evolutivo em que se insere o preceito em exame, que retira soberania da vontade individual, submetendo-a aos valores sociais para os quais se funcionaliza o regime contratual (TEPEDINO, 2006. p. 8).

A liberdade de contratar e a igualdade das partes, tendo por meta o equilíbrio dos pactos, representam conquistas expressivas para o trânsito negocial da atualidade com o afastamento das condições mantidas pelo paradigma pretérito vinculado ao liberalismo e o individualismo.

2 A FUNÇÃO SOCIAL COMO RAZÃO E LIMITE

A doutrina liberalista só excepcionalmente fazia referência à função social como parâmetro de interpretação da autonomia negocial, menos ainda como fundamento da liberdade contratual. A função social do contrato, ao contrário, era tratada como um aspecto não-jurídico, ligado ao papel que o contrato desempenha no fomento às trocas e à prática comercial como um todo (TEPEDINO, 2006. p. 8).

Anteriormente à Constituição de 1988, diante da falta de um preceito legal expresso, a função social se apresentava, em regra, assimilada à função econômica do contrato, tomado este em abstrato.

No sistema atual, a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. De acordo com o preceito em análise, a função social é considerada um fim para cuja realização ou preservação se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes. Daí a dicção contida no parágrafo único do art. 2.035, do Código Civil de 2002, segundo o qual “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Para Pietro Perlingieri (2000, p. 60), a funcionalização é um processo que atinge todos os fatos jurídicos destacando que:

Toda e qualquer relação jurídica vincula-se a valores sociais estabelecidos pelo ordenamento, que definirão os deveres impostos aos titulares de interesses jurídicos tanto nas situações jurídicas existenciais quanto nas patrimoniais, no âmbito das quais se destaca a propriedade privada, cuja função social se encontra expressamente consagrada no texto constitucional (CF, arts. 5º, XXIII, e 170, III). De acordo com a função que a situação jurídica desempenha, serão definidos os poderes atribuídos ao titular do direito subjetivo. (PERLINGIERI, 1997. p. 121)

Ainda segundo Perlingieri (1997, p. 121), os legítimos interesses individuais do seu titular merecem tutela, na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. Dito diversamente, a proteção dos interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade

individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da ordem pública contratual. Neste sentido, a funcionalização do direito subjetivo prova a sua socialização, vinculando-se a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica, segundo a legalidade constitucional.

Tal como observado em relação à propriedade, em que a estrutura interna do direito é remodelada de acordo com a sua função social, concretamente definida, e que se constitui em pressuposto de validade do exercício do próprio domínio, também o contrato, uma vez funcionalizado, se transforma em “instrumento de realização do projeto constitucional” e das finalidades sociais definidas constitucionalmente (TEPEDINO, 2004. p. 323).

A função social é aqui definida textualmente como a *razão* da liberdade de contratar (TEPEDINO, 2006. p. 11).

Além do elemento intrínseco ao direito subjetivo, a função social, quando referente ao contrato, assume a conformação de um princípio – mais especificamente, um princípio característico do novo direito contratual, ao lado ainda dos princípios da boa-fé (art. 422, do Código Civil) e do equilíbrio econômico (artigos 157 e 478-480, do Código Civil), nas lições de Antonio Junqueira de Azevedo (1998, p. 116) e de Teresa Negreiros (2002, p. 205-268).

Os fins sociais definem os objetivos e os anseios de uma sociedade que tem o seu agir regulado pelo direito. A sociedade contemporânea organizada, culta e civilizada, reivindica o reconhecimento de seu próprio papel social. Nesse sentido, os fins sociais se identificam com o bem comum (FERREIRA, 2005, p. 69).

A funcionalização do contrato torna-se espaço de contemplação e realização dos propósitos e fins de toda uma gama de relações negociais voltadas para contribuir com a concretização dos fins sociais do direito, para além dos fins sociais do contrato.

CONCLUSÃO

O contrato apresenta-se como a mais dinâmica fonte do direito sendo considerado como a expressão maior da negociabilidade contemporânea.

A ruptura paradigmática decorrente da superação do individualismo e o deslocamento das tutelas jurídicas para a dimensão coletiva promove o contrato para o espaço social das tutelas dos interesses socialmente relevantes.

A função social do contrato limita a autonomia privada mantendo a tutela da liberdade de contratar, vinculada à tutela da igualdade ao contratar e por disposição codificada permanece assegurado que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública.

A funcionalização do contrato representa a mais apurada nota da democratização dos pactos, como espaço de realização dos propósitos e fins das relações negociais e a concretização dos fins sociais do direito negocial.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Jones Figueiredo. Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.
In MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. vol. 5: parte 2. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro

- que Contribui para Inadimplemento Contratual. In: *Revista dos Tribunais*, n. 750, 1998. p. 113-120.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função Social e Função Ética da Empresa. *Revista Jurídica da UniFil*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 67-85, set. 2018. ISSN 1807-1627. Disponível em: <http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/557>. Acesso em: 08 out 2018.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Org.). *Direito empresarial contemporâneo*. São Paulo: Arte & Ciência, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. vol. 5: parte 2. 34. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p.119-143, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p119. ISSN: 2178-8189.
- TEPEDINO, Gustavo. et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 303-329.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES PATRIMONIAIS

THE DISREGARD OF LEGAL ENTITY OF PATRIMONIAL CORPORATIONS

GT1 - EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

VINÍCIUS MENDES E SILVA. vinisp.adv@gmail.com. Mestrando em Direito pela UNIMAR

PAULO ROBERTO PEREIRA DE SOUZA. Docente dos programas de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília. prps33@gmail.com

RESUMO

O presente estudo, a partir do método dedutivo, apresenta reflexões sobre a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive em sua modalidade inversa, no que tange às sociedades patrimoniais. Neste sentido, observa-se o modo de constituição de sociedades no direito nacional, bem como as suas formas e modalidades. Também é necessário analisar a personalidade jurídica das sociedades, uma vez que é através dela que a sociedade ganha aptidão para realizar seu objeto social, distinguindo-se, desde então da pessoa natural dos sócios. Além disso, tem grande importância para o presente trabalho, o órgão competente para o registro da sociedade, pois através dele pode-se identificar se trata-se de uma sociedade empresária ou não. Com vista a estes aspectos,

revela-se a existência de sociedades patrimoniais, oriundas de um planejamento tributário e sucessório, que visam trazer benefícios aos sócios, no que tange ao patrimônio envolvido. Neste aspecto, a desconsideração da personalidade jurídica é ferramenta processual de suma importância no combate às possíveis fraudes, inclusive na sua modalidade inversa, onde os bens da sociedade respondem por débitos do sócio. Com isso, pretende-se avaliar os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica e quanto eles podem ser aplicados às sociedades patrimoniais, sejam elas empresariais, sejam elas simples.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Empresa. Sociedade Patrimonial.

ABSTRACT

The present study, based on the deductive method, presents reflections on the disregard of the legal entity, even in its inverse modality, with respect to the patrimonial corporations. In this sense, the way companies are incorporated in national law, as well as their forms and modalities. It is also necessary to analyze the legal personality of companies, since it is through this that the company gains the ability to carry out its corporate purpose, distinguishing itself from the natural person of the partners. In addition, it is of great importance for the present work, the competent authority for the registration of the company, because through it one can identify whether it is a company or not. In view of these aspects, it is revealed the existence of patrimonial corporations, originating from a tributary and inheritance planning, that aim to bring benefits to the members, as far as the patrimony involved. In this regard, disregard of legal entity is a procedural tool of paramount importance in combating possible fraud, including in its reverse mode, where the assets of the company account for debts of the partner. With this, it is intended to evaluate the requirements of disregarding legal entity and how much they can be applied to patrimonial corporations, be they business, be they non-business.

Keywords: Company. Disregard of Legal Entity. Patrimonial Corporation.

INTRODUÇÃO

Atualmente tem-se utilizado, como forma de forma de planejamento sucessório e tributário, além de proteção patrimonial, a criação de pessoas jurídicas, usualmente denominadas de sociedades patrimoniais, onde transfere-se o patrimônio das pessoas físicas envolvidas para a pessoa jurídica e, a partir daí, confere-se à ele uma gestão organizada e profissional.

Ocorre que, em razão da complexidade envolvida, seja ela pessoal, familiar ou jurídica, muitas vezes há um abuso de direito no uso da pessoa jurídica, causando prejuízos a terceiros, tais como credores, sucessores, fisco, etc.

Para isso, o Direito incorporou ao Código Civil, bem como em outras legislações extravagantes a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, normatizando-a, na tentativa de evitar que pessoas prejudicadas pelo mau uso da pessoa jurídica prevaleçam em suas fraudes. Todavia e, em um sistema de autocontrole, existem requisitos a serem observados de forma estrita para que uma pessoa jurídica tenha sua personalidade desconsiderada.

Dessa forma, existem algumas maneiras de se fazer o planejamento sucessório e tributário através da criação das sociedades patrimoniais, ao menos em sua forma, evitando-se que seja à ela aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, em determinadas relações jurídicas.

Assim, com referencial teórico na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, normatizada no artigo 50 do Código Civil, o presente trabalho irá avaliar as formas de constituição da sociedade patrimonial, através do método dedutivo, para ao final propor uma forma de afastar a norma acima referida, de acordo com o sistema normativo vigente.

DAS SOCIEDADES E REQUISITOS PARA DESCONSIDERAÇÃO DE SUA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Antes mesmo de tratar da pessoa jurídica, é necessário abordar a questão da personalidade jurídica.

Com relação à pessoa natural, o Código Civil declara que o nascimento com vida dá início à personalidade civil. Já no que tange à pessoa jurídica, o artigo 45 estabelece que a sua existência legal, ao menos quanto às de direito privado, começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Com isso, pode-se conceituar a pessoa jurídica, nas palavras de Flavio Tartuce (2014, p. 198), como:

As pessoas jurídicas, também denominadas pessoas coletivas, morais, fictícias ou abstratas, podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal. Apesar de o Código Civil não repetir a regra do art. 20 do CC/1916, a pessoa jurídica não se confunde com seus membros, sendo essa regra inerente à própria concepção da pessoa jurídica.

Nota-se pelas palavras do doutrinador citado que as pessoas jurídicas adquirem personalidade própria, não se confundindo com os seus sócios, sendo este um dos maiores motivadores da utilização da pessoas jurídicas patrimoniais como forma de planejamento sucessório, tributário e contingencial.

Com relação à distinção entre a personalidade jurídica dos sócios (pessoas naturais) e da sociedade (pessoa jurídica), tem-se que:

[...] Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas, as quais deram lugar ao seu nascimento; ao contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Em razão disso, as pessoas jurídicas têm nome particular, como aquelas físicas, domicílio, nacionalidade; podendo estar em juízo, como autoras, ou na qualidade de rés, sem que isso reflita na pessoa daqueles que as constituíram. Por último, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram; em alguns casos, a mudança de estado dessas pessoas não irradia efeitos na estrutura das pessoas jurídicas, de molde a variar as pessoas físicas que lhes deram origem sem que tal fato incida no seu organismo [...]
(MARTINS, 2014 p. 160-161)

Superada esta questão, ressalta-se que as sociedades podem ser simples, conforme dispõe o artigo 997 e seguintes do Código Civil; ou empresarial, que é aquela em que há profissionalidade na atividade econômica, organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, visando lucro.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2016, p. 68):

O que irá, de verdade, caracterizar a pessoa jurídica de direito privado não estatal como sociedade simples ou empresária será o modo de explorar seu objeto. O objeto social explorado sem empresarialidade (isto é, sem organização profissional dos fatores de produção) confere à sociedade o caráter de simples; enquanto a exploração empresarial do objeto social caracterizará a sociedade como empresária.

Dessa forma, para que uma pessoa jurídica seja considerada empresa, ela necessita explorar atividade empresarial, em conformidade com a exigência do artigo 966 do Código Civil.

Feita a distinção, esclarece-se que sociedade patrimonial é uma sociedade (simples ou empresarial, de acordo com seu ato constitutivo), que engloba o patrimônio dos sócios, integralizados no capital social ou adquiridos posteriormente, cujo objeto social é a administração dos bens e a participação em outras sociedades.

Nota-se, com isso, que os bens que antes eram do sócio, agora pertencem à sociedade e, assim sendo, seus produtos e frutos serão tributados pelo regime do lucro presumido (em regra), acarretando uma diminuição considerável na carga tributária. Além disso, estes bens, por pertencerem à sociedade, agora não serão partilhados em eventual morte do sócio, mas apenas as quotas sociais a ele pertencente, permitindo um melhor planejamento sucessório.

Ocorre que, em algumas situações, esta sociedade patrimonial pode ter sua personalidade jurídica desconsiderada, em razão de débitos ou fraudes cometidas pelo sócio, alcançando o patrimônio da pessoa jurídica.

Nos termos do que dispõe o artigo 50 do Código Civil, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado por desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, o juiz pode desconsiderar a personalidade jurídica para atingir o patrimônio dos sócios ou do administrador.

Todavia, para o presente trabalho, interessa a desconsideração inversa da personalidade jurídica:

A desconsideração inversa da personalidade jurídica, não prevista no Código Civil, foi admitida pelo STJ. Caracteriza-se ela “pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente ao que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador”. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 407)

Os requisitos da desconsideração inversa da personalidade jurídica são os mesmos da desconsideração regular, previstos no artigo 50 do Código Civil, mas com expressa autorização legal no artigo 133, parágrafo 2º do Código de Processo Civil.

Neste sentido, a sociedade patrimonial, apesar de idealizada para trazer benefícios fiscais e sucessórios, além de conferir uma maior segurança ao patrimônio gerido, não escapa da desconsideração inversa da personalidade jurídica, se incorrer em desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Assim, com relação às estas sociedades patrimoniais, para uma maior segurança jurídica, seu objeto social deve limitar-se à administração de imóveis próprios (CNAE 681-2/02), e caso algum dos imóveis seja de uso dos sócios, esta situação deve ser documentada, mediante um contrato de comodato, por exemplo, evitando-se, assim, a confusão patrimonial e, no que tange ao desvio de finalidade, o objeto social

(administração de bens imóveis próprios), deve ser seguido à risca, sob pena de caracterizar o desvio, atraindo a desconsideração da personalidade jurídica.

Todavia, sempre que uma sociedade patrimonial for constituída de forma empresarial, estará em desvio de finalidade, na medida em que não atua conforme os ditames do artigo 966 do Código Civil, pois não circula bens ou serviços de forma organizada, visando lucro, apenas administra os bens imóveis próprios, infringindo a finalidade empresarial, concebida pela lei.

Por outro lado, quando a sociedade patrimonial for constituída como sociedade simples, registrada no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas e se tratar de uma relação civil-empresarial, atraindo os requisitos do artigo 50 do Código Civil, a desconsideração da personalidade jurídica (inversa ou não), não poderá ser aplicada, desde que não haja a confusão patrimonial e a sociedade esteja agindo com estrita observância de seu objeto social.

CONCLUSÃO

O Direito brasileiro prevê as formas e requisitos para a constituição de pessoas jurídicas, conferindo à elas proteção legal, inclusive com relação aos seus direitos da personalidade, distinguindo-a das pessoas dos sócios.

As sociedades, para que possam exercer regularmente seus objetos sociais e gozar de proteção do Estado, devem registrar-se nos competentes órgãos de registros. Além disso, as sociedades podem ser empresárias ou simples, a depender da forma como organizam-se.

Neste particular, surgem as chamadas sociedades patrimoniais, que podem adotar tanto a forma empresarial como a forma simples. Estas, por versarem sobre o patrimônio dos sócios, que via de regra são transferidos para a sociedade, dependem de um planejamento jurídico bem elaborado para que este patrimônio não sofra interferências externas.

Ainda assim, aplica-se às sociedades patrimoniais a desconsideração da personalidade jurídica, até mesmo em sua forma inversa, desde que preenchidos os seus requisitos, especialmente àquelas que adotam a forma empresarial, uma vez que há nítido desvio de finalidade, desde a sua constituição, posto que estas sociedades não circulam bens ou serviços de forma organizada, visando lucro, preceitos estes imprescindíveis à qualquer empresa.

Por outro lado, quando as sociedades patrimoniais são constituídas como sociedades simples, registradas no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas e, a questão jurídica for civil-empresarial, atraindo a regra do artigo 50 do Código Civil, entende-se pela impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, desde que ela esteja administrando seu próprio patrimônio e não comprove-se a confusão patrimonial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Publicado em 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Publicado em 17 de março de 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 28. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, I: Lei de introdução e parte geral*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 37. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E EFICIÊNCIA ECONÔMICA

SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT IN THE BRAZILIAN CIVIL CODE: DISTRIBUTION JUSTICE AND ECONOMIC EFFICIENCY

GT1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

RÉGIS CANALE DOS SANTOS

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário FIEO. Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Pereira Barreto.

E-mail: cartorio.regis@terra.com.br

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

Doutora em Direito pela PUC/SP. Docente permanente do programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília. Advogada. E-mail: jussara@bflaw.adv.br

RESUMO

O presente estudo tem por escopo analisar o artigo 421 do Código Civil que estabeleceu, de forma inovadora, a Função Social do Contrato, para, em seguida, verificar o estado atual da interpretação dada pela doutrina e jurisprudência sobre o instituto com base em dois paradigmas distintos com base nos paradigmas distintos: Paternalista ou Distributivo e Direito e Economia.

Palavras-chave: Função social. Contrato. Paradigmas.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze article 421 of the Civil Code, which in an innovative way established the Social Function of the Contract, and then to verify the current state of the interpretation given by the doctrine and jurisprudence on the institute based on two distinct paradigms based on distinct paradigms: Paternalistic or Distributive and Law and Economics.

Keywords: Social function. Contract. Paradigms.

INTRODUÇÃO

O novel Código Civil que entrou em vigor após um ano de *vacatio legis* em 11 de Janeiro de 2003, após longa tramitação no Congresso Nacional, trouxe inúmeros institutos que não eram previstos no código civil revogado e aperfeiçoou outros artigos com o intuito de adequá-los as novas diretrizes principiológicas do Direito Privado, valorizando a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Uma das inovações é o artigo 421 que reza: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Cabe ressaltar que há uma proposta legislativa para a alteração do referido artigo, conforme projeto de lei 699/2011, em trâmite perante a Câmara dos Deputados, que, caso aprovado, passaria a ter a seguinte redação: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social”.

Com efeito, a função social dos contratos pode ser interpretada sobre dois paradigmas diferentes: solidarista, paternalista ou distributivo e pelo direito e economia do direito contratual.

1 PARADIGMA SOLIDARISTA, PATERNALISTA OU DISTRIBUTIVO

Por este paradigma, a função social dos contratos tem por finalidade a mitigação ou relativização da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). A autonomia da vontade, que é o poder de que as pessoas possuem de regulamentar os seus interesses, pelo exercício de sua vontade, que compreende a liberdade contratual e a liberdade de contratar, estaria limitada pela função social dos contratos. (Timm, Luciano Benetti Timm, 2008).

Esta limitação da liberdade contratual foi denominada pela doutrina como a publicização, socialização do direito privado, pois institutos notadamente de direito privado passaram a ser interpretados por critérios correlatos ao direito público.

A função social dos contratos busca superar a individualidade pelo coletivo. As relações privadas, individuais, portanto, não teriam o condão de sobrepor aos interesses coletivos. Pelo contrário, ao manifestar sua vontade por meio do contrato, deve-se, antes de tudo, verificar se não atenta contra a coletividade. Em outros termos, a sociedade é desigual e os contratos de modo geral também refletiriam esta desigualdade, de modo que a função social dos contratos busca a reequilibrar esta relação. Esta forma de interpretação tem como fundamento o princípio da solidariedade social que foi previsto na Constituição Federal no artigo 3º, III, parte final, ao estipular os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. De fato, percebeu-se que esta solidariedade geralmente não é fruto da vontade espontânea das pessoas, necessitando, assim, de uma intervenção do Estado, denominado dirigismo contratual, para buscar esta solidariedade.

A amplitude da liberdade de iniciativa se exercida de forma livre poderá trazer desequilíbrios, devendo estipular limites a esta atuação. Com a limitação, busca corrigir a desigualdade. Parte-se do pressuposto que numa relação livre, a manifestação de vontade não será totalmente livre porque a parte mais fraca sempre estará em posição inferior com a parte mais forte.

Em regra geral, a forma do Estado em interferir nas relações individuais se dá por imposição de normas cogentes que são aqueles de aplicação obrigatória nos negócios jurídicos, as quais as partes não podem derogar por sua vontade, ou, então, por revisão judicial dos contratos. A legislação é caracterizada por uma abstração das normas, as chamadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, que tem a possibilidade de abarcar um grande número de situação a ser resolvida caso a caso.

Conforme leciona Maria Helena Diniz:

A expressão *dirigismo contratual* é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contraentes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando

benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes e os da sociedade. (2003 p. 34).

De acordo com o escólio de Flávio Tartuce (2018, p. 659): “tem prevalecido a ideia de que a função social do contrato tem tanto *eficácia interna* (entre as partes), quanto *eficácia externa* (para além das partes)”.

Como eficácia interna da função social, portanto, apenas entre as partes que entabularam no negócio jurídico, verificam-se as seguintes projeções do princípio doravante analisado: proteção dos vulneráveis contratuais, principalmente nos contratos de consumo e no contrato de trabalho, estabelecida por normas de ordem pública; vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual, podendo motivar a anulação, a revisão ou até mesmo a resolução do contrato; a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade e a nulidade de cláusulas antissociais, tidas como abusivas.

Por outro lado, a eficácia externa da função social do contrato, há dois aspectos principais, proteção dos direitos difusos e coletivos e a tutela externa do crédito que é a possibilidade do contrato gerar efeitos perante terceiros ou de condutas de terceiros repercutirem no contrato.

Esta forma de interpretação da função social verifica a situação concreta para constatar se a função social dos contratos está presente ou não. Verifica se uma das partes é vulnerável e, caso positivo, aplica-se toda a gama de normas protetivas para a revisão do contrato ou a sua resolução. Não verifica os impactos que tal proteção possa ocasionar no mercado como um todo ou até mesmo na esfera jurídica da outra parte contratante.

Pela doutrina e pelos julgados, nota-se claramente que esta é a posição amplamente adotada.

Nesse sentido, confira-se os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

Contratos E Processual Civil. Agravo Regimental No Agravo De Instrumento. Revisão De Cláusulas Contratuais. Cdc. Possibilidade Mitigação Do Princípio Do Pacta Sunt Servanda. Leasing. Devolução Do Bem Arrendado. Restituição Do Vrg Pago Antecipadamente. Possibilidade. Alegações Recursais Desassociadas Dos Fundamentos Do Acórdão Recorrido. Súmula 284/Stf. Sucumbência Recíproca. Súmula 7/Stj.

1. A jurisprudência do STJ se posiciona firme no sentido que a revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Judiciário é permitida, mormente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual, devendo ser mitigada a força exorbitante que se atribuía ao princípio do pacta sunt servanda. Precedentes.

2. Com a resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário e a conseqüente reintegração do bem na posse da arrendadora, faz-se devido o cumprimento das parcelas vencidas e em aberto até a retomada do bem pelo arrendatário, ressalvando seu direito quanto à devolução ou compensação em seu favor dos valores pagos antecipadamente a título de VRG. A diluição do valor residual ao longo do prazo contratual, cuja cobrança é feita juntamente com as parcelas das contraprestações, não impede que o arrendatário, por sua livre opção e interesse, desista da compra do bem objeto do contrato de leasing. Retomada a posse direto bem pela arrendadora, extingue-se a possibilidade de o arrendatário exercer a

opção da compra; por conseguinte, o valor residual, que antecipadamente vinha sendo pago para essa finalidade, deve ser devolvido. Precedentes.

3. A alegação de que o acórdão recorrido procedera à alteração no indexador pactuado no contrato de arrendamento mercantil mostra-se completamente desassociada das questões tratadas e decididas pelo acórdão, caracterizando fundamentação deficiente e, por conseguinte, óbice à exata compreensão da controvérsia, o qua atrai, de forma inexorável, a dicção da Súmula 284/STF.

5. É pacífico no STJ o entendimento segundo o qual a verificação do grau de sucumbência de cada parte, para fins de aplicação da norma contida no parágrafo único do art. 21 do CPC, enseja incursão à seara fático-probatória dos autos, vedada pela Súmula 7 desta Corte.

6. Agravo regimental não provido.

No mesmo diapasão, acórdão a respeito da onerosidade excessiva relacionado ao leasing com prestações fixada pela variação dos dólar:

Recurso Especial. Ação Coletiva. Arrendamento Mercantil (Leasing). Aplicação Do Código De Defesa Do Consumidor. Associação De Defesa Do Consumidor. Ilegitimidade Ativa E Interesse Processual. Fundamento Inatacado (Súmula 283/Stf). Preclusão. Cerceamento Do Direito De Defesa. Não Ocorrência. Reajuste Das Prestações Pela Variação Cambial. Dólar Estadunidense. Janeiro De 1999. Onerosidade Excessiva. Revisão. Divisão Equitativa. Comprovação De Captação De Recursos No Exterior Para A Operação Específica. Desnecessidade. Extensão Da Decisão Aos Demais Litisconsortes. Impossibilidade. Litisconsórcio Simples. Alcance Subjetivo Da Sentença. Consumidores Habilitados Nos Autos. Ausência De Insurgência. Proibição Da Reformatio In Pejus. Ônus Da Sucumbência. Ausência De Má-Fé. Aplicação Do Art. 18 Da Lei 7.347/85.

2 PARADIGMA DO DIREITO E ECONOMIA

Este paradigma tem uma visão diferente do paradigma da solidariedade. Apresenta uma interpretação diferente a função social dos contratos.

Para este paradigma, o contrato é um negócio jurídico realizado por duas ou mais pessoas, em que buscar a realização dos seus interesses, de tal forma que uma das partes somente firmará o acordo se puder desfrutar de alguma vantagem (Timm, Luciano Benetti Timm, 2008). Caso o contrato não lhe traga benefícios, simplesmente não participará do negócio jurídico.

Aqui os interesses coletivos também são tutelados, porém, de uma maneira diferente proposta pelo paradigma da solidariedade. Com efeito, o interesse social é identificado na estrutura do mercado subjacente ao contrato que está sendo celebrado e ao processo judicial relacionado ao litígio a ele pertinente.

Como ensina Luciano Bennetti Timm (2008 p. 21) “a sociedade ou a ‘igualdade’ não são representadas pela parte mais fraca de uma específica relação contratual ou por um demandante no litígio, mas sim pelo grupo ou cadeia de pessoas integrante de um específico mercado”.

O princípio da solidariedade, previsto como objetivo da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, III, é observado neste paradigma, contudo, ao invés de proteger

abstratamente a parte mais fraca ou o hipossuficiente, busca amparar o grupo ou a cadeia de pessoas integrantes de um mercado determinado.

A limitação imposta pela função social dos contratos é transferida do indivíduo que celebrou o contrato com o banco para todos os indivíduos que celebraram ou que celebrarão contrato com o banco.

Deveras, a instituição bancária, ao estipular sua taxa de juros, leva em consideração diversas informações, que se mantiverem também serão mantidas para as demais pessoas que um dia celebraram o mesmo contrato. Por outro lado, se as considerações que foram levadas em conta mudarem, obviamente que os juros também sofrerão alteração para os demais possíveis contratantes.

Em outros termos, em um caso concreto, se o juiz declarar a nulidade parcial dos juros que foram pactuados, sob o argumento de sua abusividade, o autor da ação será claramente beneficiado, pois terá sua taxa de juros reduzida. No entanto, todas as demais pessoas que um dia celebrarão um contrato análogo serão prejudicados, pois fatalmente o custo da redução da taxa de juros pela via judicial será repassado por intermédio de taxas maiores aos demais contratantes.

Destarte, o que o paradigma direito e economia propõe é que não se pode buscar a proteção dos atores individuais numa relação negocial, desprotegendo o ambiente social em que ela está inserida e que opera seus efeitos a uma gama maior de pessoas. No mercado em que se realiza o contrato, as partes têm de buscar seus interesses pessoais, tentando a concretização de um negócio que lhe beneficie. As partes, mormente em relações empresariais, pretendem ao máximo que as avenças sejam cumpridas, para que se sinta seguro em pactuar em negócios posteriores. Este forma de pensar, seguramente proporciona uma maior segurança jurídica, pois as partes saberão que o acordo não será desfeito.

De outro lado, imagine-se a insegurança de uma das partes ao saber que tudo o que foi pactuado poderá ser desfeito pela outra parte por violação a função social dos contratos. A parte cumpriria sua parte até o momento que lhe mostrasse interessante e, a seguir, deixaria de cumpri-lo por afrontar preceitos legais de ordem pública. Indubitavelmente, que o contratante prejudicado sopesará esta situação para as novas contratações, sendo, na sua maioria ou totalidade, prejudicial aos interesses dos potenciais futuros contratantes.

A principal função social dos contratos é possibilitar que as partes celebrem contratos com segurança, obtendo as benesses econômicas originariamente previstas.

Leciona Luciano Benetti Timm

Em síntese, o direito contratual confere segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos – o que corresponde a um importante papel institucional e social. O sistema tributário providenciará a distribuição de riqueza. (2008, p.38)

Deveras, o mercado não é perfeito, pois não funciona sempre de forma adequada e eficiente. Os agentes do mercado, por vezes, extrapolam a expectativa que lhe são depositadas, praticando atos abusivos. Nestes casos, que se presumem ser a exceção, exige-se uma atuação das instituições jurídicas para afastar o abuso e trazer a normalidade.

CONCLUSÃO

Com o presente estudo da função social dos contratos, a partir da análise comparativa de dois paradigmas antagônicos, buscou mostrar que a doutrina e jurisprudência pátria têm optado por uma aplicação solidarista ou paternalista da função social, em que o Estado, por meio do dirigismo contratual, ao estabelecer normas cogentes e a possibilidade de revisão judicial dos contratos, protege uma das partes do contrato por ser menos favorecido, parte mais fraca ou hipossuficiente, a despeito de todas as cláusulas entabuladas pelos contratantes. Traduz-se, em suma, numa limitação a liberdade de contratar na presença de normas cogentes que buscam equalizar o interesse social em face do interesse particular.

Por outro lado, a função social dos contratos, visto pelo paradigma do direito e da economia, prestigia a busca do equilíbrio das relações negociais, protegendo tanto os interesses individuais como aqueles decorrentes do ambiente social proporcionando segurança jurídica às partes.

No mesmo diapasão, a função social dos contratos tem por finalidade a proteção dos interesses coletivos manifestados no ambiente de mercado. Busca proteger a totalidade das pessoas que efetivamente ou potencialmente participem de um certo mercado que poderiam ser prejudicados caso houvesse a possibilidade de desfazimento dos acordos.

REFERÊNCIAS

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.
TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2018.
TIMM, Luciano Benetti. Antes sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. In: *XI Congresso de Direito e Economia da Associação Latino Americana de Direito e Economia, 2008*, cidade do México. XI Congresso de Direito e Economia da Associação Latino Americana de Direito e Economia, 2008.

CONTRATOS, INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS, E RESPONSABILIDADES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CONTRACTS, PUBLIC AND PRIVATE INSTITUTIONS AND RESPONSABILITIES IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

GT1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

RICARDO TANNENBAUM NUÑEZ

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Advogado. E-mail:
r.nunez58@hotmail.com.

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

Doutora em Direito pela PUC/SP. Docente permanente do Programa de Doutorado e
Mestrado da Universidade de Marília. Advogada. E-mail: jussara@bflaw.adv.br.

RESUMO

O presente trabalho faz uma breve reflexão sobre as relações econômicas veiculadas por contratos tendo como atores instituições públicas e privadas e o Estado como ente regulador e fiscalizador. Nesse contexto, analisa-se o papel dos contratos e suas características intrínsecas como fator de garantia da ordem econômica. O papel das instituições públicas e privadas que se utilizam do poder econômico para promover o crescimento e desenvolvimento de um país e, por fim, o poder de império do Estado, responsável pela Ordem Pública de Direção e Proteção que visa a coibir os abusos do poder econômico.

Palavras-chave: Contratos. Ordem Pública. Relações Econômicas.

ABSTRACT: The present work gives a brief reflection on the economic relations conveyed by contracts with public and private institutions as actors, and the State as regulatory and supervisory body. In this context, the role of contracts and their intrinsic characteristics are analyzed as a factor of guarantee of the economic order. The role of public and private institutions that use economic power to promote the growth and development of a country and, finally, the power of empire of the State, responsible for the Public Order of Direction and Protection that aims to curb abuses of the economic power.

Keywords: Contracts. Economic Relations. Public Order.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito tem por pressupostos essenciais assegurar a democracia e romper com o paradigma do Estado liberal puro, centrado precipuamente na proteção de interesses individuais. Com isso, os interesses coletivos e difusos ganham importância e proteção. A proteção da livre iniciativa; da propriedade e seu fim social; da livre concorrência; do consumidor; do meio ambiente; a proibição do abuso de direito; a redução das desigualdades; e a busca do pleno emprego são âncoras principiológicas da ordem econômica e financeira.

Os Estados democráticos modernos consagraram constituições alicerçadas pela ordem econômica. O negócio jurídico vem sendo tratado como fundamental à ordem econômica em dimensão mundial e como base para a economia dos Estados, de modo geral. O perfil neoliberal do negócio jurídico, com a contemplação do interesse individual e coletivo, passa a considerar o equilíbrio dos pactos, limitando, quando necessário, a autonomia privada, tarefa das constituições que elegem a intervenção estatal mínima e a regulação do mercado como paradigmas para assegurar a estabilidade econômica do Estado.

O abuso do poder econômico, que é coibido por lei, representa prática nociva, implicando prejuízos concretos e objetivos ao mercado, ensejando a apuração da responsabilidade civil objetiva dos envolvidos em favor daqueles que tenham sofrido os danos.

Desta forma, analisa-se, sucintamente, as relações entre contratos, sua relação com instituições públicas e privadas, e a responsabilidade que o Estado tem nesse cenário.

1 CONTRATOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado, em qualquer país, é o grande responsável pelas ações que visam a promover o desenvolvimento e o bem estar da população. Para tal, é um grande contratador de produtos e serviços, e, em certas regiões, responsável pelo maior montante de negócios.

No Estado Democrático de Direito o negócio jurídico impende o equilíbrio entre liberdade de contratar, o que contratar, com quem contratar e como contratar. O paradigma contratual contemporâneo é definido pela confluência da boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio das materialidades. A parte frágil conta com a proteção do Estado (FERREIRA, 2015, p. 356).

O mecanismo que movimenta a economia de um país é o contrato, que pode existir de várias formas: desde um contrato verbal pactuado por um simples aperto de mão, passando pelos contratos comuns onde as partes firmam no final, até um contrato por adesão ao qual as pessoas podem aderir por meio de um simples aceite, clicando uma tecla de telefone celular.

O idealizador do contrato como instrumento da concepção de realização de uma operação econômica foi Enzo Roppo. Segundo ele, se existe uma operação econômica onde há transferência de riqueza, atual ou potencial, de um sujeito para outro, esta deve ser matéria de contrato, uma vez que este reflete, pela sua natureza, as operações econômicas envolvidas (ROPPO, 1988, p. 12/13 e 24).

Ainda, segundo Roppo, o contrato deve ser visto como um conjunto de direitos e obrigações que as partes reciprocamente assumiram, consubstanciando a operação econômica pretendida, baseados nas cláusulas e condições articulados no texto acordado. Indica-se, em suma, nesta acepção, o conteúdo imperativo do contrato ao qual as partes se vinculam numa palavra: *regulamento*. Esse regulamento contratual reúne todas as regras pactuadas que passam a normatizar as ações das partes no ambiente do contrato (ROPPO, 1988, p. 126).

Executar o contrato segundo o regulamento é dar estabilidade à operação econômica pretendida que é resultado da boa-fé expressada nas tratativas anteriores à pactuação.

A natureza das operações econômicas importa em conferir ao contrato condições de possibilidade asseguradas pelo direito dos contratos. Seus princípios e regras conferem a legalidade, a lisura e a eficácia à relação negocial. Em verdade, o perfil do contrato deixa transparecer, com nitidez, a forma paradigmática em que foi plasmado, mantendo o desenho das marcas e influências do ambiente político, econômico e jurídico em que está inserido. A organização econômica, ao tratar da circulação de riqueza por meio da produção de bens e serviços, vincula-se à organização política, no que se refere às funções e relações do Estado para com a sociedade, sendo que, na ordem social, são refletidas as consequências das ordens anteriores, por conta da inevitável relação causal existente. (FERREIRA, 2015, p. 357/358)

A contextualização simbólica do contrato, respaldado pelo direito contratual, não se modifica frente à crise de moralidade que assola um país e permanece como elemento de legitimação do Estado Democrático. Há, inegavelmente, uma forte tensão decorrente do embate observado entre ordem econômica, política e social.

Para Ferreira:

A teoria econômica do contrato, no que se refere à execução, encontra supedâneo na base principiológica da Teoria Geral do Contrato informado pelos princípios da solidariedade, boa-fé objetiva e deveres anexos, que devem ser guardados, pela dicção do Art. 422 do Código Civil, “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Essa convergência observada nas teorias versadas expõe o “status do contrato contemporâneo”, feito de fundamento, essencialmente, extraído da moralidade jurídica e econômica e recepcionado pelo corpo social. Contratantes probos elegem o agir com honestidade e

cuidado moral no trato negocial voltado à obtenção de uma execução eficaz. (FERREIRA, 2015, p. 361).

As regras pactuadas num contrato devem ser previamente discutidas e revisadas para que as ambiguidades sejam de antemão sanadas, evitando-se, assim, a paralização do cumprimento do avençado e a possível judicialização do caso.

2 INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS

As instituições de um Estado possuem uma dimensão conceitual e fenomenológica no direito contemporâneo. A sua influência na economia e sociedade transportam para o direito negocial extensas possibilidades de relação contratuais voltadas para a circulação de riquezas em um mercado capitalista.

Recentemente, em oposição à proposta neoliberal para economia, a corrente conhecida por defender a economia institucional aponta as instituições como fatores endógenos ao processo de desenvolvimento. Esta posição sustenta que o funcionamento das instituições públicas interagindo com as organizações privadas constitui fator determinante para o desenvolvimento de um país. Essas instituições tornam-se essenciais na medida em que reduzem as incertezas por meio da criação de estruturas estáveis, de caráter incremental, que propiciam gradual evolução para a economia (BARRAL, 2006, p. 74/75).

As agências regulatórias inserem-se nesse contexto. Ao estabelecerem as regras do jogo para o funcionamento das organizações que atuam em sua respectiva área, promovem a previsibilidade necessária à confiança que a iniciativa privada necessita para estabelecer cenários prospectivos que balizarão seus investimentos. Isso contribui para o desenvolvimento.

De modo coerente, o direito dos contratos observou transformações expressivas, registradas em paralelo com a expansão do mercado e, mais incisivamente, marcadas pela Revolução Industrial. Deste cenário, decorre a intensificação da participação das instituições públicas, com atuação tradicional neste contexto, e instituições privadas a partir da expansão empresarial, enquanto poder ascendente e reconhecidamente detentor do mercado negocial a nível mundial. Trata-se, neste ponto, dos grandes grupos econômicos e, evidentemente, do próprio Estado contratante, possuidor de uma capacidade negocial, extraordinária e muitas vezes coercitiva.

As empresas, independentemente da tese contratualista, são uma instituição, cujos propósitos permanecem ligados à segurança, estabilidade, eticidade, eficiência e capacidade para permanecer no mercado. A disfunção negocial, neste segmento, produz efeitos de longo espectro impactando negativamente o mercado, por via de consequência, a organização econômica e social (FERREIRA, 2015, p. 363/364).

Seguramente, o mercado elege o trânsito negocial de maior relevo, interessando a todos os atores na cena do contrato, dentre eles, destaca-se as instituições de maior expressão centradas no Estado contratante e na iniciativa privada, dominada pelos grandes grupos econômicos, que fazem do contrato instrumento de poder.

O poder econômico é salutar e o seu uso dentro de parâmetros regulatórios é o que promove o desenvolvimento e o crescimento da economia de um país. Entretanto, em função da criação de grandes grupos empresariais transnacionais, não há mais a concorrência perfeita baseada na homogeneidade dos produtos, atômidade do mercado, mobilidade dos fatores de produção e transparência de preços. A competição é realizada por oligopólios, num ambiente de concorrência imperfeita que nem sempre favorece o consumidor. (TAVARES, 2006, p. 254)

Pode ocorrer, então, uma situação de abuso do poder econômico, indesejável, que certamente conduzirá à obtenção de lucros abusivos, fruto da concentração

econômica gerada por esses oligopólios, burlando-se as regras de mercado e extrapolando os parâmetros regulatórios.

O paradigma democrático, com a evolução natural do modelo de Estado, predomina entre os países mais avançados. Desta forma, a ordem pública econômica foi absorvida por diversos Textos Constitucionais, reservando a ela o regramento da ordem econômica e social. Foi neste período que a ordem pública econômica passou a ser formulada por meio da subdivisão entre ordem pública de direção e ordem pública de proteção, conforme doutrina de Lorenzetti e, posteriormente, reverenciada por Albino de Souza:

A Ordem Pública de Direção prende-se à preocupação de dirigir a economia nacional, pública, impedindo que os contratos privados a prejudiquem. Manifestam-se nas legislações [...] na política monetária e creditícia, por exemplo, que praticamente envolve toda a vida dos negócios. A Ordem Pública de Proteção aplica-se a proteger, nos contratos, a parte considerada “economicamente mais fraca”, sendo este sentido de fraqueza relacionado à menor capacidade econômica (SOUZA, 2011, p. 1367).

Trata-se de correntes que se complementam, promovendo estabilidade e confiabilidade ao ordenamento econômico.

As Ordens Públicas de Direção e de Proteção decompõem-se em seus postulados diante da imprevisão das medidas intervencionistas de natureza mista, decorrentes do interesse político e do interesse econômico. Entretanto, tanto a liberdade como a igualdade devem ser harmonizadas por esses preceitos. Ambas devem ser reunidas pelos fundamentos da Ordem Econômica, a fim de evitar a prevalência da Ordem Econômica Privada, nefasta ao trânsito negocial, quando em condições abusivas. Neste seguimento, tanto as instituições públicas como as instituições privadas podem dominar a força negocial, tolhendo a liberdade dos contratantes, decorrente de suas atuações baseadas nos grandes negócios, o que deve ser coibido a todo custo em defesa do equilíbrio contratual (FERREIRA, 2015, p. 369).

Num mercado em que a liberdade é erigida como paradigma, o equilíbrio material entre os atores econômicos deve ser preservada.

3 RESPONSABILIDADES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado, com base no seu poder de império, é responsável, como agente normativo, por regular a atividade econômica, exercendo, na forma da lei, funções de fiscalização e outras, como prevê o Art. 174 da Constituição Federal.

A livre iniciativa, originária da salvaguarda da liberdade, concebida ilimitada, recebeu tratamento consoante à metódica constitucional, significando a liberdade econômica para entrar, permanecer e sair do mercado, livremente, desde que respeitados os demais princípios da ordem econômica. A disciplina da intervenção estatal mínima se encarregou de determinar limites a serem observados pela iniciativa privada na criação e exploração de atividade econômica, visando ao exercício regular da livre iniciativa.

A afronta aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência decorre, via de regra, ocorre pelo desbordamento da regulação vigente levado a efeito por agentes econômicos. Intencionalmente grupos econômicos cartelizados subvertem a ordem econômica alijando, por meio de atuação desleal e predatória, a função social da

propriedade econômica em benefício exclusivo da função econômica. É dever do Estado a repressão ao abuso do poder econômico.

O agente econômico, ao exceder quaisquer dos limites impostos pelo fim econômico ou social, no exercício regular de seus direitos e no âmbito de suas atividades, comete abuso de direito, devendo ser responsabilizado de forma objetiva. Evidentemente, a diferenciação entre a ofensa contra a ordem econômica e a ofensa ao contrato deve ser observada nesta hipótese (FERREIRA, 2015, p. 380/381).

O contrato como instrumento jurídico de realização da atividade econômica mantém extensa interdependência em relação ao Estado, à economia, às instituições públicas e privadas e, por fim, à responsabilidade civil. A responsabilidade civil objetiva prevalece, por atender de forma mais adequada e atualizada, à natureza dos possíveis danos em se tratando de violação aos princípios da ordem econômica, com menção expressa, ao abuso do poder econômico.

CONCLUSÃO

Quando o contrato perde alguma de suas funções essenciais e passa a ser instrumento político contribui para desestabilização e para a inserção do componente da incerteza na economia, provocando efeitos nefastos para ordem econômica de um país. Cabe ao Estado, por meio de suas prerrogativas de direção e proteção, coibir tais práticas em ações regulatórias e protetivas. Quando verbas públicas são empregadas, devem ser monitoradas através de auditorias periódicas ligadas a cada etapa da execução dos contratos. Deve-se constatar que o recurso público está sendo usado eficientemente e que os desvios da execução planejada serão passíveis de responsabilização cível pelas as práticas ilegais cometidas, bem como em caso de abuso do poder econômico.

Num Estado Democrático de Direito os contratos assumem papel importante como garantidores dos negócios que gerarão as riquezas necessárias ao giro da economia. O poder econômico, quando bem utilizado, não é um vilão como muitos o rotulam. Ele é bem vindo como fator de consolidação do capitalismo. Entretanto, o abuso desse poder causa resultados negativos que devem sempre ser coibidos para manter o capitalismo e o sistema democrático, saudáveis.

REFERÊNCIAS

- BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Teoria jurídica e desenvolvimento*. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2006.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (Org.). *Empresa, negócio jurídico e responsabilidade civil [Recurso eletrônico on-line]*. 1. ed. Florianópolis: Qualis Editora, 2015.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. As Teorias do Contrato e do Direito Econômico. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2006.

**O CONTRATO NA DISCIPLINA POSITIVA: OS PROBLEMAS DA
DETERMINAÇÃO DO REGULAMENTO**

**THE CONTRACT IN THE POSITIVE DISCIPLINE: THE PROBLEMS OF DE
REGULAMENTATION DETERMINATION**

GT1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

MARCELO SPECIAN ZABOTINI

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral pela Uniderp. Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas.

E-mail: mzabotini@gmail.com

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

Doutora em Direito pela PUC/SP. Docente permanente do programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília. Advogada. E-mail: jussara@bflaw.adv.br

RESUMO

Na teoria geral dos contratos, a identificação dos aspectos formal e material do contrato possui relevância para o estabelecimento das relações interpessoais. A criação do direito concreto, atrelado aos interesses sociais e econômicos dos participantes da vida em sociedade depende em grande medida da identificação dos elementos integrantes do contrato. A regulamentação do contrato, dos direitos e obrigações estabelecidas é relevante para todo o direito contratual. Nesse ponto particular, a evolução da sociedade e do direito permitiram a criação e aperfeiçoamento de figuras contratuais típicas, a identificação de cláusulas essenciais e acidentais aos contratos em geral e o estabelecimento de balizas, limites e formas de interpretação da vontade das partes. A autonomia da vontade não se mostra absoluta, merecendo destaque os princípios e regras delimitadores das relações contratuais modernas, bem como dos elementos integradores da regulamentação contratual. O presente trabalho, partindo da reflexão de autores como Enzo Roppo, António Menezes Cordeiro e Maria Helena Diniz, busca apresentar de força sucinta o problema da determinação da regulamentação do contrato na disciplina positiva, com destaque para o papel da lei, enquanto baliza objetiva, geral e abstrata, e do aplicador do direito (juiz), enquanto concretizador e intérprete da regulamentação contratual.

Palavras-chave: Contratos. Econômico. Regulamento.

ABSTRACT

In the general theory of contracts, the identification of the formal e material aspects of the contract are relevant to the establishment of the interpersonal relationships. The creation of the concrete law, attached to the social and economics interests of the participants community life depend largely of the identification of the integral elements of the contract. The contract regulation, of the rights and duties established are relevant to all the contractual law. In this particular point, the evolution of society and law allowed the creation and perfecting of figures and de establishment of directives, boundaries and interpretation forms of the will of the parties of the contract. The self-determination is not absolute, deserving prominence the rules and principles that delimit the modern contractual relationship, as the integrating elements of the contractual

regulation. This abstract, starting with the reflection of authors as Enzo Roppo, António Menezes Cordeiro e Maria Helena Diniz, searches to present briefly the problem of the determination of the contractual regulation in the positive discipline, with emphasize to the role of law, as objective limit, general and abstract, and to the role of those responsible for implementing the law (judge), while concretizing and interpreting the contractual regulation.

Keywords: Contracts. Economic. Regulation.

INTRODUÇÃO

Na teoria contratual, a identificação dos elementos integrantes do contrato – partes, manifestação da vontade, objeto e forma – são assunto corrente.

A delimitação do contrato em seu aspecto material, no entanto, tem merecido especial atenção no direito privado contemporâneo.

Com efeito, a identificação do conteúdo da relação contratual, das regras, limites e princípios imanentes ao contrato figuram como importantes elementos para a concretização dos valores sociais e econômicos perseguidos na vida em sociedade.

Assim sendo, a apreciação do regulamento contratual, a formação das regras tipicamente previstas para as principais figuras contratuais – contratos típicos – e a interpretação das regras contratuais genuinamente originadas a partir da autonomia da vontade e sem prévia delimitação no âmbito do direito positivo – contratos atípicos – merecem tanto ou mais atenção que a análise do contrato em seus caracteres clássicos.

Nesse sentido, os tratadistas Enzo Roppo (Itália), António Menezes Cordeiro (Portugal) e Maria Helena Diniz (Brasil) constituem referência para o tratamento do problema da determinação do regulamento contratual, das regras, direitos e deveres decorrentes da relação contratual.

A abordagem, partindo dos contratos típicos e atípicos, das cláusulas essenciais e acidentais, apresenta a importância da autonomia da vontade na formação dos contratos, sem descurar da necessidade de limitação dessa autonomia por normas legais, princípios, regras de interpretação e balizas a serem observadas pelos operadores do direito e, em “ultima ratio”, pelo julgador, aplicador o Direito ao caso concreto.

O CONTRATO NA DISCIPLINA POSITIVA

A palavra contrato tem significado plúrimo. Na lição de Enzo Roppo, considerado em sua formação, o contrato pode ser compreendido enquanto processo. Não obstante, se utilizarmos como referência o conjunto de obrigações e direitos ou como prefere o autor, o conteúdo imperativo do contrato, o contrato pode ser compreendido enquanto regulamento (ROPPO, 1988, p. 125-126).

Com efeito, ambos os aspectos são destacados na conceituação do contrato apresentada por Maria Helena Diniz nos seguintes termos:

[...] O contrato é o acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. (DINIZ, 2013, p. 69).

No âmbito do Direito Civil, tanto o aspecto processual quanto o regulamentar importam para distinguir as relações contratuais das demais fontes geradoras das obrigações: é possível que da confluência de vontades resultem efeitos previstos pela lei, não havendo que se falar em autonomia criativa dos interessados, a exemplo do que ocorre no que tange às obrigações tributárias decorrentes dos acordos de vontade.

É possível, ainda, que sequer exista confluência de vontades para a criação de obrigações recíprocas, tal como nos atos ilícitos ou, ainda, nos fatos jurídicos.

A possibilidade de definição do regulamento ou conteúdo da relação jurídica bilateral ou plurilateral, a tradução em compromissos jurídicos da conveniência econômica das partes, é que caracteriza o contrato.

Nesse sentido, coloca o autor italiano que a grande questão é identificar como se opera essa definição do regulamento e a quem compete o poder de a operar, pergunta cuja adequada resposta está sujeita ao sistema e o maior ou menor valor conferido às iniciativas econômicas (ROPPO, 1988, p. 127).

Dessa forma, é possível que seja amplamente reconhecido o princípio da liberdade privada de determinação do regulamento contratual em determinado sistema econômico, e consagrada a taxatividade das disposições contratuais e a acentuada intervenção estatal nas relações privadas, em outro sistema econômico.

Adotada como premissa a ampla liberdade contratual e o princípio da autonomia privada, a relação contratual estará pautada pelo binômio liberdade contratual – responsabilidade contratual (utilidade-risco) que se encerra na assertiva de que o contrato tem força de lei entre as partes.

Nesse espeque, a vinculação das partes às obrigações contratuais é a regra, a rescisão bilateral uma possibilidade e a rescisão unilateral situação excepcional.

Porém, se por um lado as partes ficam vinculadas às disposições contratuais, é princípio basilar do direito contratual a relatividade dos efeitos contratuais perante terceiros. Da mesma forma, é possível que, na tutela do interesse de terceiros, o contrato seja considerado ineficaz, não operando efeitos em relação que extrapolem as partes.

Ao confrontar a autonomia da vontade e os tipos contratuais, pondera Roppo que o operador econômico no sistema capitalismo precisa contar com o poder de determinar o conteúdo dos contratos, escolhendo livremente se, quando e com quem contratar (ROPPO, 1988, pp. 131-132).

Precisa, ainda, de autonomia para decidir se pretende enquadrar seus negócios jurídicos em um ou outro tipo contratual ou, ainda, formular contrato atípico, atividade designada por Roppo como qualificação:

[...] As operações económicas mais importantes e mais difundidas – aquelas, em suma, mais ‘típicas’ - são tomadas em consideração pela lei que dita para cada uma delas um complexo de regras particulares: os tipos de contratos que lhes correspondem dizem-se então ‘tipos legais’, justamente porque expressamente previstos, definidos e disciplinados pelo legislador [...]. A operação lógica, através da qual o intérprete – perante um contrato determinado, concreto – individualiza a que tipo ele pertence, designa-se por qualificação. (ROPPO, 1988, p. 133).

A existência de contratos típicos, leciona António Menezes Cordeiro, se justifica por razões histórico-sociais e deriva dos acervos estratificados de espécies contratuais consolidadas ao longo dos séculos. Destaca o autor, quanto à especialização dos contratos, que

[...] Por vezes, os tipos contratuais visam um determinado fim: serão tipos funcionais, essencialmente entretecidos para a sua prossecução. Noutros casos, o tipo apenas propõe um edifício contratual, que as partes poderão, depois, destinar ao que lhes convenha: o tipo é formal. (CORDEIRO, 2018, p. 191).

Nada impede, prossegue o autor português, que um desses tipos formais seja utilizado fora da função para o qual fora concebido, citando como exemplo a adoção do arcabouço jurídico da locação (“locatio-conductio”) para a instrumentalização da locação financeira ou “leasing”.

É evidente, portanto, que as figuras contratuais atípicas sejam convertidas em típicas com o passar do tempo, e que determinadas figuras típicas venham a ser modificadas ou mesmo deixem de ser utilizadas nas contratações em geral. Esse fenômeno, normalmente reconhecido pelo Poder Legislativo depois da consolidação desses “tipos sociais” ou contratos atípicos culmina na conversão dessas novas figuras em ‘tipos legais’ ou contratos típicos.

Merece destaque o princípio da atipicidade dos contratos na medida em que ao contrário do que ocorre no âmbito do direito contratual, em outros setores do direito privado vigora o princípio da tipicidade ou “*numerus clausus*”, a exemplo do que ocorre quanto aos direitos reais e, no exemplo de Enzo Roppo (1988, p. 135), nas relações familiares quanto à formação dos vínculos matrimonial e de filiação.

Porém, mesmo naquelas hipóteses em que a tipicidade constitui regra, é imperioso constatar que a evolução da sociedade tende a constituir fraturas no tecido jurídico, capaz de elastecer os tipos fechados. Nesse sentido, as construções jurisprudenciais brasileiras quanto à equiparação da união estável ao casamento, o reconhecimento da juridicidade das uniões entre pessoas do mesmo sexo e de formas familiares não decorrentes do matrimônio e da ampliação das possibilidades de reconhecimento da filiação, sobretudo de caráter sócio-afetivo.

A limitação à liberdade contratual encontra outros limites além da legislação em sentido estrito: também constituem limites à autonomia contratual as decisões judiciais, providências das autoridades administrativas (limitações de preços, indicação dos sujeitos com quem é permitida a contratação etc.).

São essas, portanto, as fontes do regulamento contratual: vontade das partes, normas legais, decisões jurisdicionais e procedimentos das autoridades administrativas.

De qualquer forma, a vontade das partes é tida como mais importante fonte do regulamento contratual. Com efeito, pondera Enzo Roppo (ROPPPO, 1988, p. 144) que os elementos essenciais do contrato, correspondem aos termos básicos da operação econômica levada a cabo devem ser determinados consensualmente pelas partes, não havendo que se falar na existência de previsões substitutivas que tomem o lugar da vontade dos sujeitos privados.

Contudo, o estabelecimento do regulamento contratual pela vontade goza atualmente de limitações no âmbito do direito constitucional e dos direitos humanos. Pondera Maria Helena Diniz que:

[...] A autonomia privada como autorregulamentação de interesse só se justificaria se o contrato corresponder a uma função considerada socialmente útil pelo ordenamento.

O princípio da autonomia da vontade sofre, portanto, restrições trazidas pelo dirigismo contratual, que é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual. O Estado intervém no contrato, não só mediante a aplicação de normas de ordem pública (RT, 516:150), mas também com a adoção de revisão judicial dos contratos, alterando-os, estabelecendo-lhes condições de execução, ou mesmo exonerando a parte lesada, conforme as circunstâncias, fundando-se em princípios de boa-fé e de supremacia do interesse coletivo. (DINIZ, 2013, p. 146).

Nesse sentido, prossegue a aludida autora, foram consagrados pela doutrina e jurisprudência como princípios limitadores da regulamentação contratual o princípio da equivalência objetiva da prestação (justiça contratual ou equilíbrio econômico do contrato), o princípio da conservação dos contratos, princípio da relatividade dos efeitos do contrato e da boa-fé objetiva (DINIZ, 2013, pp. 147-154).

Quanto aos elementos acidentais, também denominados elementos não essenciais, sem prejuízo do estabelecimento do regulamento contratual pela autonomia da vontade, é possível que normas dispositivas e imperativas substituam o espaço da vontade das partes.

Assim, se os contratantes forem omissos em enriquecer o regulamento contratual com todas as previsões necessárias, o contrato será integrado por prescrições normativas. Dentre tais prescrições, as cláusulas contratuais típicas, tais como termo, condição e “modus” contam com previsão legislativa.

É importante que resulte de modo claro a relevância do papel da vontade dos contraentes na determinação de um regulamento contratual. Contudo, é a vontade manifestada, aquela socialmente cognoscível em sociedade que possui relevância jurídica. Dessa forma, a vontade declarada deve refletir fielmente os interesses e objetivos das partes, sob pena de constatação da simulação contratual.

Na simulação, ensina Maria Helena Diniz (DINIZ, 2013, p. 97), a vontade se conforma com a intenção das partes que combinam entre si no sentido de manifestá-la de determinado modo, com o escopo de prejudicar terceiro que ignora o fato.

Nos dizeres de Enzo Roppo:

[...] são muito significativos e importantes os casos em que o contraente declara como sua vontade contratual coisas que não correspondem à sua efectiva vontade [...] seja porque incorreu em erro sobre qualquer elemento essencial da operação (erro), seja porque foi enganado pela contraparte ou por um terceiro (dolo) seja porque recebeu ameaças constringindo-o àquela declaração, desconforme com os seus reais intentos (coacção). (ROPPO, 1988, p. 161).

Na constatação da vontade das partes, na captação da regulamentação contratual destaca-se a posição do juiz: de um lado, se colocam as hipóteses em que a norma que intervém na determinação do regulamento é suficientemente rígida e pontual no seu conteúdo. De outro lado, há hipóteses em que a determinação do regulamento depende de regras formuladas de modo genérico e elástico e que permitem ao juiz, o exercício de um amplo poder de valoração autónomo, a exemplo das noções de ordem pública, bons costumes etc. (ROPPO, 1988, p. 167).

Assim, também a interpretação contratual é relevante para a identificação concreta da regulamentação contratual, importando tanto quanto o texto objetivamente verificável os critérios de escolha entre os vários significados possíveis, seara afeta à atuação jurisdicional quando o conteúdo contratual se mostrar litigioso.

Destaca-se, nesse ponto, o que a doutrina define como fontes de integração do contrato, a exemplo da lei, dos usos e costumes e da equidade, sendo atribuição do juiz integrar o regulamento contratual sobre a base de princípios de equidade, fenômeno reputado pelo Civilista Italiano (ROPPO, 1988, p 175) como ampliação dos poderes do juiz.

Merecem referência como instrumentos para controle e formação do regulamento contratual a ordem pública, os bons costumes e outras cláusulas gerais reputadas relevantes pelo ordenamento jurídico.

A evolução da teoria contratual, a formação das figuras contratuais típicas e a consolidação das atípicas importam para a identificação do regulamento contratual. Da mesma forma, as fontes da regulamentação – autonomia da vontade, normas, atuação jurisdicional – importam para a identificação, implementação e limitação da autonomia da vontade – na criação de obrigações e direitos.

CONCLUSÃO

O direito contratual, cerne da autonomia da vontade, é o mais fértil “locus” para o exercício da liberdade criativa, encontrando-se em constante evolução.

Os contratos funcionam e se aperfeiçoam com a mesma velocidade que a vida em sociedade e não estão – e nem poderiam estar – limitados às amarras rígidas da lei formal. O Direito não evolui na mesma velocidade que as demandas sociais e o contrato, enquanto genuína manifestação da vontade das partes, estabelece sempre direito novo para as relações concretas, apresentando a oxigenação que o ordenamento jurídico formal muitas vezes não pode prontamente estabelecer.

A identificação do problema da regulação contratual, de pontos típicos e atípicos nas figuras contratuais, enfim, a delimitação do sentido de disposições plurissignificativas e a limitação da autonomia da vontade das partes constituem o desafio do direito contemporâneo. Ordens constitucionais, direitos humanos, interesses socioeconômicos são fatores que devem influir nas relações contratuais, seja na criação, aplicação e extinção dos vínculos contratuais.

A vontade, antes livre criadora do direito entre as partes, passa a ser vista como instrumento do interesse social: o regulamento contratual deve ser construído a partir de balizas que considerem os princípios do direito, as normas de ordem pública e a função social do contrato.

REFERÊNCIAS

- CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil. *Direito das Obrigações: Contratos. Negócios Unilaterais*. Volume VII. 1 ed do tomo II da parte II de 2010. Coimbra: Almedina, 2018.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. Volume 1. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

RELEITURA ESSENCIAL SOBRE A RELAÇÃO JURIDICA CONTRATUAL

ESSENTIAL RELEASE ON THE CONTRACTUAL LEGAL RELATIONS

GT1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

DÉBORA VIEIRA TORRES

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Advogada. E-mail: dra.deboratorres@gmail.com

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

Doutora em Direito pela PUC/SP. Docente permanente do programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília. Advogada. E-mail: jussara@bflaw.adv.br

RESUMO

O presente estudo, a partir do método comparativo, apresenta reflexões acerca da necessidade de modificação da relação jurídica contratual frente à evolução do direito subjetivo passivo ou de débito. Neste sentido, observa-se imperioso uma modernização não só no contrato escrito como também na concepção que se tem sobre o instituto, sendo necessária no sentido de atingir a função social do contrato, bem como o equilíbrio das próprias relações contratuais, garantindo assim uma maior segurança jurídica às partes envolvidas na relação. A partir da análise comparativa entre os diversos conceitos do instituto e sua evolução temporal, fica evidente a necessidade de modernização da relação contratual, para que esta continue a existir de forma saudável e protegida pelo ordenamento jurídico. Assim, mediante a pós modernização da relação contratual, baseada nos princípios constitucionais, é possível garantir certa proteção ao titular ativo e titular passivo, abandonando-se a velha terminologia credor e devedor, bem como preservar a boa fé contratual, resultando em uma maior segurança jurídica, na qual contrato seguro é o contrato de boa-fé.

Palavras-chave: Contrato. Equilíbrio. Modernização.

ABSTRACT

The present study, based on the comparative method, presents reflections on the need to modify the legal contractual relationship with the evolution of the subjective right of liability or debt. In this sense, a modernization is imperative not only in the written contract but also in the conception of the institute, which is necessary in order to achieve the social function of the contract, as well as the balance of the contractual relations themselves, thus ensuring a greater the parties involved in the relationship. From the comparative analysis between the various concepts of the institute and its temporal evolution, it is evident the need to modernize the contractual relationship, so that it continues to exist in a healthy way and protected by the legal system. Thus, through post modernization of the contractual relationship, based on constitutional principles, it is possible to guarantee some protection to the passive holder and active owner, abandoning the old creditor and debtor terminology, as well as preserving contractual good faith resulting in greater legal certainty, in which insurance contract is bona fide contract.

Keywords: Contract. Balance. Modernization.

INTRODUÇÃO

A relação jurídica contratual necessita ser revista em razão da evolução do direito brasileiro, bem como pela modificação de conceitos ultrapassados baseados em princípios constitucionais e cíveis. Isto é, a nova vocação jurídica constitucional brasileira busca atribuir dignidade ao homem contratante, tutelando não só os interesses individuais (credor), mas também os coletivos (devedor e credor).

No mesmo sentido, a igualdade material deve ser mantida no plano civil, não permitindo um tratamento jurídico diferenciado entre os contratantes. Ainda que o Código Civil publicado no ano de 2002 tenha previsto a possibilidade de efetivar a revisão contratual pelo mais vulnerável, no caso tratado, o credor passivo, tal fato não é visto de forma imparcial, sendo por vezes dificultado o exercício de referido direito ao titular. Neste caso, é imperioso a intervenção do Poder Judiciário, revisando as relações contratuais que se mostram claramente abusivas, independente da área do direito que se

dirijam, mas desde que viole a boa-fé e a equidade contratual, velando pelo equilíbrio nas relações.

Desta forma, é possível manter equilíbrio contratual necessário para a realização do negócio jurídico pretendido, garantindo uma segurança jurídica não sob o fundamento da vontade entre os titulares, mas pautado no pós-moderno da boa fé contratual.

1 RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL: DECADÊNCIA DO MODELO CONTRATUAL BASEADA NO DIREITO SUBJETIVO DE CRÉDITO

Para analisar a necessária evolução da relação jurídica contratual, primeiramente deve-se entender a decadência do modelo contratual, antes praticado, baseando-se somente no direito subjetivo de crédito e dever jurídico de pagamento.

O direito subjetivo é fruto da construção de juristas do século passado, relacionando-se estreitamente com a filosofia individualista e liberal da época, hoje superada. Todavia, não se pode desconsiderá-lo, ante o enraizamento do uso que o instituto apresenta na doutrina e jurisprudência.

Assim, nas palavras de Paulo Nalin (2001), o direito subjetivo é um prolongamento do indivíduo, ideia amplamente vinculada a possibilidade de apropriação de bens e de uma lista de bens apropriáveis pelo indivíduo, revelando-se o caráter egoístico de um direito proprietário não funcionalizado.

Por conta dessa origem individualista, o direito subjetivo passou a ser entendido como o poder, o querer, favorecendo invariavelmente o credor nas relações jurídicas, e deixando o devedor em situação de extrema vulnerabilidade. A definição clássica de relação jurídica de crédito tem por base o direito subjetivo como sendo estritamente a relação da vida social disciplinado pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa de um direito subjetivo e a correspondente imposição à outra pessoa de um dever ou de uma sujeição (1997 *apud* NALIN, 2001).

Desta forma, é preciso entender o conceito do direito subjetivo, sendo necessário aplicá-lo em um ambiente moderno, sob o enfoque do direito coletivo, que priorize um ambiente jurídico valorizando o contrato solidário, isto é, aquele que preserva a boa-fé.

2 SITUAÇÃO JURÍDICA SUBJETIVA E CONTRATO PÓS MODERNO

A relação jurídica contratual, nada mais é, do que uma série de situações jurídicas subjetivas relacionadas. Isto é, de um lado o credor e de outro o devedor, ambos com inúmeros poderes e deveres obrigacionais, configurados na forma de direitos subjetivos, não podendo se limitar apenas este ao direito de pagar e aquele, ao direito de receber.

Nas palavras de DUGUIT, a situação jurídica se ocupa da destinação de um bem determinado a um fim determinado, individual ou coletivo, tutelado pelo Direito mediante um sistema de sanções (FROSINI, *op. cit.* p.469).

De forma mais específica e direcionada ao campo do Direito Civil, o instituto pode ser apreciado sob vários aspectos, conforme PERLINGIERI ensina - sob o enfoque de seu efeito, em razão de cada situação decorrer de um fato jurídico; sob o ângulo do interesse, podendo resultar no individual ou coletivo e outros; sob o perfil dinâmico com a realização de uma situação jurídica subjetiva, isto é, a ocorrência de um ato ou negócio jurídico; sob o funcional, decorrendo do papel que o contrato desempenha, como a função social deste, por exemplo; e finalmente, mas não menos importante, sob o aspecto normativo, conforme a relevância normativa fundamentada no próprio ordenamento jurídico.

Colocada tais premissas, a situação jurídica deve ser analisada compreendendo todos os aspectos acima explanados, e não apenas a partir de uma análise simplista da relação obrigacional de crédito e débito. De forma prática, ao exercer o poder da relação, o titular ativo deve se atentar a certas cautelas, tal como em evitar qualquer tipo de lesão à situação passiva contraposta.

Desta forma, apenas o direito subjetivo não é suficiente para realizar a vocação constitucional do contrato moderno, devendo ser compreendido como mero exercício da vontade contratual dos titulares da relação jurídica. Logo, a interpretação só pode ocorrer no contexto todo, sob pena da interpretação contratual contrariar a atual Constituição, se realizado em partes.

Portanto, considerando que a titularidade da relação jurídica é o vínculo entre o sujeito e situação jurídica na qual figuram, não é indicado a utilização das terminologias credor e devedor, devendo, para tanto, inutilizá-las e substituí-las, por - titular ativo e titular passivo, respectivamente, sendo estas mais coerente e adequada a aplicação do conceito pós moderno do contrato.

3 SEGURANÇA JURIDICA: NOVA BASE CONTRATUAL

O contrato jurídico, em regra, deve conferir segurança às partes, baseada na possibilidade de reaver, fundamentado no ordenamento legal (direito material), o direito que nele se assegura.

Todavia, com a evolução constante do direito, surgem alguns fenômenos que maculam referida segurança, tais como as lacunas do Direito, as contradições dos princípios e dispositivos legais, a existência de normas em branco, cláusula injusta e antinomias, tornando todo contrato novamente imprevisível e inseguro.

A partir deste momento, surge um novo perfil de segurança jurídica contratual, a qual considera a abertura do sistema privado, para que o julgador ou o intérprete localize no ordenamento legal, calcado na vocação constitucional solidária, a base para sua fundamentação. Assim, será considerada a justiça social contemporânea fundado no equilíbrio das obrigações reciprocamente analisadas.

Contudo, a segurança não é mais aquela positivada e expressa como antes, mas sim algo concreto e investigativo, cabendo a análise de cada caso em sua particularidade, considerando a minúcia do contrato e os resultados obtidos com o mesmo.

Cabe esclarecer que a segurança almejada pelo titular de uma obrigação contratual é aquela em que poderá cumprir a parcela avençada, sem se assustar com cláusulas abusivas, juros exorbitantes e posicionamentos contrários a boa-fé.

Logo, a garantia constitucional está presente em todos os momentos da complexa obrigação contratual, e não apenas no fim, como costumeiramente. Assim, deve-se considerar o contrato como um todo e não apenas parcialmente, em seus inúmeros desdobramentos objetivos e subjetivos, inclusive em seu contínuo equilíbrio.

A segurança jurídica saiu do patamar da vontade entre as partes e, no contrato pós moderno, é alicerçada sob o paradigma da boa fé. Assim, contrato seguro é aquele que respeita os interesses do titular ativo e passivo, sem que um se sobreponha ao outro.

CONCLUSÃO

A relação jurídica contratual existente não se baseia objetivamente no conceito originário de direito subjetivo de crédito *versus* direito passivo de débito. Essa ideia deixa de guardar referência à igualdade material prevista na Constituição Federal

vigente, como também não atribui dignidade ao homem, ora contratante, vez que ignora um comportamento contratual solidário (social), tutelando somente os direitos do credor. Referido tratamento desigual é presente na maciça jurisprudência, na qual o devedor (parte mais vulnerável) que requer a revisão contratual (ainda que previsto legalmente) é taxado de modo preconceituoso – ensinando que o único “direito” que lhe cabe é o de adimplir com o contrato, sem nenhuma possibilidade de revê-lo.

O dever do órgão judiciário é conceder a chance do individuo mais vulnerável na relação, requerer a revisão do contratual, independente da posição que ele ocupa na relação negocial, desde que oposta à boa-fé e à equidade. É dever do judiciário tutelar o equilíbrio contratual, sem pré-julgar nenhuma das partes, olvidando o antigo conceito de direito subjetivo de crédito e débito.

O direito subjetivo difere da situação jurídica subjetiva, sendo o primeiro apenas o mero exercício do poder/querer contratual dos titulares (ativo ou passivo) da relação jurídica. Assim, sugere-se o afastamento das terminologias credor e devedor, substituindo-as pelas expressões - titular ativo e titular passivo, na qual a titularidade é o liame entre o sujeito e a situação jurídica que se incluem.

Apresenta-se então um novo conceito ao instituto da segurança jurídica contratual, na qual deverá considerar a abertura do sistema privado, possibilitando ao legislador ou intérprete encontrar, na vocação constitucional solidária, o seu fundamento. Deverá ainda, reconhecer a justiça contratual contemporânea, alicerçada no equilíbrio das obrigações recíprocas consideradas entre o titular ativo e passivo. Assim, a segurança jurídica deixa de considerar a vontade entre as partes como requisito de validade, sendo alicerçada sob o paradigma da boa fé, configurando um contrato seguro aquele que respeita os interesses do titular ativo e passivo.

REFERÊNCIAS

TIMM, Luciano Benetti. *Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica.*

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil - constitucional.* Curitiba: Juruá, 2001.

LIBERALISMO ECONÔMICO E AS PRIVATIZAÇÕES DE ESTATAIS NACIONAIS

ECONOMIC LIBERALISM AND NATIONAL STATE PRIVATIZATION

AUTOR

CRISTIAN ALBERTO GAZOLI DA ROCHA – cristianrochaa@hotmail.com

COAUTORA

DAIANA FLORES – UNIMAR – daianafloresnana@yahoo.com.br

COAUTOR

JULIANO JUNG – UNIMAR – julianojung@yahoo.com.br

ORIENTADORA

DRA. MARIANA RIBEIRO SANTIAGO – UNIMAR –
mariana@nbsadvogados.com.br

RESUMO

O presente Trabalho aborda a grande discussão no atual cenário nacional sobre a adoção de uma política econômica mais liberal (em contraponto a uma economia conservadora em determinados setores), a qual passa pelo tema chave das privatizações das estatais nacionais. O tema, apesar de complexo apresenta pontos positivos e negativos. O objetivo, central do artigo é, trazer à discussão a essência do impacto econômico das privatizações e a reação do mercado frente a essa possibilidade. A escolha do tema se justifica à medida que, quanto mais organizado se mostra um Estado no âmbito social, jurídico, político e econômico, maior será o seu nível de desenvolvimento. Frisando que essas quatro ordens interligam-se, formando uma cadeia, cujo fim, é o bem-estar social. Como conclusão, entende-se que, numa vertente liberal econômica, o intervencionismo estatal, apesar de atualmente ainda ser adotado em alguns setores, vem perdendo força no cenário nacional.

Palavra-Chave: Estatais Nacionais. Liberalismo Econômico. Privatizações.

ABSTRACT

The present paper deals with the great discussion in the current national scenario regarding the adoption of a more liberal economic policy (as opposed to a conservative economy in certain sectors), which goes through the key theme of the privatizations of the national state. The theme, although complex has both positive and negative points. The central objective of the article is to bring to the discussion the essence of the economic impact of privatizations and the market reaction to this possibility. The choice of theme is justified as the more organized a state appears in the social, legal, political and economic spheres, the greater its level of development. These four orders intertwine, forming a chain, the end of which is social welfare. As a conclusion, it is understood that, in a liberal economic aspect, state interventionism, although currently still adopted in some sectors, has been losing strength in the national scenario.

Keyword: National Statements. Economic Liberalism. Privatizations.

INTRODUÇÃO

As constantes transformações globais nos levam, necessariamente, a um reestudo dinâmico da economia nacional. Sendo assim, um modelo econômico deve ser adotado ou mesmo substituído. A problemática do artigo nos faz refletir se, o liberalismo econômico seria um modelo mais efetivo que o conservadorismo adotado em determinados assuntos atualmente no Brasil? Caso positivo, poderia haver a venda de estatais nacionais proporcionando um impulso econômico, ou mesmo uma melhora?

Justifica-se para tanto o estudo sobre o tema, pontuando pontos positivos e negativos, com o objetivo de, ao final, elaborarmos uma crítica construtiva de desestatização. Ainda, foi adotado o método de abordagem dedutivo, traçando um paralelo simultâneo entre o fato concreto e a teoria, cujo resultado se deu com o confronto de ambos. A pesquisa teve como fonte a doutrina, artigos científicos e dados coletados dos órgãos estatais, tais como BNDES, Ministério do Planejamento e Tesouro Nacional.

1 LIBERALISMO ECONÔMICO

Cada Estado enquanto nação possui a autonomia necessária para estabelecer um melhor modelo de administração econômica, a qual caminha paralelamente com as decisões e ações de seus governantes. Não obstante, deverá, dentre as opções mais conhecidas, escolher entre uma economia conservadora (de maior intervenção estatal) ou uma economia mais liberal (de menor intervenção estatal).

O Conservadorismo utiliza uma doutrina ou atitude favorável à perpetuação dos padrões existentes, é oposta, portanto, à mudança, exercendo uma função básica em qualquer sociedade (BRAGA, 1997, p. 187). Liberalismo, por sua vez, propõe, um Estado que devia ser mínimo, apenas intervindo na vida social e no mercado para assegurar as condições estritamente necessárias para que a sociedade e a economia atuassem por si, justamente a ordem da autorregulação própria da lógica racionalista, coincidente com a lógica da autorregulação do mercado (COELHO, 2006, p. 180). O princípio do Neoliberalismo, é a diminuição dos gastos públicos, ao se apresentar como alternativa de projeto econômico ou de modelo de desenvolvimento, especialmente em países com histórico de grande presença do Estado na economia (MARIANO, 2012, p.80). Já a Social-Democracia, consiste, basicamente, num guardião da propriedade privada e com um aparato público capaz de conceber, implementar e financiar programas e planos de ação destinados a promover os interesses sociais coletivos de seus membros (BOTTOMORE; OUTHWAITE, 1996, p. 260).

A ideia de liberalismo não pressupõe o descarte total da intervenção estatal, contudo, esta se daria somente quando estritamente necessária, pois se, admite que, as leis do mercado seriam suficientes ao pleno desenvolvimento social e econômico, criando, portanto, um auto-equilíbrio sustentável. A base principal do Neoliberalismo, o mercado, torna-se, assim, uma barreira ao Estado, pois atuaria de forma livre, concedendo ao particular uma liberdade individual.

A partir dos anos 2015 e 2016, a deterioração dos cenários político e econômico produziu uma das maiores recessões da história econômica brasileira. Em termos anuais, os recuos foram de 3,5%, tanto para 2015 como para 2016. Em termos trimestrais, houve queda em todos os trimestres, com destaque negativo para o segundo trimestre de 2015, quando a economia contraiu 1,9% (TINOCO, GIAMBIAGI, 2018, p.12).

Lembramos que, somente durante o Século XIX, especialmente após a emancipação política em relação à Lisboa, o liberalismo encontrou no Brasil a possibilidade de locupletar-se como ideologia dominante. Se durante o período de vigência do modelo primário-exportador do país independente – de 1822 até o início da quarta década do século XX – o liberalismo se fez presente ao menos no que tocava à política comercial, não se pode afirmar que, do ponto de vista político e social, o país viveu, de fato, sob a égide de um modelo liberal. Daí a plausibilidade da conhecida tese de Schwarz (1992), para quem o liberalismo, no Brasil, era uma ideologia “fora de lugar” (MARTINS; SALOMÃO, 2018, pag. 61).

O liberalismo e a democracia, são pressupostos que se conciliam, porém são conceitos distintos. O primeiro se atém ao poder estatal; e o segundo, é quem detém o poder. O estado democrático de direito não deve vincular-se a interesses políticos individuais, mas coletivos, os quais receberam tratamento especial pela Constituição (a proteção da livre iniciativa; da propriedade e seu fim social; livre concorrência; consumidor; meio ambiente; proibição de abuso de direito; redução das desigualdades e busca do pleno emprego). O atual texto constitucional brasileiro assegurou, através de princípios, a democratização econômica e social.

2 AS PRIVATIZAÇÕES DAS ESTATAIS

Grande repercussão na atualidade se observa quanto às privatizações das estatais, a fim de criar um mercado econômico mais ativo e liberal.

O ponto negativo se nota pela grande perda de arrecadação orçamentária, lembrando que, somente o conglomerado de cinco das estatais brasileiras – Petrobras, Eletrobrás, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal – registraram um lucro de R\$ 15,1 bilhões no primeiro trimestre de 2018, uma alta de 44,8% na comparação com o mesmo período do ano passado (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, 2018). Ainda, no mesmo sentido, poderíamos argumentar que as privatizações criariam de certa forma, um ambiente não concorrencial, visto que, os investimentos em determinados setores seriam elevados e com riscos consideráveis.

De forma ilustrativa, imagine-se uma empresa que desejasse ser concorrente da Petrobras na exploração de petróleo. Qual seria o tamanho de seu investimento? Qual o risco de mercado assumido por essa empresa (pós-ciclo de corrupção constatado)? É possível concluir que existe o risco de compra por parte do mercado estrangeiro nas privatizações. Nesse ponto acreditamos que a solução mais sensata seria criar uma barreira jurídica a esses investimentos alienígenas, criando exclusividade a uma empresa de capital nacional, conforme disposto no art. 172 da CF/88, haja vista o interesse nacional.

Dentre os fatores positivos, está o pagamento da astronômica dívida estrangeira do Brasil e do déficit público, utilizando a receita obtida com as privatizações, ou seja, a privatização de ativos públicos como a principal fonte de recursos não-inflacionários para financiamento do déficit público. Além de complementar as receitas correntes com o resultado das vendas, o processo de privatização reduz as necessidades de financiamento do setor público (NFSP) em duas vertentes. Na primeira, diminui a necessidade de emissão de papéis (títulos ou moeda) para financiar gastos correntes; na segunda, reduz a dívida em virtude da troca de títulos públicos por ações das empresas privatizadas (FILHO; OLIVEIRA, 1996, p. 9). Por fim, haveria a transferência do passivo das empresas privatizadas aos compradores, ressaltando que, entre 1991 e 2001, o governo brasileiro transferiu ao setor privado o controle de mais de cem empresas estatais e participações minoritárias em várias companhias. Esses leilões geraram US\$ 67,9 bilhões em receitas, mais US\$ 18,1 bilhões em dívidas transferidas aos compradores, constituindo um dos maiores programas de privatização do mundo (NETO; FILHO; CARVALHO; MACEDO, 2005, pag. 152).

Outrora, as privatizações tornariam o Brasil um país mais globalizado, eliminando barreiras à produção e a novas tecnologias. Portanto, flexibilizaria e desburocratizaria as relações de consumo, tornando nossa economia mais emergente. Temos que, vivemos em um mundo de transformações, que afetam quase todos os aspectos do que fazemos. Para o bem ou para o mal, estamos sendo impelidos rumo a uma ordem global que ninguém compreende plenamente, mas cujos efeitos se fazem sentir sobre todos nós (GIDDENS, 2003, p.17).

A reação do mercado financeiro frente às privatizações mostra-se positiva. Tomando como exemplo a recente privatização da Eletrobrás (usina que produz um terço da energia consumível no Brasil), as ações da estatal, a época de sua venda, fecharam com valorização de 49,3%, e o valor de mercado da companhia saltou, em um só dia, cerca de R\$ 9 bilhões para R\$ 29 bilhões, onde a Bolsa de São Paulo subiu 2,01%, ultrapassando, pela primeira vez, desde 2011, o patamar de 70 mil pontos (NAKAGAWA; RODRIGUES; CARVALHO, 2017, p.B1).

O Estado absorveu a execução de uma série de tarefas, o que, em um primeiro momento fortaleceu setores estratégicos e garantiu benefícios à sociedade em nome do

bem comum, mas, em um segundo momento, passou a oprimi-la por meio de ostensiva intervenção e consequente supressão da livre iniciativa (MACHADO, 2014, pag. 102).

CONCLUSÃO

Acreditamos que o liberalismo econômico é o melhor modelo a ser adotado na atualidade, sendo que, as privatizações das estatais nacionais trariam melhorias significativas no âmbito econômico.

A política econômica atual deve ser agressiva no intuito de combater a dívida estrangeira do Brasil e o déficit público existente, que encerrou 2017 em R\$ 3,559 trilhões, devendo ficar entre R\$ 3,78 trilhões e R\$ 3,98 trilhões em 2018 (TESOURO NACIONAL, 2017). Sendo assim, sacrifícios deverão ser feitos, dentre eles a venda das estatais como forma de parte do pagamento da dívida externa e do déficit público, criando por consequência reflexos positivos, dentre eles a desoneração de eventuais dívidas das estatais existentes, ou seja, a venda também incluiria o passivo das empresas.

No âmbito jurídico, defendemos que existe uma grande inconstitucionalidade das atividades das empresas Estatais, pois o Estado com o rótulo de interesse nacional se coloca como verdadeiro empresário que explora a atividade econômica de forma exclusiva (monopólio), criando um grande retardo no âmbito econômico e tecnológico. Qual o interesse nacional para a exploração de atividades de correspondências (Correios)? Na nossa visão, nenhuma.

REFERÊNCIAS

BOTTOMORE, Tom e OUTHWAITE, William. *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1996, p. 260.

BRAGA, Fernando. Conservadorismo, liberalismo e socialdemocracia: um estudo de direito político. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília – DF, a. 34, n. 133, jan./mar. 1997. p. 187. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/205/r133-18.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 19 set 2018.

BRASIL. *MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO*. Pub 21 jul. 2018. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/economia-e-financas/2018/06/lucro-das-estatais-aumenta-44-8-ao-atingir-r-15-1-bilhoes-no-primeiro-trimestre>>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. *TESOURO NACIONAL*. Limites para a Dívida Pública Federal em 2018 vão de R\$ 3,78 trilhões a R\$ 3,98 trilhões. Pub jan. 2018. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/limites-para-a-divida-publica-federal-em-2018-vao-de-r-3-78-trilhoes-a-r-3-98-trilhoes>>. Acesso em: 26 set. 2018.

COELHO, André Felipe Canuto. O estado liberal: entre o Liberalismo Econômico e a necessidade de regulação jurídica. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados – MS, v. 8, n. 15, Jan./Jun. 2006. p. 180. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/15/artigos/09.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

FILHO, José Coelho Matos; OLIVEIRA, Carlos Wagner de A. *O processo de privatização das empresas brasileiras*. Brasília – DF, Pub maio 1996, p. 9. Disponível em <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0422.pdf> Acesso em: 25 set 2018.

- GIDDENS, Anthony. *O mundo em descontrole*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003. p. 17.
- MACHADO, Fernando Moreno. Desestatização e privatização no Brasil. *Revista Digital de Direito Administrativo*. São Paulo. v. 2, n. 1, p. 102. Pub 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/cliente/Downloads/85646-Texto%20do%20artigo-127254-2-10-20150318.pdf>. Acesso em: 26 set. 2018.
- MARIANO, Jefferson. *Introdução a economia brasileira*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.80.
- MARTINS, Rafael Castro; SALOMÃO, Ivan Colangelo. De ideias e lugares: uma história do liberalismo econômico no Brasil oitocentista. *Revista de Estudos Sociais*. Cuiabá – MT. v. 20, n. 40, pag. 61, 2018. Disponível em: <<http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/res/article/view/6282/html>>. Acesso em: 19 set. 2018.
- NAKAGAWA, Fernando; RODRIGUES, Eduardo; CARVALHO, Renato. Estadão. *Ação da Eletrobrás sobre 49% e ministro fala em fim de ingerência política*. São Paulo. n. 45235, p.B1. Pub 23 ago. 2017. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-da-eletobras-no-externo-disparam-com-expectativa-de-privatizacao,70001945566>>. Acesso em: 26 set. 2018.
- NETO, Francisco Anuatti; FILHO, Milton Barossi; CARVALHO, Antonio Gledson de; MACEDO, Roberto. Os efeitos da privatização sobre o desempenho econômico e financeiro das empresas privatizadas. *Revista Brasileira de Economia*. Rio de Janeiro, vol. 59, n. 2, pag. 152. Pub abr./jun. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402005000200001>. Acesso em: 25 set. 2018.
- TINOCO, Guilherme; GIAMBIAGI, Fabio. *O crescimento da economia brasileira*. BNDES: Brasília-DF. Pub abr. 2018, pag.12. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/14760/1/Perspectivas%202018-2023_P.pdf> Acesso em: 05 dez. 2018.

O ESCOPO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO E DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

THE CONTEMPORARY CONTRACTUAL SCOPE AND DETERMINATION OF CIVIL LAW

GT1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

LUIZ EDUARDO BARBOSA JUNIOR

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto. Empresário. E-mail: jr.luizeduardo@gmail.com

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

Doutora em Direito pela PUC/SP. Docente permanente do programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília. Advogada. E-mail: jussara@bflaw.adv.br

RESUMO

O estudo se desenvolve a partir do método comparativo, com reflexões principiológicas, tendo base em conceitos constitucionais, com a precípua da dignidade e dos fundamentos da Constituição Federal de 1988. Versa sobre a necessidade de um novo escopo contratual, com a transição, mesmo que gradual e com certa resistência, do patrimônio pela valorização do ser humano e sua dignidade. A premissa que há na invalidação caso desconsideração do homem como centro das atenções constitucionais no contrato, justifica os valores da dignidade e solidariedade, conforme Carta Magna. Diante da análise comparativa entre os princípios jurisdicionais e decisões jurisprudenciais, fica claro a imensa evolução do conceito contratual bem como a acertada coexistência de diversos conceitos acerca do contrato, trazendo maior valorização do ser humano, em respeito ao princípio da dignidade humana e a solidariedade, bem como a despatrimonialização tratada, na qual o enfoque é dado ao ser e não ao ter, importando o ser humano, sem desconsiderar totalmente o patrimônio, mas não dando menor importância a este, do que àquele. Assim, o contrato apresenta diversos conceitos que coexistem bem como sua evolução posicionou o homem centralizado. Todavia, sua transformação é constante, bem como todo o conteúdo exposto brevemente será superado, em razão da contínua evolução temporal somado ao desenvolvimento do próprio Direito, que, diga-se de passagem, é progressivo.

Palavras-chave: Contrato. Indivíduo. Patrimônio.

ABSTRACT

The study develops from the comparative method, with principles reflections, based on constitutional concepts, with the pre-eminence of the dignity and fundamentals of the Federal Constitution of 1988. It is based on the need for a new contractual scope, with the transition, even if gradual and with some resistance, of the heritage by the valorization of the human being and his dignity. The premise that there is in invalidation, in case the disregard of man as the center of constitutional attention in the contract, justifies the values of dignity and solidarity, according to the Magna Carta. In view of the comparative analysis between the jurisdictional principles and jurisprudential decisions, it is clear the immense evolution of the contractual concept as well as the correct coexistence of several concepts about the contract, bringing greater appreciation of the human being, with respect to the principle of human dignity and solidarity, as well as the treated despatrimonialization, in which the focus is given to being and not having, importing the human being, without totally disregarding the patrimony, but giving no less importance to this, than to that. Thus, the contract presents several concepts that coexist as well as its evolution positioned the centralized man. However, its transformation is constant, and all the content exposed briefly will be overcome, due to the continuous temporal evolution added to the development of Law itself, which, by the way, is progressive.

Keywords: Contract. Individual. Patrimony.

INTRODUÇÃO

O tema aborda os contratos em sua forma contemporânea e a despatrimonialização do Direito Civil, analisando as mudanças e posicionamentos que se tem alcançado. No qual o ser humano e sua dignidade começam a tomar o papel de maior destaque. Mudando o lado econômico, mesmo que com resistência, para secundário.

Diferentes posicionamentos, sejam de doutrinadores ou decisões do Superior Tribunal Federal, permitem um entendimento e reflexão mais profunda do tema proposto.

Os contratos como instrumento de movimentação financeira, tem a função de circular riquezas, porém, seu momento atual inspira legitimidade social.

A despatrimonialização do Direito Civil, caminha na mesma direção, não ignorando a função econômica das coisas, mas reconhecendo a prevalência do ser humano face ao patrimônio.

Desta forma, objetivando sua formulação dentro da perspectiva civil-constitucional na pós-modernidade, as mudanças nos contratos e a despatrimonialização do Direito Civil nos colocam em análise com o eu antes do ser.

1 REALIZAÇÃO DOS VALORES EXISTENCIAIS DO HOMEM

A relação contratual contemporânea não tem como principal função a circulação de riquezas encontrando sua legitimidade na observação à livre-iniciativa constitucional, que busca por sua vez, conformidade com a justiça social e principalmente à dignidade humana.

Para AUTORINO (1997, p.5) “o deslocamento do foco de interpretação do contrato do Código Civil para um sistema Civil-Constitucional” é que torna o homem sob a perspectiva constitucional, o objeto central do ordenamento; a denominada visão antropocêntrica. Porém, o Direito Civil trabalha com a visão ecocêntrica. Abrindo espaço para um paradoxo, no qual o constitucionalismo destrói o individual e simultaneamente coloca o homem no centro, enfatizando o homem existencial e não o econômico.

Segundo WEIMAR (1919), citado por NALIN (2001, p.246), contratar com liberdade só é possível, só e somente só, se observada a lei. Resultando em uma liberdade parcial, a serviço dos escopos.

A definição sintetizada e defendida por PERLINGIERI (1990, p.43), por sua vez, consiste no contrato como uma relação de cooperação com o interesse patrimonial do credor, figurando como principal, porém respeitando a dignidade da pessoa humana e seus valores.

Esse novo contexto pós-moderno, centraliza o homem, na sua dignidade como ser humano, mesmo que não explicitamente. Na Carta Constitucional brasileira, tais valores de cunho social estão presentes, já no âmbito prático, vem precedido sempre pela função econômica contratual, devida resistência da cultura brasileira.

Conforme TEPEDINO (1999, p.215), mesmo o consumo sendo atingido pela constitucionalização, onde o consumidor assume o papel importantíssimo através do novo modelo contratual da constituição de 1988 (Art. 170, inc. V), instala-se um “gueto legislativo”, com as aplicações das relações de consumo ignoradas e praticamente nulas, seguindo a forma do Direito Privado na sua raiz clássica.

Segundo NALIN (2001, p.249), não é admissível contrariar a Carta Magna em razão de que, embora não se configure uma típica relação de consumo, o núcleo entende-se pelo titular, contrariando o Direito privado clássico, que opta por figurar como crédito.

O homem é tido como o centro constitucional, invalidando contratos que não façam valer tal fundamento, ainda que virtualmente nulos. Também inválido, as decisões que desconsidere tais valores constitucionais, isto é, a dignidade e solidariedade protegidos pela Lei Maior.

2 DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E DO CONTRATO

Não é necessário negar o caráter patrimonial das relações obrigacionais, ainda que não-onerosas, para configurar-se a chamada despatrimonialização. Nos contratos contemporâneos e no Direito Civil, a despatrimonialização encontra seu ressignificado, dentro de uma renovação, na qual a maior atenção é dada ao sujeito e não a sua produção.

PERLINGIERI (1988, p.176) aponta que a despatrimonialização é a causadora da mudança que vem sucedendo com o personalismo, qual seja, a superação do individualismo e do patrimonialismo, sendo a patrimonialidade superada. Muda-se drasticamente o ter para o ser, trocando o patrimonial pelo individual, encontrando um liame com a dignidade da pessoa humana. Elucida ainda que o homem encontra livre desenvolvimento quando se despatrimonializa, com valores da dignidade da pessoa humana e em função social do contrato. Assim, permite que se ocorra a autonomia contratual, não somente de riquezas, mas ajustando-se ao desenvolvimento do contratante, como pessoa.

Por fim, a despatrimonialização figura como a sensibilidade do direito contemporâneo, em sua forma legislativa, doutrinária e jurisprudencial, envolvendo diversos ângulos do direito, qual seja, o constitucional cível e consumidor, entre outros.

CONCLUSÃO

Afirmar a existência de um único conceito ao contrato seria totalmente descabido, em razão das múltiplas formas contratuais da atualidade. Fica inválido apenas um conceito de contrato, o que se desenha são vários modelos, que coexistem, oriundos do modelo clássico, com estruturas contratuais desconstruídas e atualizadas.

A evolução temporal contemporânea faz com que o contrato antes válido e tido por um só conceito, seja modificado no que se refere aos seus valores fundamentais, visto que hoje se fundamenta a partir da dignidade do ser humano, tendo-o como o centro de sua existência.

Despatrimonializar o Direito Civil é a mesma tendência dos contratos contemporâneos. Com uma prevalência do sujeito (o ser humano) face ao patrimônio pessoal, mudando assim, o patrimonialismo pelo pessoalismo, em um processo lento na prática, trocando a base lógica individual do ter pelo ser, ligando-se a dignidade da pessoa humana e solidariedade.

Assim, o ser humano vai aos extremos mais uma vez, colocando algo, no caso “o ser”, em evidência e esquecendo o que ficou em segundo plano, “o ter”. Até que se dê falta do que ficou omitido e recomesse um processo de verticalização contrária. Tanto os contratos como o Direito Civil estão em processo de humanização, porém, não há de se negar que a problemática apresentada, seria de veras resolvida com um ponto de equilíbrio, tendo em vista a necessidade do lado econômico estar presente. O ter e ser devem caminhar juntos e equilibrados, uma busca com mais sentido para o desenvolvimento e aprendizado do homem atual.

REFERÊNCIAS

- AUTORINO, Gabriella e STANZIONE, Pasquale. *Diritto civile e situazione esistenziali*. Torino: Giappichelli, 1997.
- NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil - constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. “*Despatrimonializzazione*” e *diritto civile*. Scuole, tendenze e metodi: problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.

PERLINGIERI, Pietro. *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ESTADO E ORDEM ECONÔMICA: REFLEXOS NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

STATE AND ECONOMIC ORDER: REFLECTIONS IN LEGAL BUSINESS

GT1 - EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA.

ANTONIO GILBERTO PIGHINELLI JUNIOR

Mestrando em Direito pela Unimar. E-mail: gilberto@gilbertopighinelli.adv.br

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

E-mail: jussara@bflaw.adv.br

RESUMO

Esta revisão bibliográfica tem por objetivo estimular a reflexão sobre a responsabilidade do Estado como ente estruturante e regulador, atuando através de seus Poderes como instrumento de efetivação dos princípios fundamentais constitucionais econômicos, e como atitudes comissivas ou omissivas ineficientes, corruptas ou partidárias, retira do empreendedor seu direito à livre iniciativa, valorização do trabalho e dignidade previstos no artigo 1º, incisos III e IV e Artigo 170, caput e incisos II, IV, V e parágrafo único da Constituição Federal, impactando diretamente na consecução dos negócios jurídicos. Aborda-se o conceito de Estado Democrático de Direito e sua atuação na perspectiva administrativa, identificando através de atos positivos e casos recentes o reflexo de sua atuação nas empresas, nos negócios jurídicos e na ordem econômica.

Palavras-Chave: Estado. Ordem Econômica. Negócios Jurídicos.

ABSTRACT

This literature review aims to stimulate reflection on the responsibility of the State as a structuring and regulatory entity, acting through its Powers as an instrument for the implementation of fundamental economic constitutional principles, and as inefficient, corrupt or partisan commissive or omissive attitudes, withdraws from the entrepreneur their right to free initiative, valorization of work and dignity provided for in article 1, sections III and IV and Article 170, caput and subsections II, IV, V and single paragraph of the Federal Constitution, directly impacting the achievement of legal business. We will approach the concept of Democratic State of Law and its action in the administrative perspective, identifying through positive acts and recent cases the reflection of its performance in companies, in legal business and in the economic order.

Keywords: State. Economic Order. Legal Business.

INTRODUÇÃO

A configuração do Estado Democrático de Direito, positivado na Constituição Federal tem por fundamento elevar os valores democráticos como norte balizador de sua estrutura calcado na convivência social livre, justa e solidária, emanando o poder do povo e para o povo exercido, respeitado os direitos humanos e as garantias fundamentais através de uma ordem jurídica dinâmica e atuante.

O objeto da pesquisa vincula-se ao Estado atuando há um tempo como ente legislador, regulador, interventor mínimo, responsável pela efetivação das estruturas que proporcionarão o desenvolvimento de atividades econômicas e, a outro, como pessoa jurídica contratante de serviços e produtos, atuando como agente econômico carregando a grande responsabilidade de preservar os princípios constitucionais que estruturam a ordem econômica e financeira pátria.

1 O ESTADO REGULADOR

A Constituição Econômica em seu artigo 174, trata do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, superando o conceito liberal e do bem estar social/estado empreendedor, delegando à iniciativa privada empreender em setores de interesse público, reordenando a posição estratégica do Estado na economia (EC 5, 6, 7, 8 e 9 de 1995 e Lei 9.491 de 1997), “tendo por pressupostos essenciais, em síntese, assegurar a democracia, rompendo com o paradigma do estado liberal centrado na proteção dos interesses individuais” (FERREIRA, 2015, p. 353).

O governo se vincula ao arcabouço legal vigente atuando orientado e atrelado ao que dispõe a lei, a qual limita seu poder de decisão e direciona suas ações à efetivação da justiça social no país. Segundo José Afonso da Silva (1998, p. 123) “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário do *status quo*”.

A ordem econômica e financeira positivada evidencia que “o eixo da tutela dos interesses individuais foi deslocado para alcançar a tutela dos interesses coletivos que receberam, nas esferas material e processual, proteção específica importante. A proteção da livre iniciativa; da propriedade e seu fim social; da livre concorrência; do consumidor; do meio ambiente; a proibição do abuso de direito; a redução das desigualdades e busca do pleno emprego são âncoras principiológicas” (FERREIRA, 2015, p.353) tendo como principal instrumento de movimentação de riquezas o negócio jurídico, ato convergente de vontades dos indivíduos no qual será delineado o objeto, licitude das intenções e as responsabilidades decorrentes consubstanciando verdadeira operação econômica (ROPPO, 1988, p.12 e 13).

A diminuição da atuação do Estado na economia, saindo da condição de agente econômico empreendedor, passa a orientar suas ações na regulação do desenvolvimento dessas atividades visando garantir a ordem social intrínseca ao texto legal através das Agências Reguladoras. Tal necessidade deriva do fato de que a pura e simples redução da participação estatal direta não pode corresponder ao retorno às concepções liberais.(...) Todas as atividades, inclusive aquelas até então desenvolvidas pelo Estado,

são assumidas pelos particulares, mas sujeitadas a controle intenso e contínuo, com a finalidade de conduzir os particulares a atingir resultados necessários ao bem comum (JUSTEN FILHO, 2006, p. 6944).

ANEEL, ANATEL, ANAC, dentre outras, são exemplos do modelo adotado para gerenciar esta nova ordem de prestadores de serviços, com o fim precípua de evitar abusos econômicos e prejuízos ao consumidor e ao Estado na consecução dos negócios jurídicos firmados.

2 O ESTADO ADMINISTRADOR

A execução das decisões políticas do Estado supremo é realizada pelos seus órgãos dependentes, efetivando assim a Administração Pública que consiste no “conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados” (DA SILVA, 1998, p. 634), subordinada ao Poder Político e meio para atingir os fins definidos.

O governo atua na atividade política discricionária vinculada à Constituição e exercida através dos poderes políticos outorgados aos governantes e por ela limitado. Por outro lado, a administração pública pratica atos de execução de acordo com a autonomia funcional dos seus agentes, atividade neutra vinculada à lei ou à norma técnica, com conduta hierarquizada, sem responsabilidade constitucional e política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução (MEIRELLES, 2018, p. 61).

De acordo com sua finalidade administrativa, biparte-se em administração direta – órgãos vinculados diretamente ao Poder Executivo e indireta – órgãos dotados de personalidade jurídica criada para um determinado fim e vinculada a administração indireta. São eles as autarquias, as sociedades de economia mistas, as empresas públicas e as fundações.

Atento ao foco do presente trabalho são destacados o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, a Petrobras S/A, sociedade de economia mista formalmente vinculada ao Ministério de Minas e Energia, atualmente presta suas contas aos Ministérios da Fazenda e Planejamento e, por fim, autarquias municipais de saneamento básico.

3 O ESTADO CONSUMIDOR

Este tópico aborda a discussão do Estado como agente economicamente ativo que na consecução de seus fins, contratando diuturnamente, negociando habitualmente e interferindo diretamente no curso da economia.

De material de escritório, passando por consultorias jurídicas e terminando em sondas de exploração de petróleo, os negócios jurídicos firmados pelo Estado devem observar o procedimento licitatório, medida elevada a princípio constitucional, sendo a única forma de contratação possível pelo poder público, regido por Lei específica – 8666/93, constituindo crime a não observância dos preceitos ali contidos.

A administração pública como protagonista nas três perspectivas acima resumidas necessariamente deve agir obedecendo os princípios da legalidade, impessoalidade e eficiência, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal.

4 ESTUDO DE CASOS

A interferência do Estado no desenvolvimento da ordem econômica e nos negócios jurídicos, considerando a consagração de um regime de mercado organizado, por um tipo liberal do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros, defendendo a livre iniciativa (GRAU, 2003, p. 191), nem sempre é exitosa (casos 1, 2, e 3) mas, podendo ser extremamente eficiente (caso 4).

4.1 Valorização do Trabalho Humano e da Livre Iniciativa (artigo 170, caput, CF)

O MPF- 4ª Câmara de Coordenação e Revisão – Meio Ambiente e Patrimônio Cultural emitiu Nota Técnica n.2/2018 sobre a expansão da ocupação humana e capacidade e de suporte para o turismo na APA de Fernando de Noronha determinando que a Agência Estadual de Meio Ambiente de Pernambuco (CPRH) se abstenha de emitir novas licenças ambientais para a exploração da atividade econômica de pousada, suspendendo todas as demais em andamento, mesmo aquelas destinadas a regularizar sua atividade, fundamentando como causa principal a inadequação de infraestrutura local, com especial ênfase ao saneamento básico.

A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico considerando como tal o conjunto de serviços, infraestrutura e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e tratamento de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, adotando como princípios fundamentais a universalidade de acesso, a máxima eficácia das ações, adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais, articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante e a eficiência e sustentabilidade econômica.

A ineficiência do Estado de Pernambuco, responsável pela administração do Arquipélago de Fernando de Noronha, na implantação de um sistema de saneamento básico interfere direta e negativamente na ordem econômica local, privando o ilhéu, especialmente o pequeno empreendedor, de se regularizar como empresário e de livre empreender, do exercício do trabalho e da dignidade, elidindo a “potencialidade que emana da conjugação da força do trabalho e do capital” (FERREIRA, 2015, p. 373).

4.2 Função Social da Propriedade (artigo 170, inciso III)

A prefeitura do município de São Paulo possui Plano Diretor Estratégico criado pela Lei 16.050/2014 que prevê a desapropriação de bens imóveis não edificados, subutilizados ou não utilizados da cidade e que, portanto, não cumprem sua função social. Existem no centro da capital paulista pelo menos 70 (setenta) edifícios ocupados de maneira irregular (R7, 2018), fato que, frente a morosidade na efetivação do disposto na lei, limita a capacidade de uso econômico de tais bens por seus atuais possuidores, inibindo o desenvolvimento pleno e válido dos negócios jurídicos daí decorrentes, como exemplo locação, venda e dação em garantia, além de outros atrelados à moradia como o fornecimento de serviços de consumo, seguros e, por fim, imposto municipal.

Tal morosidade pode se traduzir em tragédia, vide o incidente no Edifício Wilton Paes de Almeida, no largo do Paysandu, na metrópole que possui o 10º maior PIB do mundo (PricewaterhouseCoopers), exemplo de ato omissivo do Estado a interferir diretamente no desenvolvimento econômico e no bem estar social.

4.3 A Livre Concorrência (artigo 170, inciso IV)

A Operação Lava-Jato, (07 IPLN. 791/2014, DOCS. 1007 A 1033) em andamento desde 2014 já originou dezenas de ações penais que levaram à prisão personalidades empresariais e políticas por crimes diversos – corrupção ativa, passiva, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, dentre outros.

Funcionários da Petrobrás eram cooptados favorecendo o desenvolvimento fraudulento dos certames licitatórios, permitindo a cartelização e a concorrência meramente aparente, com a manipulação excessiva dos preços de forma a garantir a distribuição dos lucros entre as empresas e a propina aos agentes públicos, através de negociações diretas injustificadas, celebração de aditivos desnecessários, acelerando contratações com supressão de etapas relevantes e vazamento de informações sigilosas.

A administração ineficiente conduz o Estado para um desempenho negativo “[...] em decorrência de uma política econômica feita de tecidos, exclusivamente políticos, afastados do mandamento constitucional, obstaculizantes da consolidação do Texto, comprometendo, em boa parte, a dignidade de um povo, de uma nação, fortemente, marcada pela face cínica e fria da corrupção, mal maior de um estado de direito e, por conseguinte, dos negócios jurídicos, mais especificamente, aqueles próprios dos pactos entre o público e o privado” (FERREIRA, 2015, p.355).

Repete-se neste caso, o desvirtuamento tanto dos agentes políticos ocupantes da Administração Pública Direta em seu mais alto escalão, quanto da Administração Pública Indireta - funcionários públicos de carreira e comissionados, enfim, uma verdadeira organização criminosa cuja atuação impactou o cenário econômico brasileiro, sendo um dos fatores determinantes que contribuíram para a maior recessão da história do Brasil.

4.4 O Abuso do Poder Econômico e a Defesa do Consumidor (Artigo 170, inciso V)

O caso AMBEV - Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12 que tramitou pelo CADE evidencia uma bem-sucedida história empresarial, onde o Estado atua de forma imparcial atento aos interesses gerais dos atores econômicos.

Questionado por diversos setores da sociedade, fornecedores de matéria-prima, concorrentes, consumidores, o processo transcorreu com transparência e cooperação das partes, evidenciando que o problema não se encontra no fato de se concentrar no mercado, mas, sim, como o poder econômico daí decorrente se exercita. Nota-se no caso em tela que, decorridos quase dez anos do início do processo, a atual AB InBev é a maior cervejaria do mundo (Revista Exame, 2016).

A atenção tem que ser voltada para os abusos decorrentes da concentração do poder econômico, da limitação da capacidade de competição entre concorrentes, e dos prejuízos impostos aos consumidores por tais práticas, de forma que as sanções penais decorrentes da legislação – Lei 8.078/90, Lei 12.529/2011, dentre outras sejam efetivamente impostas.

CONCLUSÃO

A atuação do Estado nas perspectivas abordadas, evidencia que o desenvolvimento dos negócios jurídicos, o crescimento econômico e o bem-estar social encontram obstáculos naquele que deveria ser a alavanca do desenvolvimento econômico.

O desrespeito das formalidades contratuais, especialmente aquelas em que se encerram os interesses públicos e privados e a omissão na implantação de políticas públicas positivadas em lei, fomentam a insegurança jurídica, o desestímulo ao livre empreender, concentrando maliciosamente o poder econômico na mão de poucos e maus jogadores.

Os interesses políticos desvirtuados e partidários subjagam a técnica, sendo esta, quando bem empregada, um alento ao desenvolvimento econômico e o aperfeiçoamento do negócio jurídico em sua plenitude, cristalizando os princípios fundamentais nas práticas empresariais e de consumo.

REFERÊNCIAS

- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Interdependência do negócio jurídico: Estado, instituições e responsabilidade civil. FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (Org.). *Empresa, negócio jurídico e responsabilidade civil [Recurso eletrônico on-line]*. 1. ed. Florianópolis: Qualis Editora, 2015, p. 351-386.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso De Direito Constitucional Positivo*. 14. Ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2015.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O direito regulatório. *Fórum Administrativo: Direito Público – FA*. Belo Horizonte, p. 6941-6943, ano 6, n 61, mar. 2006., p. 6944.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 43ªed. São Paulo. Malheiros Editores. 2018.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

A TEORIA DOS CONTRATOS E SUA OBJETIVAÇÃO

THE THEORY OF CONTRACTS AND THEIR OBJECTIVATION

GT1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

MURILO ESTRELA MENDES

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Damásio de Jesus/SP. Advogado. E-mail:
murilo_estrella@hotmail.com

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

Doutora em Direito pela PUC/SP. Docente permanente do programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília. Advogada. E-mail: jussara@bflaw.adv.br

RESUMO

A todo momento celebramos contratos, dessa forma a teoria geral dos contratos é de suma importância para a sociedade. O presente trabalho utiliza o método indutivo, apresentando reflexos sociais e jurídicos acerca do tema abordado, dando ênfase a teoria da vontade, teoria da declaração da vontade e a objetivação contratual. Observa-se a evolução teórica dos contratos, nessa perspectiva identificamos na doutrina civilista a importância da teoria da vontade ao conceder liberdade aos contratantes. O estudo indutivo tem grande relevância, ao passo que os contratos tinham a ênfase individualista e, por uma evolução histórica a teoria dos contratos passou a dar ênfase na declaração de vontade, caminhando assim, para a objetivação contratual. Destarte, o elemento subjetivo (vontade dos contratantes) ainda é analisado nas relações jurídicas, entretanto, o caráter objetivo dos contratos passou a ter protagonismo, sendo que deve-se buscar o dinamismo negocial e a transferência de riquezas.

Palavras-chave: Contratos. Vontade. Econômico.

ABSTRACT

At all times we conclude contracts, so the general theory of contracts is of paramount importance to society. The present work uses the inductive method, presenting social and juridical reflexions about the topic, emphasizing the theory of the will, theory of the declaration of the will and contractual objectification. We observe the theoretical evolution of the contracts, from this perspective we identify in civilian doctrine the importance of the theory of the will in granting freedom to the contractors. The inductive study has great relevance, whereas the contracts had the individualistic emphasis and, by a historical evolution the theory of the contracts began to emphasize the declaration of will, thus moving toward contractual objectification. Hence, the subjective element (contractors' will) is still analyzed in legal relations, however, the objective nature of the contracts came to have a leading role, and it is necessary to seek negotiating dynamism and the transfer of wealth.

Keywords: Contracts. Disposal. Economic

INTRODUÇÃO

A ciência jurídica está em contínua transformação, o desenvolvimento social é uma das formas de modificar a interpretação e a aplicação do Direito. Cedo que a sociedade é um dos fatores transformadores da ciência: a forma de agir, pensar, comprar e vender mudam totalmente o entendimento do direito aplicado. Isso pode ser afirmado, na medida em que os contratos firmados e elaborados em períodos arcaicos certamente não são os mesmos de hoje.

O direito patrimonial, de certa forma, sempre foi um direito tutelado pelos governantes, aqueles que detinham um elevado poder econômico podiam comprar, vender ou até trocar suas mercadorias facilmente, a contrário *sensu*, aqueles que estavam a margem da sociedade (os menos favorecidos financeiramente) não tinham poder de contratação, tendo que se curvar as imposições contratuais e financeiras impostas pelo “poder da vontade” do influente.

Com o passar do tempo, o “poder da vontade” inviabilizou a função social do contrato, dificultando a transferência de riquezas, a celeridade e a segurança contratual.

Não é viável a sociedade ficar à mercê do elemento volitivo dos contratantes, não é plausível uma sociedade em pleno desenvolvimento importar-se somente com o individualismo contratual.

A teoria da vontade, *strito sensu*, passou a ser inviável com a mercantilização e o avanço neoliberal no mercado econômico, sendo necessário outra interpretação as relações jurídicas. A interpretação necessária para viabilizar os contratos mercantis, contratos de massa, contratos de adesão, entre outros, foi a objetivação dos contratos. A análise crucial dos contratos são os reflexos contratuais, não estritamente o individualismo ou vontade dos contratantes.

A TRANSIÇÃO DA TEORIA DA VONTADE PARA A DECLARAÇÃO DA VONTADE

Atualmente, afirmar que os contratos são idênticos aos contratos celebrados nos séculos anteriores é um equívoco. A sociedade não é a mesma, sofreu alterações sociais, tais como: a Revolução Industrial da Inglaterra (início 1760), a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), Segunda Grande Guerra (1939-1945), entre outros marcos sociais. Foram esses fenômenos sociais que impactaram de forma direta os compromissos jurídicos, tendo abordagem jurídica distinta daquelas utilizadas anteriormente.

O contrato, tem suma importância na sociedade, grande parte dos cidadãos utilizam o contrato de forma corriqueira. A forma de regulamentar as relações empresariais ou negócios jurídicos sofrem transformações teóricas e instrumentais. A teoria geral dos contratos teve relevante transformação, conforme aborda Enzo Roppo:

[...] desde a época clássica do liberalismo econômico e político- as sociedades ocidentais sofreram transformações profundíssimas de ordem econômica, social e política que, por sua vez, incidiram sobre o instituto contratual, transformando-o profundissimamente. (ROPPO, 1988, p.295)

Antes da mercantilização e da massificação dos contratos, a teoria da vontade, segundo Enzo Roppo (1988, p.297), era a máxima da teoria geral dos contratos, o contrato celebrado só tinha validade se as partes tinham o elemento volitivo de contratar, caso ao contrário, o contrato era nulo. Isso ocorria, pois naquele momento histórico a ciência dos contratos compreendia que a declaração de vontade das partes, o psicológico dos contratantes, era de suma importância, inviabilizando, por diversas vezes, o aproveitamento contratual e a transferência de riquezas.

Com o avanço social, econômico e cultural da sociedade a teoria da vontade contratual começou a ficar ultrapassada. Assim, as contratações não eram vinculadas apenas ao arbítrio das partes, mas sim com a transferência de riquezas, estabilidade nas contratações e segurança jurídica.

Dessa forma, não bastava apenas não ter mais o elemento volitivo de contratar ou manter-se contratado, a insatisfação *de per se*, não era capaz de findar uma relação contratual, ocorrendo a efetivação a teoria da declaração dos contratos.

Iniciou-se a objetivação dos contratos, levando em consideração os reflexos jurídicos dos contratos e, não somente os elementos individuais que anteriormente eram analisados (teoria da vontade). Com essa nova compreensão das relações contratuais, os negócios jurídicos começaram a ser analisados na forma subjetiva e objetiva, considerando os aspectos socialmente reconhecidos, conforme enfatiza Enzo Roppo (1988, p.298).

As operações negociais tiveram outro viés contratual a partir da aplicação da teoria da declaração, sendo relevante não apenas o individualismo contratual, mas sim, a tutela do interesse do receptor do manifesto, conforme expõe Enzo Roppo:

O objetivo, pelo seu lado, é o de tutelar os interesses do destinatário da declaração, o qual tinha confiado no teor objetivo e socialmente perceptível desta: uma tutela de interesses individuais que- ao nível de todo o sistema- se converte justamente em garantia da segurança e da celeridade das trocas, da continuidade e estabilidade das relações de negócios. (ROPPO, 1988. p.299)

Evidente que há discussões sobre os reflexos causados pela aplicação da teoria da declaração, pautando-se nos ensinamentos de Enzo Roppo (1988, p.299), a título de exemplo: o contrato é elaborado corretamente – no sentido formal – ocorrendo o liame contratual entre as partes, todavia, no momento em que iria perfazer a relação, um dos contratantes tem sua vontade viciada.

Baseando na obra “O contrato” de Enzo Roppo (1988, p.299), na constância do código civil anterior, quando o erro recaia sobre a declaração de um dos contratantes, não tendo assim, o ânimo real e autêntico, o contrato estaria nulo em sua totalidade. Atualmente, não é declarada a nulidade total nos contratos simplesmente pelo motivo da vontade estar viciada, deve-se atestar a ausência da livre e consciente vontade de perfazer o negócio jurídico.

A vontade das partes não está em desuso no âmbito da teoria geral das obrigações contratuais. Essa afirmação é pertinente, tanto que um dos princípios que norteiam as relações jurídicas é a autonomia da vontade dos contratantes. Assim sendo, “a autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica” (STRENGER, 2000, p.66).

A liberdade jurídica supra citada por Irineu Strenger, é a liberdade de contratar, negociar, entretanto, essa liberdade não pode sobrepoder a Constituição e as legislações vigentes, de maneira oposta ocorrerá um ilícito. Essa liberdade, como já dito, não é absoluta:

É preciso não olvidar que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo. (DINIZ, 2011, p. 42)

Há um agrupamento de relações e circunstâncias jurídicas que tendem a influenciar os contratos, mesmo não tendo como base a declaração de vontade, sendo o “contacto social” o alicerce contratual, segundo Enzo Roppo (1988, p.303-304). Essas relações jurídicas são reconhecidas pela sociedade, pelo fato de ocorrer transferência de riquezas, contribuindo diretamente com as relações econômicas e sociais.

Uma forma de materializar o contato social, descrito por Enzo Roppo (1988, p.304), são os contratos genéricos de bens e serviços, tendo aceitação automática pelos sujeitos, gerando assim, a transferência de valores. A aceitação ocorre, pura e simplesmente pela integração da conduta humana, não meramente por uma vontade legislativa, sendo justa e tendo amparo legal a forma de contratar mediante o contato social.

A objetivação contratual busca o dinamismo das relações jurídicas não podendo um contrato ficar refém do individualismo dos sujeitos, a sociedade tem que ter a segurança e a precaução de ter a máxima estabilidade contratual e financeira.

Dessa forma, a objetivação contratual está presente nas sociedades que buscam o avanço comercial e o liberalismo financeiro, não preocupando-se apenas com o subjetivismo do contratante, mas tendo cautela em analisar os reflexos da obrigação jurídica “nas condições objectivas de mercado: o contrato deve transforma-se em instrumento objetivo e impessoal, para adequar-se à objectividade e impessoalidade do moderno sistema de relações económicas” (ROPPO, 1988, p.309)

A teoria dos contratos passou por uma impactante transformação, conforme declinado anteriormente, a teoria erudita baseava-se no subjetivismo, quer dizer, a relação jurídica era impulsionada pelo individualismo tendo maior poder aqueles que detinham influências patrimoniais. Entretanto, com a evolução histórico-social o individualismo passou a ser prejudicial para os Estados, pois o subjetivismo não propiciava o avanço social, tecnológico e principalmente o econômico.

O embasamento para a objetivação contratual é que “a função fundamental no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de instrumento da liberdade de iniciativa econômica” (ROPPO, 1988, p.310)

Evidente o poderio das economias pautadas no modelo capitalista, tanto que um dos principais motivos para a superação do individualismo contratual foi a busca pelo maior ganho econômico nas relações mercantis.

Os contratos devem a ser interpretados de forma sistêmica, devendo as relações jurídicas respeitar a Constituição Federal e seus princípios, não prevalecendo o individualismo.

A autonomia da vontade, a livre contratação, a livre iniciativa são princípios basilares da ordem econômica brasileira, devendo ser respeitadas em toda e qualquer relação jurídica, por outro lado, a dignidade da pessoa humana, o direito do consumidor, a livre concorrência e todos os princípios lapidados na Constituição Federal, em especial nos artigos 5º e 170 da Lei Maior, devem ser enaltecidos e ponderados com a liberdade de contratar e a autonomia da vontade.

CONCLUSÃO

O Estado está em constante evolução, a ciência jurídica busca evoluir na proporção do desenvolvimento econômico e social. Houve diversos fatores importantes que contribuíram e, de certa forma, ainda contribuem com avanço social conforme descrito no presente trabalho.

Os contratos impactam de forma direta na esfera político-econômica estatal, além de ter total relevância na vida social. Os contratos devem atingir sua função social, não podendo unicamente favorecer os contratantes, nesse sentido, vale ressaltar a importância da dignidade da pessoa humana, princípio inserido como cláusula pétrea constitucional que está contido na função social das relações jurídicas.

Com o progresso social as teorias que eram aplicadas passaram a ser retrogradadas, necessitando de uma evolução doutrinária para que os contratos passassem a ser verdadeiramente eficazes.

Nesse viés, a teoria da vontade tinha total validade jurídica, era prevista na legislação civil e a sociedade pautava-se no individualismo contratual, não importando-se de forma direta com a função social contratual, apenas com a vontade soberana dos contratantes.

Com o desenvolvimento social houve a objetivação contratual. Desse modo, o contrato passou a ser interpretado de forma sistêmica e, não só considerando o arbítrio dos contratantes.

As relações jurídicas, conforme aludido, devem respeitar as normas constitucionais, caso ao contrário, o contrato firmado será passível de nulidade ou anulabilidade, conforme o vício encrostado na relação jurídica.

REFERÊNCIAS

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988
- STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. São Paulo: LTr, 2000.

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA SOB A ÓTICA DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

THE SOCIAL FUNCTION OF COMPANY UNDER THE OPTICS OF CONSTITUCIONAL ECONOMIC ORDER AS A WAY TO HUMAN RIGHTS EFFECTIVENESS

GT1 - EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

RODRIGO RODRIGUES DA LUZ
rodriguesdaluz.rodrigo@gmail.com

SAMYRA HAYDEE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES
Universidade de Marília - UNIMAR

RESUMO

O trabalho analisa, através de pesquisa qualitativa e de método descritivo bibliográfico, a função social da empresa como forma de efetivação dos direitos humanos sob enfoque dos princípios orientadores para Empresas e Direitos Humanos aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU. Analisa-se a função social através da ordem econômica da Constituição e a atuação das empresas em promover maior justiça social. Demonstra-se, ao final, como o cumprimento da função social empresarial está diretamente relacionada com a realização de Direitos Humanos e como os princípios guia para empresas e direitos humanos da ONU relaciona com esse instituto.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Função Social da Empresa. Ordem Econômica.

ABSTRACT:

The paper analyzes, through a qualitative research and a descriptive bibliographic method, the social function of the company as a way of realizing human rights under the guiding principles of Business and Human Rights approved by the UN Human Rights Council. We analyze the social function through the economic order of the Constitution, and the performance of companies in ensuring greater social justice. It demonstrates, in the end, how the fulfillment of the corporate social function is directly related to the

realization of Human Rights and how the UN guiding principles for companies and human rights relates to this institute.

Key Words: Social function of the company. Human Rights. Economic Order

INTRODUÇÃO

A empresas, notadamente as transnacionais, pela sua atuação em vários Estados e pela vultuosidade dos empreendimentos materiais e econômicos que geralmente empreendem são compreendidas hoje como importantes agentes econômicos e de grande impacto social, seja pela capacidade de gerar empregos e tributos ao Estado, seja pela circulação de renda e dinamização econômica que proporcionam. Fábio Konder Comparato (1996, p.39) chega a dizer que as empresas multinacionais são, incontestavelmente, “os grandes agentes da atual economia mundializada”. Sendo muito discutido hodiernamente sobre o papel da empresa na sociedade, na ordem econômica, qual seria a sua função social e de que modo essa função social ajuda no progresso da sociedade¹.

Há ainda, discussão² incipiente sobre a aproximação da atividade empresária com direitos humanos em um contexto de discussão cada vez maior sobre equidade social, promoção de direitos humanos-fundamentais quando atualmente agentes econômicos empresariais promovem graves violações à direitos humanos, e ainda discussão em torno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Dentro dessa seara, visualiza-se uma aproximação entre a função social da empresa, responsabilidade social corporativa com direitos humanos e o papel dos princípios orientadores para Empresas e Direitos Humanos aprovados pela ONU em 2011 sob uma perspectiva de que os direitos humanos-fundamentais convertem-se (ou deveriam converter-se) em um critério de *ratio decidendi*, “racionalizando e instrumentalizando a dinâmica econômica em prol da promoção da equidade social e da qualidade de vida compartilhada e não o contrário” (COELHO, 2015, p.387) e o papel que os princípios guia podem desempenhar em dar maior densidade ao conceito de função social e responsabilidade corporativa, contribuindo para a construção de uma cidadania social no plano internacional e auxiliando a construção do debate sobre políticas de regulação de empresas transnacionais por violações aos direitos humanos.

DESENVOLVIMENTO

A empresa entendida como atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens e serviços nos termos do artigo 966 do Código Civil, traz em seu conceito de modo implícito que a empresa é uma expressão da ordem econômica, alicerçada na livre iniciativa, através da liberdade de o empresário exercer essa atividade econômica organizada (empresa) de forma profissional para produção e/ou circulação de bens e serviços.

BENACCHIO, Marcelo. (coord.) **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: CRV, 2016. Fomentada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e fruto do I Simpósio sobre Direitos Humanos, Empresas Transnacionais e Sustentabilidade realizado em 25 de junho de 2016, nas dependências da Universidade Nove de Julho em São Paulo.

² Em especial no âmbito acadêmico, vide grupo de pesquisa “Direitos Humanos e Empresas” da Escola de Direito de São Paulo da FGV ([https:// http://direitosp.fgv.br/grupos/direitos-humanos-empresas](https://http://direitosp.fgv.br/grupos/direitos-humanos-empresas)); O Centro de Direitos Humanos e Empresas – HOMA ligado a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (<http://homacdhe.com/index.php/pt/>); O projeto de pesquisa sobre políticas de regulação de empresas transnacionais por violações aos Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás (<https://ppgidh.ndh.ufg.br/p/9971-projetos>).

O exercício da empresa consubstancia a livre iniciativa encartada como fundamento da República Federativa do Brasil nos termos do Art. 1º da Constituição Federal, assim como fundamento da ordem econômica nos termos delineados no art.170 da Constituição.

Eros Roberto Grau (2005, p.203) diz que “uma das faces da livre iniciativa se expõe, ninguém o contesta, como liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa.”

Porém, o exercício da livre iniciativa através da exploração da empresa não é de liberdade absoluta, uma vez que a ordem econômica constitucional estabelece que essa atividade empresária como expressão da ordem econômica pautada na livre iniciativa é balizada pela finalidade de assegurar aos indivíduos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social e o atendimento a uma função social (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p.41)

André Ramos Tavares (2006, p.242) diz que “os condicionamentos à liberdade de iniciativa (privado-econômica) surgem exatamente na medida em que se constata a necessidade de garantir a realização da justiça social e do bem-estar coletivo.”

O fundamento da existência digna, além de traduzir no núcleo de proteção jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, faz com que o Estado direcione a atividade econômica para redução da pobreza, com a conseqüente diminuição das desigualdades e injustiças sociais (FIGUEIREDO, 2016, p.81).

E dentre os princípios da atividade empresarial encartados em nosso ordenamento jurídico que melhor se relaciona com a ordem econômica para se fazer cumprir com os objetivos de assegurar a todos existência digna e de realização da justiça social é o princípio da função social da empresa.

E não devemos nos esquecer que a Constituição Federal de 1988 faz a defesa de valores como a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, que promova o desenvolvimento nacional ao mesmo tempo que reduza as desigualdades sociais. Além de estabelecer como fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, com o respeito à dignidade da pessoa humana.

Deste modo, a Carta Magna ao fazer essa ponderação de valores “submete interesses meramente econômicos ao cumprimento de uma ordem social”, devendo as empresas atuarem como impulsionadoras do desenvolvimento e utilizar a sua capacidade de impacto na economia em prol da coletividade com base na solidariedade, estando aí a sua função social. A função social, nessa perspectiva passa a compor um dos fatores de produção da atividade econômica empresária (DUARTE, 2004, p.146).

No Direito brasileiro os direitos fundamentais encontraram positividade, principalmente, na Constituição Federal ligados à dignidade da pessoa humana e a valores tais como vida, liberdade, igualdade, participação política (MENDES e BRANCO, 2015, p.140-141), erigindo em seu art.1º como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e positivando uma série de direitos fundamentais, individuais, coletivos, sociais, econômicos e culturais.

A função social da empresa se efetiva quando o agente econômico empresarial exerce a sua função econômica de geração de lucros pela exploração de seu objeto social, ao mesmo tempo que atende os preceitos da ordem econômica e promove trabalho digno, geração de emprego e diminuição das desigualdades sócias e regionais, respeito ao meio ambiente com a atenuação ou eliminação dos impactos ambientais provocados pela atividade e respeito aos direitos dos consumidor, de forma justa no livre mercado. Ou, ainda, quando a sociedade empresária adota práticas sociais de cidadania e educação junto à comunidade em que se insere. Valores e ações essas de profunda vinculação à direitos humanos.

Eros Roberto Grau (2005, p.197) discorre que a dignidade da pessoa humana vai comprometer todo o exercício da atividade econômica e que tanto o setor público como o setor privado devem empenhar-se na realização dessa norma-objetivo (dignidade da pessoa humana) e se qualquer parcela da atividade econômica não atender a esse imperativo estará violando esse princípio presente na Constituição.

E conforme a empresa cumpre com o seu papel na ordem econômica, seguindo os ditames do art.170 da CF/88 e dá real efetividade à função social da empresa, nas palavras de Antunes (2012, p.174) “ possibilita o desenvolvimento econômico de forma sustentável e responsável, em prol da humanidade” e na efetivação de todos os direitos fundamentais e conseqüentemente na dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A prática empresarial moderna e o mercado já demonstram que o cumprimento da função social e a adoção de práticas de responsabilidade social corporativa por parte dos agentes econômicos empresariais, hodiernamente, traduz-se em ser algo lucrativo. E que não há contradição em se cumprir a finalidade lucrativa da atividade empresarial com o exercício de uma responsabilidade social que demanda gastos e com o cumprimento de sua função social de cunho constitucional.

Ademais é imperativo que as empresas cumpram com sua função social e deem cumprimento à Constituição Federal, enquanto agentes da ordem econômica e promotoras de dignidade e justiça social e auxiliem na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Euzébio Henzel. A função social da empresa e os direitos fundamentais. In. SARLET, Ingo Wolfgang [et.al.] Orgs. *Constituição e Direitos Fundamentais: estudos em torno dos fundamentos constitucionais do direito público e do direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p.174-196.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Considerações sobre as tendências interdisciplinares e interconstitucionais do discurso jurídico contemporâneo: macrofilosofia dos fenômenos ‘inter’ e aportes ao Direito. In. BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto (Coords). *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. 1. ed. V.1. Uberlândia: LAECC, 2015. p.370-395
- COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.732, p-38-46, out. 1996.
- DUARTE, Regina A. A responsabilidade social da empresa: breves considerações. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo: vol.13, p.146-152, jan./jun. 2004.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2.ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.810, p.33-50, abr. 2003.

REFORMA PREVIDENCIÁRIA É NECESSÁRIA?

PREVENTIVE REFORM IS NECESSARY?

WILLIAN DOUGLAS DE CARVALHO

E-mail: adv.williandc@yahoo.com.br

MARISA ROSSINHOLI

UNIMAR – e-mail: mrossinholi@uol.com.br

RESUMO

Existe uma extrema complexidade em realizar reformas necessárias ao equilíbrio fiscal do Governo Federal e a sua aceitação pela sociedade, pois torna-se necessária a revisão de direitos. A reforma do sistema previdenciário é uma proposta sempre combatida pelos movimentos sindicais e pela sociedade em geral, pois a medida que a população aumenta sua expectativa de vida, acarreta-se um incremento no tempo que os benefícios previdenciários serão mantidos. Com essa perspectiva de aumento na expectativa de vida o governo deve prever aumento na arrecadação ou tomar medidas que diminuam a concessão de benefícios ou diminua o seu tempo de manutenção. Porém, qual é o custo social pago pelos indivíduos inseridos nesse sistema? E qual a possibilidade de uma reforma abrangente e niveladora gerar dificuldades ainda maiores na qualidade de vida do cidadão? A reforma é realmente necessária?

Palavras-chave: Custo social, Reforma previdenciária e Sistema de previdência.

ABSTRACT

There is extreme complexity in carrying out reforms necessary for the fiscal balance of the Federal Government and its acceptance by society, as it is necessary to review rights. The reform of the pension system is a proposal always opposed by the trade union movements and by society in general, as the population increases their life expectancy, an increase in the time that the social security benefits will be maintained. With this prospect of an increase in life expectancy, the government must foresee an increase in the collection or take measures that diminish the concession of benefits or shorten its maintenance time. However, what is the social cost paid by the individuals inserted in this system? And what is the possibility of a comprehensive and leveling reform generating even greater difficulties in the quality of life of the citizen? Is Reform Really Necessary?

Keywords: Social cost, Social security reform and Social security system.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, que versa sobre as perdas de direitos com uma Reforma da Previdência no Brasil, da maneira como estão colocadas pela mídia, traduzindo um estado de inquietação e dúvidas.

Delinear o objeto, que aqui se traduz numa análise das possibilidades de perdas sociais, consideradas a partir da aprovação da Reforma da Previdência Social, no âmbito da proposta do Governo Federal. Portanto, vale assinalar que aqui foi traçada uma investigação de natureza qualitativa. A pesquisa qualitativa, em sua etimologia, por se basear em uma lógica e em um processo indutivo (explorar e descrever, e depois gerar perspectivas teóricas) é bastante diversa e por demais abrangente.

Não obstante a sua natureza a abordagem se dá a partir da pesquisa bibliográfica, feita segundo o levantamento das referências teóricas, sejam por meios escritos e eletrônicos: artigos, livros, e-books, teses e dissertações, dentre outras fontes que servirão para fomentar tanto o arcabouço teórico, quanto a construção da perspectiva que se quer evidenciar.

Assim o tema do trabalho será a análise da proposta de reforma da Previdência Social e a previsão de recuo dos direitos mantidos atualmente pelos segurados do regime geral, uma vez que, da maneira como se encontra formatada, essa Reforma nivela direitos, categorias de trabalhadores, gênero, regiões geográficas, desprezando a situação de preparação ao longo do tempo de contribuição do segurado, desprezando as especificidades, desconsiderando seus diversos contextos e desamparando a questão social, favorecendo o capital internacional.

Diante de tais formulações, a proposta aqui delineada vai buscar o entendimento de como pode ser feita uma Reforma justa, que leve em consideração as garantias dos direitos sociais, frutos da luta pela redemocratização do país, pós governo militar (1964-1985), que estão previstas na Constituição de 1988, que por sua vez, configuram a Seguridade Social e a assistência social ao cidadão em um Estado democrático de direito.

A Reforma da Previdência, conhecida por evidenciar mudanças na legislação do seguro social é um tema corrente, polêmico e controverso. Nesta proposta de trabalho a sua análise mostra-se relevante e pertinente, não só no universo acadêmico, bem como nos meandros dos estudos de Direito, sobretudo pelo impacto esperado com a implementação da reforma, nos moldes elaborados e proposto no atual contexto, vindo, seguramente a comprometer a qualidade e a perspectiva de vida do brasileiro.

DESENVOLVIMENTO

A Reforma da Previdência nos moldes propostos pelo governo brasileiro vem responder à expectativa da tendência neoliberal, alargando as fronteiras de negociação entre trabalhadores e patrões, tendo em vista a proteção do capital. Acerca disto, pode ser dito que:

Para que isso ocorresse, no entanto, era necessário que esse capital falasse em nome de todos os capitais e por isso a defesa do afastamento do Estado em questões sociais e econômicas, o que implicou a crescente desregulamentação de todos os mercados, especialmente do mercado de trabalho, e no franqueamento de atividades antes a ele interditas, completamente ou parcialmente. Daí decorre a eleição do mercado como o *locus* ideal da otimização dos recursos e da obtenção máxima de satisfação e/ou da eficiência, objetivos sempre explícitos no discurso neoliberal (MARQUES; UGINO, 2017, p.10).

Nesse diapasão, a financeirização do capital vai consolidar a sua determinação na gestão da força produtiva que se dará diferentemente a depender dos contextos socioeconômicos e sobretudo, políticos de cada país quanto a forma de organizar as suas demandas sociais, ou seja o que vem a seguir o emprego e o salário, além da legislação vigente (MARQUES; UGINO, 2017). No caso brasileiro, o alto índice de desemprego e o bloqueio dos setores progressistas pós *impeachment da presidenta* Dilma Rousseff, em 2016, ampliaram ainda mais as expectativas do capital financeiro internacional.

Segundo Marques e Uginó (2017), as investidas do neoliberalismo no Estado brasileiro não são necessariamente uma novidade, uma vez que a partir do governo Collor de Melo já se apresentam, no entanto, com o atual governo, de Michel Temer, a desestatização, a redução da participação do Estado no PIB e a flexibilização do mercado de trabalho, corroboraram para que o atual presidente tenha aprovado “[...] uma reforma radical que altera significativamente a relação capital/trabalho.” (2017, p. 15), optando por destruir os sistemas de Seguridade Social que protegem o trabalho, favorecendo a ascensão do capital financeiro (LOURENÇO; LACAZ; GOULART, 2017). Nesse contexto pode ser dito que:

Os resultados dessa estratégia colocam sérios desafios às classes trabalhadoras, sobretudo nos países em desenvolvimento, como é o caso da América Latina, onde a superexploração do trabalho foi e é mais intensa e os direitos sociais e do trabalho ocorreram apenas tardiamente (LOURENÇO; LACAZ; GOULART, 2017, p. 470).

Sobre esse entendimento, o Governo brasileiro vai aproximar-se dos interesses neoliberais em detrimento dos direitos trabalhistas à aposentadoria, bem como as relações do Direito Previdenciário colocando de modo desfavorável a negociação entre trabalhadores e patrões, levantando a bandeira de que os cofres públicos exauridos e as dívidas em franco avanço, como justificativas para consolidar a Reforma da Previdência no Brasil. Em sua proposta, o governo lança pressupostos baseados no em duas considerações básicas: o envelhecimento populacional e na fragilidade do RGPS que apresenta um déficit acentuado (BRASIL, 2016). A partir de então, lança pressupostos São eles:

- 1) Garantir a sustentabilidade presente e futura da Previdência Social, preparando-a para a transição demográfica da população brasileira;
- 2) Respeitar os direitos adquiridos (reforma não afeta beneficiários e também não atinge aqueles que já possuem os requisitos para os benefícios – ex. Quem já pode se aposentar hoje, mas ainda não se aposentou);
- 3) Regras de transição;
- 4) Avançar rumo à harmonização de direitos previdenciários entre os brasileiros;
- 5) Convergir para as melhores práticas internacionais, incorporando as experiências exitosas de países que já enfrentaram uma transição demográfica, observada a realidade social e econômica do Brasil;
- 6) Nenhum aposentado receberá menos de um salário mínimo (BRASIL, 2016, p. 3, *online*).

Apesar das justificativas, o déficit é duvidoso, tendo em vista que há várias questões que o governo não trata ao falar sobre o sistema previdenciário brasileiro, deixando de fora do balanço algumas receitas, no entanto apenas constatar que existe um superávit financeiro a partir da adoção de alguns critérios, como a com a adoção das

múltiplas fontes de receitas da seguridade social, não significa dizer necessariamente, que não existam problemas a resolver na previdência (GENTIL, 2006).

Inicialmente pelo termo Reforma da Previdência, assim como coloca na mídia e para o entendimento geral, há uma clara tendência de manipulação da opinião pública na tentativa de angariar a simpatia da sociedade. Vejamos:

A primeira questão a constatar é, portanto, acacianamente gramatical. Preposições, mesmo as não antônimas, mudam o sentido da frase. Assim como ocorre com a vírgula e, também, com o uso do artigo – definido ou indefinido. São, digamos, armadilhas semânticas da gramática, que podem fomentar visões equivocadas e fetichizar como verdade geral concepções particulares. A reforma da previdência, expressão cunhada nas hostes governamentais e adotada avidamente pelos “especialistas” e acriticamente pela grande imprensa, é um caso típico. Trata-se de uma expressão enganadora. Não existe uma única possibilidade de reforma e sim várias. Pode-se pensar em reformas que visem ampliar a cobertura previdenciária, como ocorreu no Brasil em relação aos empregados domésticos. Pode-se pensar em reformas que reduzam as desigualdades de acesso aos benefícios, como se deu com a regulamentação da concessão da aposentadoria ao segurado especial (erroneamente chamada de aposentadoria rural). Assim como pode-se propor, e este é o caso em pauta, reformas que excluam os segmentos populacionais mais vulneráveis da proteção previdenciária (WERNECK VIANNA, 2017, p.3).

A questão da Reforma da Previdência vem sendo tratada de forma única, quando na verdade é um conjunto que tem que se apresentado, estudado e estruturado segundo as especificidades de cada categoria trabalhista, inserida no contexto da contribuição previdenciária diante da discussão política uniformizadora. Portanto, já aqui se estabelece uma crítica de como esse discurso do governo, que é passado para a mídia, voltado para a unicidade, apresenta de forma grave e reducionista, uma problemática que extrapola o âmbito financeiro, envolvendo questões como bem-estar social e cidadania.

São várias as mudanças que o governo pretende com a reforma da Previdência, tanto no RGPS quanto no RPPS, porém neste trabalho nos ateremos ao RGPS, sendo a proposta para o Regime Geral está a alteração da idade mínima para aposentadoria para 65 anos, não importando o sexo. Também a alteração na fórmula de cálculo dos benefícios, para pressionar o trabalhador a contribuir por mais tempo, onde para uma aposentadoria de 100%, seria necessária a contribuição durante 49 anos.

Outro fator da reforma está em aumentar a idade mínima de aposentadoria dos trabalhadores rurais e estabelecer contribuição para o regime e acabar com aposentadorias especiais para professores.

Por fim, as políticas públicas dos últimos anos, trouxe muitos cidadãos para dentro do regime, tanto pela criação do MEI, formalizando pessoas que desempenhavam funções autônomas e sem contribuir para o RGPS, ou pela criação de contribuição diferenciada para o Facultativo de baixa renda. Mesmo com o aumento da arrecadação de contribuições previdenciárias é necessário que haja reforma visando manter o regime saudável.

A reforma da Previdência é necessária e representa um desafio para o futuro. No entanto, o que temos presenciado é uma busca rápida e imediata para os problemas de má gestão dos recursos públicos, irresponsabilidade fiscal e desvio de verbas gerando

a supressão de direito previdenciário, ferindo o princípio do não retrocesso social e a própria Constituição, deixando de fora da reforma os militares e a aposentadoria especial de políticos.

CONCLUSÃO

Há necessidade de realizar reformas no Regime Geral de Previdência Social, pois a população tem aumentado sua longevidade, onde a população brasileira em 1991, ano da publicação da Lei 8.213, acima de 65 anos representava 4,8%, passando a 7,3% em 2010 e a 9,2% atualmente, a expectativa é que em 2060, 1 a cada 4 brasileiros terão mais de 65 anos.

As políticas públicas nos últimos governos, promoveram uma ampliação do sistema de previdência, abrangendo seguimentos da sociedade que normalmente estavam a margem do sistema, a maioria composta de profissionais liberais, desempregados, donas de casa e pessoas portadoras de deficiência. Essa facilidade foi fomentada pela diminuição de alíquotas de contribuição para quem contribuiria apenas em um salário mínimo, isso com o plano simplificado, que reduziu a alíquota de 20% a 11%, depois com o FBR, Facultativo de Baixa Renda, ou seja facultativo de baixa renda, que é atrelada ao cadastro único do CRASS, com a redução da alíquota para 5% do salário mínimo, assim como o MEI, Micro empreendedor individual.

Com essas políticas o número de benefícios concedidos vem sofrendo uma ampliação, conforme esses cidadãos vão cumprindo os requisitos necessários para a concessão dos benefícios. Resta verificar se essas alíquotas são suficientes para a manutenção desses benefícios frente ao aumento da longevidade, ou seja, frente ao tempo que esse benefício será pago.

Sobre a aposentadoria por idade, parece justa a idade a atual, desde que ainda exista a possibilidade de aposentadoria por tempo de contribuição, pois se esta espécie de benefício for extinta, a aposentadoria ocorrer apenas aos 65 anos no caso do sexo masculino, não seria justa e além disso inatingível para uma parcela da população.

Quanto a aposentadoria por tempo de contribuição, como hoje já acontece para os servidores públicos, deveria existir uma idade mínima para se aposentar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2017/01/rgps-deficit-da-previdencia-social-em-2016-foi-de-r-1519-bilhoes/>.

_____. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/2017-01-12-APRESENTA%C3%87%C3%83O-REFORMA-DA-PREVID%C3%8ANCIA.pdf>

CRESWELL, John W. *Investigação qualitativa e projeto de pesquisa*. Porto Alegre: Penso, 2014.

GENTIL, Denise Lobato. *A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990 – 2005*. UFRJ:2006.

MARQUES, Rosa Maria., UGINO, Camila Kimie. O Brasil é chamado à ordem. *Revista Argumentum*, Vitória, v. 9, n. 3, p. 8-23, set./dez. 2017. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/17944/13027>> Acesso em 18 de out. de 2018.

SILVA, Carina Cristina. *Reforma da Previdência: um desafio para o futuro*. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/academico/reforma-da-previdencia-um-desafio-para-o-futuro/102064/>>

**REFLEXOS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DECLARADOS
INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**REFLECTIONS OF FISCAL BENEFITS DECLARED UNCONSTITUTIONAL
BY THE SUPREME FEDERAL COURT**

GT 1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

LUCAS PIRES MACIEL

Doutorando e Mestre em Direito na UNIMAR – Universidade de Marília – São Paulo, Brasil, no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, na Área de Concentração: Empreendimentos Econômicos e Linha de Pesquisa: Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais. Especialista em Direito Tributário. Advogado e Professor do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente – São Paulo – Brasil, e-mail lucas_jppm@hotmail.com.

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO

Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP, Pós Doutora em Direito Tributário pela Universidade de Lisboa, Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR – Universidade de Marília, São Paulo, Brasil, e-mail mfat@sercomtel.com.br.

RESUMO

O presente resumo expandido tem como escopo estudar as repercussões dos benefícios fiscais na ocasião em que o Supremo Tribunal Federal declara inconstitucional. Para a realização do estudo iniciou-se enunciando sobre a relação entre as ciências do Direito e da Economia. Demonstrou-se, ainda, que são ciências independentes, porém detém íntima relação, haja vista a sua interdisciplinaridade e cada vez mais a relevância que uma ciência tem na outra. Tratou sobre a função extrafiscal dos tributos e a sua importância na economia. Abordou o Direito ao Desenvolvimento e as características que devem nortear essa extrafiscalidade. Ademais, tratou dos benefícios fiscais, como forma de incentivar a economia e os meios utilizados pelos entes tributantes para desoneração tributária. Apresentou as repercussões dos benefícios declarados inconstitucionais e enfatizando a possibilidade ou não de o fisco exigir o principal e multa dos contribuintes que gozaram desses benefícios considerados inconstitucionais. Para elaboração do presente utilizou-se o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas.

Palavras-chave: Benefício Fiscal. Extrafiscalidade. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this expanded summary is to study the repercussions of tax benefits when the Federal Supreme Court declares it unconstitutional. In order to carry out the study, it began by stating the relationship between the Law and Economics sciences. It was also shown that they are independent sciences, but it has an intimate relation, given its interdisciplinarity and increasingly the relevance that one science has in the other. He dealt with the extra-fiscal function of taxes and their importance in the economy. It addressed the Right to Development and the characteristics that should guide this extrafiscality. In addition, it treated the tax benefits, as a way of stimulating the economy and the means used by the tributary entities for tax exemption. He presented

the repercussions of the benefits declared unconstitutional and emphasizing the possibility or otherwise of the tax requiring the principal and fine of the taxpayers who enjoyed these benefits considered unconstitutional. For the preparation of the present the deductive method was used, with bibliographical researches.

Key-words: Tax Benefit. Extra-tax. Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

O presente resumo expandido tem como escopo estudar os benefícios fiscais declarados inconstitucionais e repercussões advindas dessa inconstitucionalidade para as atividades econômicas. Os benefícios fiscais são meios lícitos que podem e devem ser utilizados pelos entes tributantes, com o objetivo de fomentar a economia e com isso, poder atingir um dos principais objetivos da República que é o Direito ao Desenvolvimento.

Obviamente que os entes tributantes não podem usar desses expedientes de qualquer forma, para não quebrar a livre concorrência e a neutralidade fiscal que deve nortear a estrutura fiscal nacional. Acontece que, alguns benefícios fiscais são criados e não obedecem aos preceitos constitucionais e, tempos mais tarde são considerados inconstitucionais. A partir disso, as empresas são compelidas a arcar com os ônus tributários desse benefício fiscal que aparentemente era legal, mas que foi considerado afronta à Constituição Federal.

Nesse contexto, a questão que se reflete é acerca dos efeitos jurídicos e econômicos dessa inconstitucionalidade declarada. Será que as empresas que usufruíram desses benefícios fiscais por vários anos poderão ser cobradas pelo fisco, se esse benefício for declarado inconstitucional?

Para elaboração do artigo foi utilizado o método dedutivo com pesquisas bibliográficas.

AS REPERCUSSÕES ADVINDAS DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É cediço que Direito e Economia são ciências distintas, porém, há muitos anos há uma integração entre ambas. A economia dedica-se a satisfazer necessidades, administrando recursos escassos, ou seja, a atividade econômica é aquela aplicada na escolha de recursos para o atendimento destas necessidades humanas.

O fenômeno econômico, em muitas vezes, dita o surgimento de uma instituição jurídica ou vice-versa. Se ao Direito está dada à incumbência de organizar a ordem social, fazendo com que as pessoas possam viver em sociedade e se dentro da ordem social inclui-se também a economia, é possível relacionar as relações entre Direito e Economia

Por essa razão há uma forte relação entre as duas ciências. Um ponto de aproximação das ciências citadas está o direito tributário, em especial a sua função extrafiscal dos tributos. O tributo tem uma função precípua e destacada de arrecadação de recursos, fundamentais para a realização das funções principais do Estado, *lato sensu*.

Contudo, essa função, atualmente, está aliada a outras atribuições, não menos importantes, dos tributos, quais sejam, a redistribuição de renda, ocasião em que o Estado deve arrecadar os tributos e realizar políticas redistributivas, com o fim de diminuir a pobreza e as desigualdades naturais que existem no país das dimensões do Brasil.

É corolário fundamental do Direito ao Desenvolvimento, instituído como um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Alinhavado a essa ideia os benefícios fiscais amoldam-se perfeitamente nessas duas linhas mestras, pois impulsiona a função extrafiscal do tributo e incrementa o desenvolvimento regional e nacional.

Obviamente que não se pode perder de vista que esses benefícios fiscais não devem ser utilizados sem critério e ao arrepio das normas constitucionais tributárias, sob pena de vilipêndio à Constituição Federal, o princípio da livre iniciativa, da uniformidade dos tributos em todo território nacional e da neutralidade fiscal.

Assim, o Estado poderá se utilizar de algumas técnicas para implementação dessa função: a utilização de alíquota progressiva, seletivas, isenções fiscais (COELHO, 2003, p. 218-219), reduções de alíquota aproveitamento de créditos fiscais, depreciação acelerada, dentre tantos outros (TÓRRES, 2011, p. 88). O instrumento técnico permitirá a indução de determinados comportamentos tornando a carga fiscal menor ou desincentivando tornando-a mais gravosa, conforme elucida Paulo Caliendo³.

Os incentivos fiscais são os instrumentos aplicáveis para servirem à indução econômica nas hipóteses de benefícios que passam a ser outorgados para incentivar comportamentos específicos, que podem ser: i) as subvenções, que constituem um benefício de natureza financeira (CARVALHOSA, 1997, p. 603); ii) os créditos presumidos, que têm natureza complexa, ora apresentando-se como subsídio, ora como subvenção, ora como mera redução da base de cálculo dos tributos (CATÃO, 2004, p. 71); iii) os subsídios, que podem ser estímulos de natureza fiscal ou comercial, para promover determinadas atividades econômicas por períodos transitórios. Ricardo Lobo Torres (1995, p. 296) entende que os subsídios podem ser incluídos no conceito mais abrangente de subvenção.

Se um benefício fiscal for concedido ao arrepio dessas especificações, caberá ao Poder Judiciário repelir, para fazer retornar ao “status quo ante” e retirá-lo do sistema. Exemplo típico disso são os benefícios fiscais de ICMS concedidos de forma unilateral, sem a participação do CONFAZ. Nesse caso, o Ente que se sentir prejudicado possa socorrer-se do Poder Judiciário para discutir judicialmente os referidos benefícios fiscais concedidos indevidamente.

O grande impasse disso, além dessas disputas judiciais, é que várias empresas se utilizam desses benefícios fiscais inconstitucionais, às vezes por vários anos, diante da demora do Poder Judiciário em decidir as ações. As empresas que aderem a esses benefícios fiscais normalmente fazem de boa-fé e mudam para esses municípios e/ou estados com o objetivo de diminuir a carga tributária, fazendo grandes investimentos e mudanças para se adequarem às regras dos programas.

O Supremo Tribunal Federal vem acolhendo esses benefícios “inconstitucionais” em que os contribuintes se utilizaram de boa-fé, atribuindo aos Estados o papel de não realizarem essas medidas. Isso, pois, o Supremo entende que mesmo sendo um benefício concedido ao arrepio da Constituição Federal gerou repercussões positivas àquela região em que a empresa se instalou e, por isso, não seria lógico, prejudicar a empresa, afastando todos os tributos pagos.

Inclusive esse ponto fomentou o Projeto de Súmula Vinculante nº 69, do STF, do Relator Gilmar Mendes, foi elaborada a Lei Complementar nº 160/2017, o Convênio 160, de 23 de novembro de 2017 e, mais recentemente ainda, o Convênio 190, de 15 de dezembro de 2017, cujo teor foi referendar as bases da Lei Complementar, tratando

³ CALIENDO, Paulo. *Tributação e ordem econômica*: os tributos podem ser utilizados como instrumentos de indução econômica? Disponível em: <<http://revistaeletronica.rfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/685/471>>. Acesso em 10 maio 2018, p. 199.

sobre a remissão de créditos tributários decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com a Constituição Federal.

Portanto, como se demonstrou, é uma questão relevante para o Estado Democrático de Direito e impacto de forma importante nas ciências jurídicas e econômicas.

CONCLUSÃO

A economia tem o escopo de verificar a melhor escolha dos recursos para o atendimento das necessidades humanas. Já o Direito é o conjunto de regras que estruturam a vida do homem em sociedade, preocupando-se com a análise de princípios, com a finalidade de conceder mecanismos organizacionais para cada sociedade. São duas ciências distintas, mas que possuem relação de interdependência, ante o fato de que os aspectos jurídicos interferem nos econômicos e vice-versa.

No segundo tópico foi analisada a extrafiscalidade dos tributos. Viu-se que a principal atribuição do tributo é angariar recursos para o ente tributante realizar suas principais funções ordinárias. Porém, em complemento a essa função há a de servir para redistribuir a riqueza do país e a função extrafiscal que tem por escopo fomentar o Direito ao Desenvolvimento, que é um dos objetivos da República.

Uma das formas de aplicação dessa extrafiscalidade é a concessão de benefícios fiscais. É cediço que a Constituição Federal adotou a livre iniciativa e, por isso, deve o ente tributante ter zelo ao instituir desonerações tributárias, sob pena de violar esse princípio baselar. Se tempos depois o Supremo Tribunal Federal declarar aquele benefício fiscal inconstitucional, diversas consequências podem ser elucidadas, no aspecto jurídico e/ou econômico.

Isso, pois, muitas das vezes as empresas que gozaram desses benefícios agiram de boa-fé e, depois de vários anos, podem ser compelidas a ter que devolver, acrescido de juros, multas e com isso gerar um desequilíbrio na saúde financeira da empresa. Por esse motivo, cabe aos entes tributantes terem parcimônia para utilizarem dos benefícios fiscais, evitando o seu uso indiscriminado e sem observar a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- CALIENDO, Paulo. *Tributação e ordem econômica: os tributos podem ser utilizados como instrumentos de indução econômica?* Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/685/471>>. Acesso em 10 maio 2018.
- CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria Geral do Tributo, da Interpretação e da Exoneração Tributária* (O significado do art. 116, parágrafo único, do CTN). São Paulo: Dialética, 2003.
- TÔRRES, Heleno Taveira. *Desenvolvimento, meio ambiente e extrafiscalidade no Brasil*. In: Pires, Manuel. *Extrafiscalidade*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2011.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

**O ESCOPO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO E
DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL**

**THE CONTEMPORARY CONTRACTUAL SCOPE AND DETERMINATION
OF CIVIL LAW**

GT1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

LUIZ EDUARDO BARBOSA JUNIOR

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Bacharel em Direito pelo Centro
Universitário de Rio Preto. Empresário. E-mail: jr.luizeduardo@gmail.com

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

Doutora em Direito pela PUC/SP. Docente permanente do programa de Doutorado e
Mestrado da Universidade de Marília. Advogada. E-mail: jussara@bflaw.adv.br

RESUMO

O estudo se desenvolve a partir do método comparativo, com reflexões principiológicas, tendo base em conceitos constitucionais, com a precípua da dignidade e dos fundamentos da Constituição Federal de 1988. Versa sobre a necessidade de um novo escopo contratual, com a transição, mesmo que gradual e mediante certa resistência, do patrimônio através da valorização do ser humano e sua dignidade. A premissa que há na invalidação caso desconsideração do homem como centro das atenções constitucionais no contrato, justifica os valores da dignidade e solidariedade, conforme Carta Magna. Diante da análise comparativa entre os princípios jurisdicionais e decisões jurisprudenciais, fica claro a imensa evolução do conceito contratual bem como a acertada coexistência de diversos conceitos acerca do contrato, trazendo maior valorização do ser humano, em respeito ao princípio da dignidade humana e a solidariedade, bem como a despatrimonialização tratada, na qual o enfoque é dado ao ser e não ao ter, importando o ser humano, sem desconsiderar totalmente o patrimônio, mas não dando menor importância a este, do que àquele. Assim, o contrato apresenta diversos conceitos que coexistem bem como sua evolução posicionou o homem centralizado. Todavia, sua transformação é constante, bem como todo o conteúdo exposto brevemente será superado, em razão da contínua evolução temporal somado ao desenvolvimento do próprio Direito, que, diga-se de passagem, é progressivo.

Palavras-chave: Contrato. Indivíduo. Patrimônio.

ABSTRACT

The study develops from the comparative method, with principles reflections, based on constitutional concepts, with the pre-eminence of the dignity and fundamentals of the Federal Constitution of 1988. It is based on the need for a new contractual scope, with the transition, even if gradual and with some resistance, of the heritage by the valorization of the human being and his dignity. The premise that there is in invalidation, in case the disregard of man as the center of constitutional attention in the contract, justifies the values of dignity and solidarity, according to the Magna Carta. In view of the comparative analysis between the jurisdictional principles and jurisprudential decisions, it is clear the immense evolution of the contractual concept as well as the correct coexistence of several concepts about the contract, bringing greater appreciation of the human being, with respect to the principle of human dignity and

solidarity, as well as the treated despatrimonilization, in which the focus is given to being and not having, importing the human being, without totally disregarding the patrimony, but giving no less importance to this, than to that. Thus, the contract presents several concepts that coexist as well as its evolution positioned the centralized man. However, its transformation is constant, and all the content exposed briefly will be overcome, due to the continuous temporal evolution added to the development of Law itself, which, by the way, is progressive.

Keywords: Contract. Individual. Patrimony.

INTRODUÇÃO

O tema aborda os contratos em sua forma contemporânea e a despatrimonialização do Direito Civil, analisando as mudanças e posicionamentos que se tem alcançado. No qual o ser humano e sua dignidade começam a tomar o papel de maior destaque. Mudando o lado econômico, mesmo que com resistência, para secundário.

Diferentes posicionamentos, sejam de doutrinadores ou decisões do Superior Tribunal Federal, permitem um entendimento e reflexão mais profunda do tema proposto.

Os contratos como instrumento de movimentação financeira, tem a função de circular riquezas, porém, seu momento atual inspira legitimidade social.

A despatrimonialização do Direito Civil, caminha na mesma direção, não ignorando a função econômica das coisas, mas reconhecendo a prevalência do ser humano face ao patrimônio.

Desta forma, objetivando sua formulação dentro da perspectiva civil-constitucional na pós-modernidade, as mudanças nos contratos e a despatrimonialização do Direito Civil nos colocam em análise o “eu” antes do “ser”.

1 REALIZAÇÃO DOS VALORES EXISTENCIAIS DO HOMEM

A relação contratual contemporânea não tem como principal função a circulação de riquezas, se fundamentando na observação da livre-iniciativa constitucional, que busca por sua vez, conformidade com a justiça social e principalmente à dignidade humana.

Neste sentido, Autorino (1997, p.5) retrata como “o deslocamento do foco de interpretação do contrato do Código Civil para um sistema Civil-Constitucional”, tornando o homem, sob a perspectiva constitucional, o objeto central do ordenamento, originando a denominada visão antropocêntrica.

Todavia, o Direito Civil trabalha com a visão ecocêntrica, na qual o homem é visto em segundo plano, contrapondo-se visão recém-nascida, ora apresentada. Surge assim o paradoxo, no qual o constitucionalismo se sobrepõe ao individual (civilista) e simultaneamente coloca o homem no centro, enfatizando o homem existencial e não o homem econômico, como no passado.

Segundo a interpretação do ilustre escritor Weimar (1919), citado por Nalin (2001, p.246), contratar com liberdade só é possível, só e somente só, se observada a lei. Logo, resultará uma liberdade parcial, a serviço dos escopos.

Esse novo contexto pós-moderno, centraliza o homem, na sua dignidade como ser humano, mesmo que não explicitamente. Na Carta Constitucional Brasileira, tais valores de cunho social estão presentes por todo o texto escrito, contudo, no âmbito prático, encontra dificuldade em sua aplicação, em razão da resistência apresentada através da cultura brasileira.

A definição sintetizada e defendida por Perlingieri (1990), citada por Nalin (2001, p.247), consiste no contrato como uma relação de cooperação com o interesse patrimonial do credor, figurando como principal, porém respeitando a dignidade da pessoa humana e seus valores.

O homem é tido como o centro constitucional, invalidando contratos que não façam valer tal fundamento, ainda que virtualmente nulos. Também inválido, as decisões que desconsidere tais valores constitucionais, isto é, a dignidade e solidariedade protegidos pela Lei Maior.

2 DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E DO CONTRATO

Não é necessário negar o caráter patrimonial das relações obrigacionais, ainda que não-onerosas, para configurar-se a chamada despatrimonialização. Nos contratos contemporâneos e no Direito Civil, a despatrimonialização encontra seu resignificado, dentro de uma renovação, na qual a maior atenção é dada ao sujeito e não a sua produção.

Perlingieri (1988), citado por Nalin (2001, p.250) aponta que a despatrimonialização é a causadora da mudança que vem sucedendo com o personalismo, qual seja, a superação do individualismo e do patrimonialismo, sendo a patrimonialidade superada. Muda-se drasticamente o ter para o ser, trocando o patrimonial pelo individual, encontrando um liame com a dignidade da pessoa humana.

Elucida ainda que o homem encontra livre desenvolvimento quando se despatrimonializa, com valores da dignidade da pessoa humana e em função social do contrato. Assim, permite que se ocorra a autonomia contratual, não somente de riquezas, mas ajustando-se ao desenvolvimento do contratante, como pessoa.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem pautado suas decisões, nos mais diversos ramos do direito, vejamos: O reconhecimento do dano moral como categoria de dano indenizável, mesmo antes da edição do novo Código Civil brasileiro, enfrentou uma rápida evolução decorrente de sua conformação aos paradigmas da Constituição Federal de 1988. Seguindo um movimento de despatrimonialização, pautado na consagração do direito subjetivo constitucional à dignidade, o dano moral passa a ser entendido como aquele decorrente da mera violação de direitos fundamentais e da tutela de bens personalíssimos. (STJ, 2016, on-line)

Por fim, a despatrimonialização figura como a sensibilidade do direito contemporâneo, em sua forma legislativa, doutrinária e jurisprudencial, envolvendo diversos ângulos do direito, qual seja, o constitucional cível e consumidor, entre outros.

CONCLUSÃO

Afirmar a existência de um único conceito ao contrato seria totalmente descabido, em razão das múltiplas formas contratuais da atualidade. Fica inválido apenas um conceito de contrato, o que se desenha são inúmeros modelos, que coexistem, oriundos do modelo clássico, com estruturas contratuais desconstruídas e atualizadas.

A evolução temporal contemporânea faz com que o contrato antes válido e tido por um só conceito, seja modificado no que se refere aos seus valores fundamentais, visto que hoje se fundamenta a partir da dignidade do ser humano, tendo-o como o centro de sua existência.

Despatrimonializar o Direito Civil é a tendência dos contratos contemporâneos, com a prevalência do sujeito (o ser humano) face ao patrimônio pessoal, mudando assim, o patrimonialismo pelo pessoalismo, em um processo lento na prática, trocando a

base lógica individual do ter pelo ser, ligando-se a dignidade da pessoa humana e solidariedade.

Tal fato já é presenciado no Direito, seja por doutrinadores ou juristas, não se olvidando o fato de existir, ainda que levemente, certa resistência, como abordado. Seja nos contratos como no Direito, em todos os seus ramos, ocorre um processo de humanização, porém, não há de se negar que a problemática apresentada, seria deveras resolvida com um ponto de equilíbrio, tendo em vista a necessidade do lado econômico estar presente concomitante ao lado humano. Assim, o “ter” e o “ser” devem caminhar juntos e equilibrados, buscando mais sentido para o desenvolvimento e aprendizado do homem atual.

REFERÊNCIAS

AUTORINO, Gabriella e STANZIONE, Pasquale. *Diritto civile e situazone esistenziali*. Torino: Giappichelli, 1997.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil - constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 1.653.413 - RJ 2016/0193046-6. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJ: 08/06/2018. *JusBrasil*, 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81979917&num_registro=201601930466&data=20180608&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2018.

A ADOÇÃO DO PROGRAMA DE GOVERNANÇA EMPRESARIAL COMPLIANCE COMO MECANISMO EFETIVADOR DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE ADOPTION OF THE CORPORATE GOVERNANCE COMPLIANCE PROGRAM AS AN EFFECTIVE MECHANISM OF THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY IN PUBLIC ADMINISTRATION

MIGUEL ANGELO ARANEGA GARCIA (maranega1@terra.com.br)
VALTER MOURA DO CARMO – UNIMAR (vmcarmo86@gmail.com)

GT1 - EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo central propor inicial discussão sobre a adoção do programa de governança empresarial *compliance* como mecanismo efetivador do princípio da eficiência na administração pública, adjudicando ênfase na concepção de garantia fundamental, bem como no conceito administrativo de Eficiência concernente ao desenvolvimento nacional. Nesse contexto, o *compliance* desponta no mundo globalizado como uma das novas faces do controle da economia e das atividades estatais voltadas à consecução de direitos, daí sua aproximação com o direito público

econômico. Sob a influência desse novo estilo de governança pública pautado em premissas de direito empresarial, dedicou-se à pesquisa descritiva do tema. Por meio de contrapontos entre alguns teóricos da área, os aspectos da eficiência administrativa promoverão uma abordagem aproximativa entre Direito Constitucional e Administrativo, de modo a favorecer um olhar holístico sobre a temática apresentada. Pauta o estudo por uma moldura analítico-crítica. A ideia central é não se restringir a uma mera verificação da conjuntura normativo-institucional, mas sim ultrapassar as barreiras da dogmática estabelecida a fim de formular uma alternativa à problemática engendrada pela adoção do *compliance* como mecanismo de efetivação da Administração Pública gerencial.

Palavras-chave: *Compliance*. Eficiência. Administração Pública.

ABSTRACT

The main purpose of this article is to propose an initial discussion about the adoption of the corporate governance compliance program as an effective mechanism for the efficiency of public administration, with an emphasis on the concept of a fundamental guarantee, as well as on the administrative concept of efficiency related to national development. In this context, compliance emerges in the globalized world as one of the new faces of the control of the economy and the State activities aimed at the achievement of rights, hence its approximation with public economic law. Under the influence of this new style of public governance based on the premises of business law, the descriptive research of the subject was the main focus. By means of counterpoints among some theorists of the area, aspects of administrative efficiency will promote an approximate approach between Constitutional and Administrative Law, in order to favor a holistic view on the subject of study. It guides the study through an analytical-critical framework. The central idea is not to be limited to a mere verification of the normative-institutional conjuncture, but to overcome the barriers of the established dogmatic in order to formulate an alternative to the problematic engendered by the adoption of compliance as a mechanism for the effectiveness of the Public Administration.

Keywords: Compliance. Efficiency. Public Administration.

INTRODUÇÃO

A temática da eficiência na Administração Pública sempre foi, ao longo dos anos, objeto de pesquisa dos estudiosos do Direito, justamente por ser o que se busca no interesse coletivo, principalmente nas tutelas sociais.

Por meio de uma abordagem reflexiva procura-se analisar como um programa amplamente difundido em outras áreas de conhecimento, dedicado a programas e políticas de gestão empresarial com base em princípios éticos, responsabilidade social e transparência influencia o Direito Público e a atuação administrativa.

Propõe-se a abordagem dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, com especial destaque ao princípio da eficiência, erigido a princípio com a Emenda nº 19/1998, intitulado como aquele que representa a “qualidade do serviço prestado”.

No contexto atual, a eficiência é vista como instrumento de efetivação da cidadania contra falhas e omissões do Estado, repercutindo na melhoria da gestão da coisa pública no interesse da sociedade.

O estudo visa abordar as técnicas de *compliance*, embrionariamente pertencentes ao Direito Empresarial e desta forma, contribuir para a percepção do fenômeno jurídico enquanto modificador e garantidor de um elemento ativo de realização do bem comum

traçando as diretrizes básicas para a efetividade na gestão pública e consecução das atividades em prol da população.

Como resultado, a concepção de como os processos gerenciais atuam de forma a instruir o Administrador Público no desenvolvimento de uma gestão satisfatória, com qualidade e eficiência, visando o atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Engendra-se a disciplinar as condutas dos agentes na salvaguarda dos valores probos que devem permear os atos praticados pelo administrador, na gestão pública. Nesse contexto, se desempenha a chamada “Administração Pública gerencial”, em que a eficiência ganha lugar de relevo.

Busca-se, diante do contexto exposto, analisar práticas de governança privada a partir do princípio da eficiência na gestão da *res* pública, abordando a sua efetiva implantação e propondo um conceito de gerenciamento de processos adequado ao atual cenário de crise que circunda o âmbito público, de modo a viabilizar a adoção de políticas de desburocratização e destinada a uma atuação administrativa conforme o Direito e seus princípios.

Na elaboração do trabalho utilizou-se do método lógico-dedutivo, baseando-se em pesquisa bibliográfica e análise legislativa, fundamentada nos problemas destacados e nos seus desdobramentos.

DESENVOLVIMENTO

O homem, ao se constituir como ser em sociedade, é regido em suas relações por um rol de regras e princípios que visam protegê-lo e garantir-lhe direitos, impondo-lhe, por consequência, um sucedâneo de deveres.

Ao ter em mente que o homem é um ser social e que provém de sua natureza a convivência em grupo, depreende-se que em decorrência desse estilo de vida os direitos de regência vital se tornam latentes e necessários para um bom andamento social. A regulamentação por meio dessas regras de convivência humana, portanto, delimita o surgimento do Direito.

Nesse sentido, o Direito não isenta nenhum cidadão da vida jurídica, haja vista que todos têm os seus direitos garantidos pela lei, assim como devem respeitar as obrigações por ela impostas.

Dessa forma, argumentar juridicamente tal problemática é uma tarefa de complexidade singular, uma vez que a premente consideração acerca do direito e a efetivação dos princípios constitucionais da Administração Pública se faz contundente frente análises do direito empresarial e seus mecanismos de gestão.

É frequente a afirmativa de que o regime de direito administrativo é produzido a partir de uma pluralidade de princípios (JUSTEN FILHO, 2014). Quando se pensar em princípios, deve-se pensar em alicerce, em base para se pleitear os direitos e deveres previstos na Constituição Federal de 1988, lei fundamento e suprema no sistema jurídico brasileiro. Portanto, entende-se que os princípios constitucionais protegem os direitos fundamentais desta ordem jurídica.

Ao se conceituar “princípio”, entende-se como início, origem, regulador de comportamentos ou ações, preceito moral. Já “princípios”, entendem-se como regras, conhecimentos fundamentais ou gerais. Assim, conclui-se que princípios constitucionais são as normas fundamentais de conduta social de um indivíduo, perante a imposição de leis.

Segundo Silva (2006, p. 249), os princípios constitucionais são “informadores da ordem jurídica nacional”. Surgem por intermédio das normas constitucionais, o que gera determinados desdobramentos, tais como princípio da supremacia da Constituição

Federal, princípio da legalidade, princípio da isonomia, princípio da máxima efetividade constitucional, princípio da unidade, e finalmente, os princípios norteadores da Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal.

No ordenamento jurídico brasileiro, a eficiência adquiriu força normativa no Brasil ao ser alçado à condição de princípio fundamental da Administração Pública, pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, incluindo-se entre os princípios previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

É certo, entretanto, que a inclusão do princípio suscitou pungentes críticas por parte de alguns estudiosos: a imprecisão do termo. O que é ser eficiente na Administração Pública? Por outro lado, a referência expressa da Constituição se torna inócua se não houver a efetiva intenção de melhoria na gestão da coisa pública, por parte do Administrador (CARVALHO FILHO, 2012).

Um dos temas mais controvertidos no âmbito do Direito Público é a eficiência. A complexidade conceitual que circunda o tema impõe à concepção republicana o dever de utilização eficiente dos recursos públicos.

Como bem pondera Marçal Justen Filho (2014), a eficiência administrativa não é semelhante à eficiência econômica. Em uma empresa privada as finalidades perseguidas privilegiam a busca do lucro. Em sentido contrário, a atividade estatal procura a melhor eficiência no desempenho, impondo como dever à Administração evitar o desperdício e a falha.

E o autor cita um exemplo que facilita a compreensão.

As contratações administrativas devem refletir a utilização mais satisfatória dos recursos públicos, fundamento da obrigatoriedade da licitação prévia. Mas a Administração Pública também está vinculada a promover a dignidade das pessoas portadoras de necessidades especiais. A Lei 8.666/1993 autoriza que a Administração valha-se de contratações administrativas para cumprir essa função. Assim, as associações de portadores dessas necessidades diferenciadas podem ser contratadas sem licitação para prestar serviços de que a Administração necessitar (art. 24, XX). Neste caso, são realizadas concomitantemente duas finalidades buscadas pela Administração: obter determinada prestação e propiciar, por meio do trabalho, a promoção da dignidade individual dos portadores de necessidades especiais (JUSTEN FILHO, 2014, p. 222).

Contemporaneamente, a atuação do agente público pauta-se, cada vez mais, na adoção de políticas governamentais de cuidado, que assegurem a execução dos serviços públicos com presteza e perfeição, e paralelamente a proteção da Administração e de seus dirigentes da prática de delitos e atos de improbidade, minimizando riscos de eventual responsabilidade funcional.

Neste sentido, a previsão constitucional do princípio da eficiência gerou um sem-número de obrigações positivas ao Estado. O mais moderno princípio da Administração já não contenta que a função pública seja desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório para seus membros (DI PIETRO, 2010).

Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e

para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na tríplice linha administrativa, econômica e técnica (MEIRELLES, 1995, p. 91).

Todavia, as atividades gerenciais adotadas pelo Estado brasileiro ao longo dos anos, no mais das vezes, não se refletiram na promoção da eficiência. A seu tempo, a ineficiência do Estado em criar um núcleo estratégico com o melhor desempenho possível de suas atribuições obstaculizou o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Nesse contexto, o *compliance* exsurge no mundo globalizado como uma das novas faces do controle da economia e das atividades estatais voltadas à consecução de direitos, daí sua aproximação com o direito público econômico.

No Brasil, não se tem regras taxativas sobre o assunto. O *compliance* pode advir de determinação legal, que imponha sua adoção, ou ainda decorrer de iniciativa privada, para fins de criação de um sistema de propulsão do comportamento ético.

É certo que a partir da Lei 12.846/2013, estabeleceu-se uma visão ponderável na doutrina acerca do questionamento da inserção do estudo da ética na economia, com a adoção de medidas para promover um comportamento empresarial em conformidade com o direito.

Destaca o valor dentro da teoria econômica, pondo em xeque a própria teoria da escolha social dominante, duvidando da possibilidade de definição de um ótimo social apenas em função do aumento de riqueza total e propugnando por uma revisão ética do conceito de racionalidade econômica (SEN, 1999, p. 94-106).

Observando o conteúdo da Lei de Anticorrupção Empresarial é possível considerar que a manifestação legislativa configura um sistema de proteção da Administração Pública. Surge assim, a necessidade de reavaliar as ações do poder público que visam a combater a corrupção, não apenas no plano estritamente normativo, mas também, na adoção de uma postura anticorruptiva.

Na busca por soluções efetivas, a experiência da iniciativa privada aponta como um indicativo de (possível) solução para o problema. Neste contexto, a ideia de efetividade alcança a ausência de transparência e lealdade de propósitos na efetivação dos códigos de conduta.

Bruno Carneiro Maeda identifica que o estímulo ao *compliance* se afeiçoa enquanto tendência impulsionada em um movimento crescente, no sentido de que seja reconhecido o “papel fundamental da iniciativa privada na prevenção da corrupção e na manutenção de um ambiente corporativo e competitivo pautado por princípios éticos e de integridade” (MAEDA, 2013, p. 168).

Neste contexto, a efetivação dos programas de *compliance* dá-se pelos denominados códigos de condutas, através dos quais há a promoção de uma cultura do cumprimento de regras no interior da empresa – ou da gestão pública –, desenvolvendo-se a prática da boa governança corporativa.

A seu tempo, e não menos importante, a aplicação da Constituição precisa garantir que em países de modernidade tardia como o Brasil, ocorra o resgate das promessas da modernidade (STRECK, 2004), agregando-se aos demais modelos de estrutura já existentes, como instrumento de incentivo e estímulo a uma conduta administrativa ética e satisfativa, trazendo benefícios à sociedade brasileira.

No Brasil, o Direito Administrativo pode ser considerado um Direito Administrativo Constitucional, dado que na Constituição Federal o disciplinamento da Administração Pública é cuidado com esmero e notável proeminência.

E neste sentido, ressalta Streck (2004, p. 20):

A Constituição brasileira, [...] em que pese o seu caráter aberto, é uma Constituição densa de valores, compromissária e voltada para a transformação das estruturas econômicas e sociais, [...] os mecanismos para a implantação das políticas do Estado Social, sendo compatível com o atendimento ao princípio da dignidade humana. O Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o poder passou para o Poder Executivo, [...] no caso brasileiro, [...] o constituinte determinou instrumentos aptos a suprir a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, [...] para abranger o máximo possível de democracia e de Estado de Direito.

Diante do cenário exposto, em especial considerando que a temática exposta é deveras complexa, pois engendra um sem-número de nuances possíveis, a proposta de pesquisa ora apresentada, fundamentada, em linhas gerais, na investigação de um conceito de eficiência que se amolde à realidade social e ao modelo de gestão contemporâneo, se mostra extremamente relevante na medida em que o dever de uma “administração de qualidade” é um objetivo e uma razão de ser do Estado brasileiro.

CONCLUSÃO

Diante do cenário exposto, em especial considerando que a temática exposta é deveras complexa, pois engendra um sem-número de nuances possíveis, a proposta de pesquisa ora apresentada, fundamentada, em linhas gerais, na investigação de um conceito de eficiência que se amolde ao modelo de gestão contemporâneo, mostra-se extremamente relevante na medida em que o dever de uma “administração de qualidade” é um objetivo e uma razão de ser do Estado brasileiro.

Trazendo o tema à proposta deste resumo, tem-se que a atual postura legislativa autoriza a utilização de mecanismos adequados à estreita gestão do bem público e que promove a gestão da Administração Pública de forma sustentável e eficiente, à luz do preceito consagrado no texto constitucional.

Nessa senda, a efetivação dos programas de *compliance* dá-se pelos denominados códigos de condutas, por meio dos quais há a promoção de uma cultura do cumprimento de regras no interior da empresa – ou da gestão pública –, desenvolvendo-se a prática da boa governança corporativa.

Como resultado, a concepção de como os processos gerenciais atua de forma a instruir o desenvolvimento de uma gestão satisfatória, com qualidade e eficiência. Disciplinar as condutas dos agentes na salvaguarda dos valores probos que devem permear os atos praticados pelo administrador, na gestão pública.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Org.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167-202.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

GT2

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PRODUTORA DE CONTEÚDO / PROPRIEDADE INTELECTUAL: POR UMA NOVA TEORIA DA PROPRIEDADE?

INTELLECTUAL PROPERTY: FOR A NEW THEORY OF PROPERTY?

GT 2 – GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

DÉBORA DOS SANTOS VIANA – Mestranda em Direito na Universidade de Marília
– UNIMAR, dsviana@outlook.com

LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA – Professor Doutor do Curso de Mestrado e
Doutorado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR,
lourival.oliveira40@hotmail.com

Resumo

A inteligência artificial torna-se mais presente e com ela surgem problemas, cabendo citar a propriedade sobre suas criações. Esse questionamento ganha relevo na medida em que o ordenamento jurídico parece não oferecer tratamento regulador. Essa pesquisa tem como objetivo explorar a teoria da propriedade. Analisou-se os contrapontos do direito de propriedade em relação àquilo que é criado pela inteligência artificial. Concluiu-se que a legislação nacional não regulou esse tema, exigindo-se a necessidade de sua regulação, com a finalidade de resguardar os direitos dos criadores originais. Foram utilizados o método dedutivo e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Propriedade Intelectual. Teoria da Propriedade.

Abstract

Artificial intelligence becomes more present and with it problems arise, and it is necessary to cite the property about its creations. This questioning comes to the fore insofar as the legal system does not seem to offer regulatory treatment. This research aims to explore the theory of property. We have analyzed the counterpoints of property rights in relation to what is created by artificial intelligence. It was concluded that national legislation did not regulate this theme, requiring the need for its regulation, in order to protect the rights of the original creators. The deductive method and bibliographic research were used.

Key-words: Artificial Intelligence. Intellectual Property. Property Theory.

INTRODUÇÃO

No contexto histórico tem-se a definição de propriedade construída ao longo do tempo por grandes estudiosos, cada qual em sua época, que mesmo divergindo os pensamentos um completa o outro, cabendo citar aqui Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

O que causa certa estranheza e talvez traz receios é o ser humano criar máquinas com inteligência artificial (IA), e elas terem a capacidade de realizar as suas

próprias criações, pegar algo em seu estado de natureza e modificar, criar e zelar, como se tivesse a propriedade do objeto.

O objetivo da presente pesquisa é, a partir de um estudo histórico, promover debates sobre o direito de propriedade do criador original, pessoa física, em relação àquilo que posteriormente poderá ser recriado ou modificado pela máquina. Saber se a legislação atualmente existente no Brasil sobre o direito de propriedade é suficiente para atender essa nova necessidade surgida principalmente após o invento da chamada inteligência artificial.

Por óbvio, o ordenamento jurídico não está preparado para tanta mudança. Neste contexto, explicando melhor, o presente estudo tem como objetivo introduzir o problema da teoria da propriedade das criações resultantes da inteligência artificial. Enquanto justificativa, a existência de situações concretas em que não se sabe a quem atribuir o direito de propriedade e por consequência de responsabilidade civil pelo invento ou desenvolvimento/transformação do mesmo.

Para tanto, inicia-se o estudo da teoria da propriedade, passando por uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de inteligência artificial e como ela vem se desenvolvendo, utilizando nesta pesquisa o método dedutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica.

1 A PROPRIEDADE CLÁSSICA

Inicialmente tem-se que propriedade é possuir alguma coisa, ser o seu verdadeiro dono, e dela poder desfrutar. Porém, necessário faz-se necessário introduzir no seu contexto histórico, passando pelas definições de propriedade por Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, e a forma de como o a história foi se modificando, em relação ao ser proprietário de algo, homem e Estado.

O Estado como marco da formação da sociedade é quem doutrina o que é propriedade, e só dele provém, o direito a ser proprietário, não havendo outra forma de pertencer à sociedade. “Para Hobbes, a propriedade inexiste no estado de natureza e foi instituída pelo Estado-Levitã após a formação da sociedade civil. Assim como a criou, o Estado pode também suprimir a propriedade dos súditos” (MELLO, 2006, p.85).

John Locke menciona a propriedade como um todo, e como um direito natural, uma ideia totalmente diferente de Hobbes, uma vez que entende que se é da natureza que vem a propriedade, logo a propriedade é anterior ao Estado, não tendo ele o domínio sobre ela, “De tudo isso, é evidente que, embora a natureza tudo nos ofereça em comum, o homem, sendo senhor de si próprio e proprietário de sua pessoa e das ações ou do trabalho que executa, teria ainda em si mesmo a base da propriedade”(LOCKE, 1996, p.132)

Primeiramente no mesmo sentido de Locke, Rousseau aduz que o surgimento da propriedade se dá no estado de natureza, utilizando a celebre frase: “O primeiro que tendo cercado um terreno se lembrou de dizer “isto é meu” e encontrou pessoas bastante simples para acreditar, foi o verdadeiro criador da sociedade civil” (ROUSSEAU, 1954, p.68).

Assim, verifica-se que Locke e Rousseau apontam o mesmo caminho para a propriedade, qual seja, a transição do trabalho para a posse e desta para a propriedade. Entretanto, enquanto Locke apresenta a propriedade como direito inalienável e objeto de proteção por parte do Estado, Rousseau a qualifica como degeneração do homem e aproxima-se de Hobbes ao asseverar que ela somente surge com o advento do Estado.

Consoante tal raciocínio, uma vez desmembrado o conceito de propriedade na espécie de bens de consumo e de meios de produção, esta última somente pode ser

concebida com direito, portanto passível de proteção contra atos do estado e de particulares, no caso de ter função social.

2 A PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal trata do direito à propriedade no artigo 5º, XXII e XXIII principalmente. Também estabelece como fator principiológico da ordem econômica, garantindo este direito no artigo 170, incisos II e III, tendo a propriedade privada a obrigação de externar a função social.

Contudo, não elide o elemento extrapatrimonial, ou seja, a propriedade intelectual com os demais tipos de propriedade, ficando vaga a segurança das propriedades artísticas e literárias, isso no instituto de Constituição Federal, a respeito da propriedade.

Tem-se as leis que delimitam territórios de criação, cabendo citar a Lei 9.609/1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, que em seu artigo 2º trata da proteção aos direitos do autor e do registro, deixando claro que se não houver pessoa física ou jurídica não consegue registrar uma criação.

Seguindo com a Lei 9.610/1998, que consolida a legislação sobre os direitos autorais e o que lhe são conexos, protegendo o direito dos nacionais, no seu artigo 1º ao determinar os direitos do autor e os que lhe são conexos traz uma abrangência de situações que se encaixariam, uma vez que a criação pode produzir lucros e prejuízos. E em seu título II, obras intelectuais, o artigo 7º, é claro, no sentido da proteção sobre as obras de espírito, tangível ou intangível, ficando claro que esta lei não tutela a criação realizada por uma inteligência artificial, uma vez que embora espírito tenha vários conceitos, apenas o ser vivo é quem o tem, pois são consideradas como criação da mente.

A Lei 9.279/1996, protege a propriedade industrial, porém o interesse social está associado ao desenvolvimento tecnológico pois é o desenvolvimento econômico no nosso país. Seguindo com a leitura da lei, a mesma protege uma criação realizada por pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou domiciliadas em país que assegurem os direitos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil. Compreende que a proteção da criação apenas as pessoas com direitos e deveres perante a sociedade, sendo responsável pelos seus atos e pelas suas criações e o que delas pode vir a transformar.

E após algo já patentado, ou proprietário e possuidor da coisa é protegido pelo Código Civil, “propriedade é o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentre os limites normativos de usar, gozar e dispor de algum bem, sendo assim, podendo ser a coisa corpórea ou incorpórea, bem como de reivindicar quem injustamente a detenha”. (DINIZ, 2012, p.878). O bem só será protegido pela lei de propriedade estabelecida no código civil, quando já estiver patentado.

3 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO PRODUTORA DE CONTEÚDO

Os avanços tecnológicos iniciaram com a criação de programas de computadores, assim, as máquinas fazem a mesma atividade que o homem de uma forma mais prática.

Essa área da ciência foi desenvolvendo de uma forma tão rápida, que não se criam apenas programas de computadores para desenvolver as atividades práticas realizadas pelo homem, mas sim, para agir igual ele, o momento é da era em que as máquinas estão sendo criadas para pensar, desenvolver e criar algo novo, estamos diante da inteligência artificial.

“Um sistema IA não é capaz somente de armazenamento e manipulação de dados, mas também da aquisição, representação, e manipulação de conhecimento” (VISÃO GERAL, 2017, p. 03). Assim é definida essa nova tecnologia, que veio para ficar, e aumentar casa vez mais seu ramo de atuação.

Essa capacidade de aprender desenvolvida é denominada de *machine Learning*, “da maneira mais básica é a prática de usar algoritmos para coletar dados, aprender com eles, e então fazer uma determinação ou predição sobre alguma coisa no mundo” (DATA SCIENCE, 2016). Esse sistema se divide no *Deep Learning*, “se quebra em diversas tarefas de maneira que todo tipo de ajuda de uma máquina é possível, mesmo as mais remotas” (DATA SCIENCE, 2016).

Assim, verificou-se que o problema é muito maior e tem que ser definida a responsabilidade da IA. Não obstante, antes disso precisa-se compreender a quem pertence o direito de propriedade. Pelas leis apresentadas apenas abordou-se um ponto em comum, todas protegem o direito das pessoas físicas e jurídicas e em nenhum momento a inteligência artificial.

Conforme o INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, para se patentear algo é indispensável que seja declarado uma pessoa física ou jurídica para declarar a descoberta, uma vez, não se menciona a máquina.

Ocorre que a inteligência artificial produz conhecimento sozinha, uma vez que com o sistema *Machine Learning* e *Deep Learning* tem a capacidade de aprender, armazenar informações, tirar conclusões de experiências negativas, para então reformular a criação em algo excelente, inventivo e inovador que todos queiram patentear.

Passa para a seguinte análise, o robô com a inteligência artificial (IA) se utilizou das informações nela contida, aplicada pelo engenheiro criador, já que não tem nenhuma lei que protege a criação através da inteligência artificial, essa descoberta seria deste engenheiro?

Estar-se-ia diante de três situações de propriedades diferentes: do engenheiro criador da inteligência artificial, uma vez que ele patenteou a criação e colocou informações para análise e desenvolvimento da Inteligência Artificial. A propriedade da empresa que comprou o robô dotado de inteligência artificial, uma vez que aquilo que se compra se torna propriedade, podendo usufruir qualquer forma sendo protegido pelo código civil. A terceira situação, onde a propriedade seria a da própria máquina dotada IA, uma vez que no seu sistema pode ter utilizada a informação inicial introduzida pelo engenheiro, e, por suas experiências, ter descartadas tais informações e criado novas, chegando a elaboração de um novo produto.

“O Parlamento Europeu, já preocupado com estas mudanças e avanços, fez uma resolução em 16.02.2017” (UNIÃO EUROPEIA, 2017), que em suas disposições, ao tratar sobre o direito civil da robótica, bem como entre tantos itens, rege a respeito da propriedade intelectual de robôs e Inteligência artificial, em um campo específico para “propriedade intelectual e circulação de dados”, mas aborda uma posição neutra no ponto de vista tecnológico da propriedade intelectual aplicável aos diversos setores que a robótica pode ser empregada, nada mudando a questão da propriedade de invenções de descobertas realizadas pela inteligência artificial.

Se partir da premissa que a inteligência artificial é autônoma, seria ela a responsável por tudo, não sendo necessária uma nova teoria de propriedade, partindo para uma nova teoria, de pessoa ou de sujeitos, uma vez que o que é propriedade tem arcabouço jurídico definindo e protegendo.

CONCLUSÃO

No deslinde do presente estudo verificou-se a teoria da propriedade, levando-se em conta o seu contexto histórico, onde propriedade, de origem divina, tornou-se regulada pelo Estado através da legislação pertinente. Em um primeiro momento foi normatizada apenas em seu aspecto concreto e acessível ao ser humano, conforme Constituição Federal e Código Civil principalmente, ganhando após uma normatização levando-se em conta o seu aspecto imaterial.

Acontece que o conjunto normativo existente no Brasil não é capaz de regular uma criação realizada pela inteligência artificial (IA), uma vez que se encontram voltadas para o direito das pessoas físicas e pessoas jurídicas, e, conforme a Lei nº 9.610/1998, a criação tem que ser algo feito pelo “espírito”, característica destinada apenas aos seres humanos.

Como a Constituição Federal e o Código Civil protegem a propriedade e seu criador enquanto pessoa física ou jurídica, concluiu-se que o problema não está na teoria da propriedade. A questão principal está na discussão em torno da tutela do direito de propriedade.

Melhor explicando, só é tutelado o direito de criar e ter a propriedade aquele que é sujeito de deveres e obrigações, definições estas que não são atribuídas a Inteligência Artificial. A partir do momento em que se reconhece a Inteligência Artificial como criadora de algo, surge a necessidade de uma nova teoria ou talvez o desdobramento para uma nova vertente, com deveres e obrigações, a fim de que ela fosse incluída no rol de criadora e fosse regulada pelo ordenamento jurídico.

De uma forma mais objetiva, ter-se-ia como detentoras do direito de propriedade a pessoa física, pessoa jurídica e uma terceira espécie, no caso a própria inteligência artificial enquanto uma nova modalidade de sujeito ou de possuidor do direito de propriedade.

REFERÊNCIAS

- DATA SCIENCE BRIGADE, *A diferença entre inteligência artificial, Machine Learning e Deep Learning*, 2016. Disponível em: <<https://medium.com/data-science-brigade/a-diferen%C3%A7a-entre-intelig%C3%Aancia-artificial-machine-learning-e-deep-learning-930b5cc2aa42>>. Acesso em: 09 jul.2018.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 16ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOCKE, John. *Two treatises of civil government*. London: Everyman's Library, 1996. Tradução de Cid Knipell Moreira.
- MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco Correa (Org.). *Os clássicos da política 1*. 14ª ed. – São Paulo: Ática, 2006, p.79-89.
- ROUSSEAU, J.-J. *Du contrat social ou Principes du droit politique*. Paris: Édition Garniel, 1954. Tradução Cid Knipell Moreira.
- UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))*. 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//PT>> Acesso em: 07 jul.2018.
- VISÃO GERAL SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. Mestrado em informática aplicada a educação, 2017, Rio de Janeiro, *Anais eletrônicos NCE*, Rio de Janeiro.

CONTRATO DE GESTÃO E TERCEIRO SETOR

MANAGEMENT AGREEMENT AND THIRD SECTOR

Autor:

ALEXANDRE BALDASSIN VERDE SELVA
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
alexandre.selva@gmail.com

Coautora:

ANNA CAROLINA SILVEIRA VERDE SELVA
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
ac_sil@gmail.com

ORIENTADOR:

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
emerson@unimar.br

GT2

RESUMO

O presente estudo visa analisar brevemente a utilização do contrato de gestão e as entidades que integram o terceiro setor como forma de efetivação da descentralização dos serviços públicos. O moderno modelo de governo utiliza-se de descentralização de competência, buscando com isso maior eficiência na gestão pública. A Constituição Federal garante a estabilidade de todo ordenamento jurídico brasileiro e, por isso é que os estudiosos procuram dentre suas normas o suporte para a descentralização dos serviços públicos, suporte este encontrado no artigo 37, XIX, da Constituição Federal. Adotou-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, por meio de estudo da legislação vigente e sua evolução, esclarecendo as espécies de descentralização administrativa e a participação de particulares na administração pública. Nesse contexto, se afiguram as diversas entidades que compõem o terceiro setor. Por se tratar de uma seara em constante evolução as orientações doutrinárias e jurisprudenciais evoluem acompanhando o progresso da sociedade.

Palavras-chave: Serviço Público. Concessão de Serviço Público. Terceiro Setor.

ABSTRACT

The present study aims to analyze briefly the use of the management contract and the entities that integrate the third sector as a form of effectiveness of the decentralization of public services. The modern governance model uses decentralization of competence, thus seeking greater efficiency in public management. The Federal Constitution guarantees the stability of all Brazilian legal systems, and that is why scholars seek among their norms the support for the decentralization of public services, a support found in Article 37, XIX, of the Federal Constitution. Bibliographical and jurisprudential research was adopted, through a study of the current legislation and its evolution, clarifying the species of administrative decentralization and the participation of individuals in public administration. In this context, it appears that the various

entities that make up the third sector. Because it is a constantly evolving field, the doctrinal and jurisprudential orientations evolve with the progress of society.

Keywords: Public Service. Public Service Concession. Third sector.

INTRODUÇÃO

Contrato de gestão, ou acordo-programa, é um ajuste firmado entre a Administração Direta Centralizada e entidades da Administração Indireta, ou entre órgãos da própria Administração Direta, com a finalidade de tais entidades cumprirem determinadas metas de desempenho e em contrapartida adquirem maior liberdade em sua atuação administrativa.

Adentrando ao exposto acima, pode-se perceber que o contrato de gestão está intimamente relacionado com a noção de eficiência na administração dos recursos públicos em função da ideia de administração gerencial.

A expressão “Administração Gerencial” encontra guarida no parágrafo oitavo do artigo 37 da Constituição Federal, segundo o qual:

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

Como regra, o contrato de gestão é utilizado como forma de ampliar a autonomia de órgãos ou entidades da administração pública, porém, também é utilizado como forma de se firmar o vínculo com entidades privadas que prestam serviço de interesse público, desde que não sejam serviços de competência exclusiva do Estado.

Na concepção de parte da doutrina, tais acordos devem fornecer uma espécie de controle de resultados, os quais irão nortear a Administração Pública quanto à conveniência e oportunidade de manter, rescindir ou alterar referido contrato.

DESENVOLVIMENTO

1.1. Contrato de gestão e o terceiro setor

A hipótese de contrato de gestão firmado com entidades privadas, não pertencentes à Administração Pública, encontra-se expressamente prevista na Lei 9.637/1998. Esta lei disciplina os requisitos para que uma entidade privada se qualifique como organização social, sendo o contrato de gestão o instrumento necessário para tal qualificação.

Em função de tal vínculo, a entidade privada se compromete a atingir metas na prestação de determinado serviço de interesse social e como contrapartida há a ajuda por parte da Administração Pública, por meio de cessão de bens públicos ou repasse de recursos públicos para serem usados de forma vinculada aos fins sociais de tais entidades, ou ainda por outros meios

1.2. Terceiro Setor: As Entidades Paraestatais

Segundo a doutrina majoritária, entidades paraestatais se caracterizam por serem pessoas privadas, sem fins lucrativos, que exercem atividades de interesse público, mas não exclusivas de Estado, recebendo fomento do poder público para tanto.

As entidades paraestatais integram o chamado terceiro setor, que pode ser definido como aquele composto por entidades privadas que prestam serviço de interesse público, por iniciativa privada e sem fins lucrativos. Nesse conceito de entidades paraestatais estão enquadrados:

- Os serviços sociais autônomos;
- As organizações sociais;
- As organizações da sociedade civil de interesse coletivo (OSCIP);
- As entidades de apoio;

1.3. Serviços Sociais Autônomos

As entidades que integram os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado, em geral representativas de categorias econômicas, cuja criação é prevista por lei, podendo ser instituídas como associações civis ou fundações sem fins lucrativos.

Tais entidades têm por objeto atividades de interesse social, geralmente direcionada ao aprendizado profissionalizante, prestação de serviços assistenciais ou de utilidade pública.

Em contrapartida, recebem recursos oriundos de contribuições sociais de natureza tributária, portanto, compulsórias, bem como por dotações orçamentárias do Poder Público. Em função de receberem recursos público, estão sujeitos ao controle exercido pelo Tribunal de Contas da União.

São exemplos de organizações sociais: SESI (Serviço Social da Indústria), SESC (Serviço Social do Comércio), SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial), entre outros.

1.4. Organizações Sociais

Trata-se de uma qualificação dada para pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por particulares que desempenham serviços não exclusivos do estado, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por um contrato de gestão não integrando a administração pública. São as únicas entidades privadas que celebram contrato de gestão com o poder público, instrumento pelo qual são firmadas as obrigações de ambas as partes.

Esta qualificação é dada a associações ou fundações privadas (não integrantes da administração pública) que a recebem em função de terem se habilitado perante o Poder Público. Suas atividades são dirigidas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Segundo a doutrina, o ato de qualificar tais entidades com Organizações Sociais é um ato discricionário do ente competente, ou seja, mesmo tendo sido cumpridas as exigências legais, o Poder Público pode negar tal qualificação em função do interesse público, devidamente motivado.

Maria Sylvia Di Pietro (2009, p. 142) esclarece da seguinte forma:

[...] é uma qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito provado sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão,

para desempenhar serviço público de natureza social. Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o poder público, recebe a qualificação; trata-se de um título jurídico outorgado e cancelado pelo poder público.

Apesar de ser citada a prestação de serviço público, não se trata de serviço público em sentido estrito, ou seja, o regime jurídico a que se sujeitam os serviços prestados pelas organizações sociais é parcialmente público. Já quando a autora cita a forma de fundação como forma para criação da entidade, está se referindo à fundação de direito privado, não integrante da Administração Pública.

A Lei 9.637/1998 afirma que o Poder Executivo poderá qualificar organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Pode-se concluir que não se trata de uma nova categoria de pessoa jurídica e sim uma qualificação dada à uma entidade privada que atenda aos requisitos exigidos pela lei.

Apesar de prestarem serviços de interesse público, não se trata de uma delegação de serviço público, portanto exercem atividade em nome próprio, com incentivo do Estado, no repasse de recursos públicos ou com a permissão de uso de bens públicos, sendo ainda facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor à organização social, mantendo-se o ônus ao órgão de origem do referido servidor.

Tais entidades são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais. A Lei 9.666/93, em seu artigo 24, disciplina que pode ser dispensada a licitação na “celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das referidas esferas de governo, para

A fiscalização de tais entidades é realizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, devendo ser apresentados relatórios anualmente ou quando solicitados pertinente à execução das metas estabelecidas no contrato de gestão.

O descumprimento das metas estabelecidas no contrato de gestão pode ter como consequência à desqualificação da entidade com organização social que será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa. Caso seja efetivada, a desqualificação implicará a reversão dos bens e dos valores entregues à organização social.

1.5. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)

As organizações de sociedade civil de interesse público trabalham em um regime de parceria entre o poder público e a iniciativa privada, ou seja, uma parceria entre a administração pública e os particulares, cuja regulamentação se deu pela lei 9.790/99.

Trata-se de uma qualificação jurídica que é dada à certas pessoas jurídicas de direito privado em função de elas exercerem certas atividades de interesse público em regime de parceria com o poder público, não se tratando de uma nova categoria de pessoa jurídica e sim uma qualificação dada a pessoas jurídicas de direito privado que se enquadrem em certos requisitos estabelecidos legalmente e em contrapartida há certos benefícios oferecidos pelo Estado.

Segundo Maria Sylvia Di Pietro (2009, pg. 147):

Trata-se de uma qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativas de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com o incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria.

Segundo a classificação da ilustre autora, pode-se concluir que se trata de um regime muito parecido com o regime estabelecido para as organizações sócias, através da lei 9.637 do ano de 1998, sendo, em ambos os casos, exigido que as pessoas jurídicas de direito privado não tenham finalidade econômica e exerçam atividades de interesse social, recebendo tal qualificação pelo Poder Público.

Deve-se atentar que uma das principais diferenças entre os dois institutos citados está na vinculação do Poder Público em qualificar tais entidades, enquanto que para as organizações sociais trata-se de um ato discricionário por parte do Poder Público, para as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, o ato de qualificação é vinculado, ou seja, assim que as entidades atendam aos requisitos legais, o Poder Público não possui o juízo de valor sobre a possibilidade de sua qualificação.

De acordo com a doutrina, a diferença fundamental é que a organização social recebe ou pode receber delegação para gestão de serviço público, já a organização de sociedade civil de interesse público, não recebe delegação mas exerce atividade de natureza privada com a ajuda do Estado.

Compete ao Ministério da Justiça a qualificação das entidades em OSCIP. Conforme dito anteriormente, o vínculo entre o Poder Público e entidade privada é estabelecido mediante um “termo de parceria”, no qual serão estabelecidos os direitos e obrigações de ambas as partes, tais como o objeto do ajuste, as metas a serem alcançadas, os prazos de execução, os critérios de avaliação de desempenho, a previsão de receitas e despesas, a obrigatoriedade de apresentação de relatório anual entre outros.

O controle exercido pelo Poder Público sobre a atuação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público é feito pelo órgão responsável pela área de atuação da atividade fomentada e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes em cada esfera de governo.

Segundo a doutrina majoritária, as principais diferenças entre as organizações sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público está no fato de haver a necessidade da participação de agentes do Poder Público no conselho de administração da entidade nas organizações sociais, já para as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não há essa exigência.

Há também diferenças nas exigências de ordem contábil/fiscal, sendo que para a qualificação como organização social há a necessidade de apresentação de alguns documentos como, por exemplo, o balanço patrimonial e demonstrativo de resultado do exercício, enquanto que não há tal exigência para a qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Para Maria Sylvia Di Pietro (2009, pg.152), a principal diferença está no fato de que as organizações sociais “recebem ou podem receber delegação para a gestão de serviço público, enquanto que a OSCIP exerce atividade de natureza privada, com ajuda do Estado.”

1.6. Entidades de apoio

Entidades de apoio podem ser definidas com pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob forma de fundação, associação ou cooperativa, para a prestação em caráter

privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da administração direta ou indireta, em regra por meio de convênio.

De modo geral, as entidades de apoio são reguladas por meio da Lei 8.958/94, as quais, nos termos da lei são “fundações de apoio às instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica”, sendo constituídas mediante fundação de direito privado, sem fins lucrativos, credenciadas no Ministério da Educação da Ciência e Tecnologia, estando sujeitas à fiscalização do Ministério Público.

Tais entidades estão beneficiadas principalmente pela Lei 8.666/93, a qual dispensa a obrigatoriedade de licitação na contratação dessas entidades, por prazo determinado, pelas entidades federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica, tendo como finalidade dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e desenvolvimento institucional de interesse das instituições federais contratantes.

A lei possibilita que tais entidades de apoio utilizem bens e serviços da instituição federal contratante, mediante ressarcimento e estritamente pelo prazo necessário à execução de sua finalidade institucional. Há também a possibilidade de utilização de servidores da entidade federal contratante pelas entidades de apoio sem prejuízo de suas atribuições funcionais.

Entre outras normas de direito público às quais as entidades de apoio estão vinculadas está a necessidade de licitação prévia quando forem contratantes de obras, compras e serviços e da sujeição à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União.

CONCLUSÃO

A descentralização dos serviços públicos e o contrato de gestão foram idealizados e criados com a finalidade de se flexibilizar a prestação de serviços de interesse público sem que tal fato acarretasse grandes reflexos no orçamento estatal. Desta forma, as entidades integrantes do terceiro setor foram incumbidas de executarem serviços de interesse público, m regra, relacionados com interesses sociais.

Tais entidades atuam precipuamente prestando serviço relacionados à saúde e educação ao lado do poder público de forma a proporcionar maior efetividade na prestação de tais serviços. Em contrapartida, tais entidades recebem recursos públicos bem como cessão de recursos humanos por parte do poder público para o desempenho de suas funções.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

**ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA REDUÇÃO DA ALÍQUOTA DA
CIDE–COMBUSTÍVEIS SOBRE O DIESEL**

**TAX ASPECTS OF REDUCTION OF ALIQUOT OF CIDE–FUELS ON
DIESEL**

GT 2 – GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

ELAINE CRISTINA SOTELO FACHINI – Bolsista PROSUP/CAPES
Vinculada ao Grupo de Pesquisa: Globalização, Direito e Economia
lainefachini@gmail.com

CINTYA NISHIMURA DURÃES – Bolsista PROSUP/CAPES
Vinculada ao Grupo de Pesquisa: Globalização, Direito e Economia
cnddireito@gmail.com

VALTER MOURA DO CARMO

Professor Doutor, do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília –
UNIMAR.

Vinculado ao Grupo de Pesquisa: Globalização, Direito e Economia
vmcarmo86@gmail.com

RESUMO

A Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, como a CIDE-combustíveis, tem natureza tributária controversa no Código Tributário Nacional, entretanto, o artigo 149, da Constituição Federal de 1988, consolida essas contribuições como sendo prestações pecuniárias, compulsórias e regulatórias, portanto, um tributo. Sendo assim, o presente trabalho tem por escopo abordar os aspectos tributários da CIDE-combustíveis e, como a mesma sendo instrumento de intervenção do Estado na economia, pode corrigir falhas no mercado ou intervir em situação específica, como medida paliativa para sanar o problema, como no caso da paralização do setor de transporte rodoviário em todo país. Assim, justifica-se a análise da redução da alíquota da CIDE-combustíveis, sobre o diesel, por ser uma temática atual e de relevância ante à necessidade de uma solução efetiva para o caso em tela. Para auferir o que foi exposto, utilizar-se-á a metodologia hipotético-dedutiva colhida em bibliografias pertinentes à temática, com o levantamento de hipótese de como se processa a redução da alíquota da CIDE sobre o diesel. Conclui-se que as CIDES são contribuições regulatórias utilizadas como um instrumento do Estado de intervenção na economia. Reduzindo-se a alíquota sobre o diesel, deu-se uma alternativa paliativa ao problema mencionado, porém, sendo necessária uma medida efetiva para o mesmo.

Palavras-chave: Aspectos Tributários. CIDE–Combustíveis. Redução de Alíquota.

ABSTRACT

The Contribution of Intervention in the Economic Domain - CIDE, like CIDE-fuels, is controversial in the National Tax Code, however, Article 149 of the Federal Constitution of 1988 consolidates these contributions as pecuniary, compulsory and regulatory benefits, therefore, a tribute. Therefore, the present work is aimed at addressing the tax aspects of CIDE-fuels, and since it is an instrument of State

intervention in the economy, it can correct market failures or intervene in a specific situation as a remedy to the problem, as in the case of the paralysis of the road transport sector in the entire country. Thus, the analysis of the reduction of the CIDE-fuels rate on diesel is justified, since it is a current and relevant issue, in view of the need for an effective solution for the case under review. In order to obtain the abovementioned, we will use the hypothetical-deductive methodology, collected in bibliographies related to the thematic, with the hypothesis of how to reduce the CIDE aliquot on diesel. We conclude that CIDES are regulatory contributions, used as an instrument of the State for intervention in the economy. By reducing the tax on diesel, a palliative alternative was given to the mentioned problem, but an effective measure is necessary.

Keywords: Tax Aspects. CIDE–Fuels. Reduction of Tax Rate.

INTRODUÇÃO

As **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico** – CIDES, como as CIDE-combustíveis, são controversas dentro do Código Tributário Nacional - CTN, em relação a sua natureza tributária. Advindo a Constituição de 1988, consolidou no Capítulo I do Sistema Tributário Nacional, com o artigo 149, o entendimento de que tais contribuições são prestações pecuniárias compulsórias, regulatórias e, portanto, tributo.

A CIDE-combustíveis foi instituída pela Lei 10.336, de 19 de dezembro de 2001, e regulamentada pela Lei 10.636, de 30 de dezembro de 2002. Sendo referenciada e admitida como intervencionista, por meio do fundamento dado no artigo 149 da Constituição Federal, advindo da função que o Estado de Direito se reveste com o direito de intervir na economia para corrigir falhas no mercado econômico ou, em situação específica, que exijam manifestação da União. Com a projeção da CIDE-combustíveis dentro do mercado econômico, tendo características de tributo, o Estado se harmoniza com o sistema tributário nacional, podendo dessa forma intervir no domínio econômico. A alíquota das CIDES pode variar perante a circunstância que faz necessária a intervenção estatal na economia, sendo a mesma de caráter regulatório.

A contribuição das CIDE-combustíveis caracteriza-se como um incentivo aos bens públicos, quando relacionados à infraestrutura de transportes. A incidência do tributo sobre os combustíveis provoca um aumento no custo do transporte, mas também levanta recursos para o Estado investir em infraestruturas rodoviárias, como a conservação de vias e rodovias, financiamento para melhorias no transporte coletivo, dentre outros, sendo exatamente isso uma das finalidades da CIDE-combustíveis.

A ocorrência de constantes aumentos nos preços dos combustíveis, no primeiro trimestre de 2018, provocou aumento no custo dos transportes rodoviários, levando os trabalhadores do setor a uma paralisação que causou complicações na movimentação de produtos para abastecimento do país. Frente a essa situação, o Estado utilizou de seu poder de livre manipulação da CIDE-combustível, reduzindo sua alíquota sobre o diesel, para dar uma alternativa paliativa ao problema, porém, não efetiva.

O presente estudo tem por escopo esclarecer os aspectos tributários como a função e finalidade da CIDE-combustíveis, e como se processa e efetiva a intervenção do Estado, reduzindo a alíquota, para solucionar o caso mencionado. Isso é o que se verá a seguir.

CIDE – COMBUSTÍVEIS ASPECTOS TRIBUTÁRIOS

A Constituição prevê as contribuições sociais como competência exclusiva da União, abrangendo também a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, pois a mesma, sendo contribuição, alcança determinada atividade econômica,

nesse caso a dos combustíveis, como instrumento de atuação em área respectiva, conforme dispõe o artigo 149 da Constituição Federal de 1988. Ao se falar em domínio econômico, tratamos do setor privado. Já a atividade econômica do Estado, manifesta-se pela prestação de serviços públicos ou pelo desenvolvimento de atividades econômicas em sentido estrito.

Corroborando no entendimento sobre a CIDE, temos que,

[...] a CIDE é espécie de tributo de uso excepcional e temporário, que se caracteriza por sua finalidade, qual seja, a de servir como instrumento da intervenção da União Federal em setores descompassados ou desregulados do mercado, nos quais referido descompasso esteja inviabilizando a livre iniciativa ou outros princípios com os quais esta deva conviver equilibradamente. A intervenção realizada pela CIDE deve ocorrer tanto através de sua incidência, de forma extrafiscal, como através do custeio de órgão estatal incumbido dessa intervenção. Finalmente, referida contribuição não se pode prestar como instrumento arrecadatório, nem representar invasão direta ou indireta na competência tributária de outros entes federados. (MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 33).

Então, vemos que à União cabe o poder de intervir no domínio econômico de forma direta, explorando as atividades econômicas por meio de suas empresas, ou indireta, disciplinando a ação das empresas privadas. No campo dos serviços públicos, tributa-se por meio de taxas. Já em relação à atividade econômica em sentido estrito, a União atua com as contribuições interventivas, direcionando os contribuintes a contribuírem com o interesse coletivo, o que torna esses tributos um instrumento da extrafiscalidade. São exemplos a CIDE-combustíveis, relativa às atividades de comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e álcool carburante, e a Cidetecnologia, relativa à exploração de patentes, uso de marcas, fornecimento de conhecimentos tecnológicos ou prestação de assistência técnica no caso de contratos que impliquem transferência de tecnologia. (CARRAZA, 2013).

A CIDE-combustíveis foi instituída pela Lei 10.336, de 19 de dezembro de 2001, e regulamentada pela Lei 10.636, de 30 de dezembro de 2002. Estabelecendo que, sobre a comercialização no mercado interno e a importação de gasolina e suas correntes; diesel e suas correntes; querosene de aviação e outros querosenes; óleos combustíveis (fuel-oil); gás liquefeito de petróleo, inclusive o derivado de gás natural e de nafta e álcool etílico combustível, têm como sujeitos passivos da obrigação tributária as pessoas físicas ou jurídicas que produzam, formulem ou importem essas substâncias. A dita contribuição pode ser, então, direcionada ao setor de exploração e produção de petróleo, gás natural e biocombustíveis, sendo uma de suas finalidades o financiamento do programa de infraestrutura de transportes, porém não é aplicada com efetividade.

Podemos dizer então que as CIDEs são contribuições regulatórias, utilizadas como instrumento de política econômica para enfrentar determinadas situações que exijam a intervenção da União na economia do país. Temos então que:

Em conclusão, não há dúvida de que se tratam as Contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDEs) de instrumento de planejamento econômico, a ser utilizadas para regular o funcionamento do mercado, na hipótese de desequilíbrio, de sorte que esta intervenção possibilite a redução das falhas produzidas pelo mercado, garantindo a concretização dos programas e fins

estabelecidos no Art. 170 da Constituição Federal. (ANDREOTTI; VITA, 2013, p. 181).

Assim, a intervenção das CIDEs concretiza os objetivos previstos na Constituição Federal, atentando aos valores e princípios da ordem econômica, transformando-a em um instrumento apto a corrigir as falhas de mercado. Verifica-se que a CIDE-combustível está vinculada à correção das falhas de mercado ligadas ao setor petrolífero, onde os recursos arrecadados sejam destinados à concretização dos objetivos destacados. (GRECO, 2001).

A contribuição do setor petrolífero torna-se um incentivo aos bens públicos quando relacionados à infraestrutura de transportes. A incidência do tributo sobre os combustíveis provoca um aumento no custo do transporte, mas, também, levanta recursos para o Estado investir em infraestrutura, como a conservação de vias e rodovias, financiamento para melhorias no transporte coletivo, dentre outros, sendo exatamente essa uma das finalidades da CIDE-combustíveis.

O valor arrecadado pelas CIDEs, são repartidos entre os estados e municípios, por força constitucional. Porém, os critérios de distribuição, definidos em lei, são complexos e fazem com que a atuação do Estado seja de forma associada, produzindo efeitos distributivo e estabilizador limitados, causando baixa eficiência na gestão dos recursos.

Em relação à extrafiscalidade, as CIDEs atuam como forma de indução aos consumidores, auxiliando nos objetivos de política fiscal, levando-os a consumir mais ou menos produtos. Porém, como exemplo, podemos citar um aumento da alíquota na CIDE-combustíveis, fazendo o preço dos mesmos aumentar, seria lógico que o consumo diminuiria, mas, tratando-se de um bem essencial, com demanda inelástica, isto é, pouco sensível à variação de preços, essa medida é pouco eficiente para controlar a demanda consumerista.

Sendo então um tributo extrafiscal, a CIDE tem como objetivo a regulação pelo Estado do mercado de combustíveis, por meio da intervenção no domínio econômico a partir da quebra do monopólio da União em 2001. Com isso, empresas privadas passaram a explorar o petróleo e derivados. A CIDE permite, então, que o governo intervenha nas pessoas jurídicas atuantes no mercado. Atualmente, a contribuição tem um valor fixo por litro de combustível, e não incide sobre o etanol. Para a gasolina, o valor é de R\$ 0,10 por litro e, para o diesel, é de R\$ 0,05 por litro. (IBPT, 2018).

O Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT, realizou um estudo sobre o impacto da recente paralização dos transportadores rodoviários, no primeiro semestre de 2018, em todos os setores da economia, inclusive no setor tributário, no qual foi analisado o impacto tributário da redução da alíquota da CIDE-combustíveis sobre o diesel como forma de contornar a situação gerada pela referida manifestação. A análise baseia-se no fato de que, como já citado, os combustíveis são bens essenciais, estando protegidos pela Constituição Federal, tendo limites a tributação desses itens, porém, não aplicada de forma efetiva a não oneração do mesmo. (IBPT, 2018).

Ainda segundo o estudo supracitado, deve haver, como solução para o embate referente aos combustíveis, a reforma tributária, com redução efetiva de impostos, não somente como uma medida paliativa e temporária, como no caso exposto. (IBPT, 2018).

Em relação às CIDEs, tem-se a redução de alíquota, e não a isenção, pois a isenção tributária decorre de lei e de acordo com o artigo 175, do Código Tributário Nacional – CTN, é definida como forma de exclusão do crédito tributário, ou uma forma de exclusão de parcela das hipóteses de incidência da norma tributária. E as

CIDEs já estão vinculadas à redução por meio apenas de um decreto do poder executivo. Temos então que:

O § 4º, acrescido pela Emenda Constitucional n. 331/2001 ao art. 177, no capítulo dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, acrescenta outros "requisitos" a serem atendidos pela lei que instituir a contribuição, já aí referida as atividades de importação e de comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível: a alíquota pode ser diferenciada por produto ou uso, podendo ser reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o art. 150, 111, b (princípio da anterioridade) [...]. (AMARO, 2012, p. 55).

Vemos assim que as CIDES são contribuições regulatórias, utilizadas como um instrumento do Estado para intervir na economia, frente a algumas situações que exijam a manifestação da União, como no caso da paralização dos transportadores rodoviários, que são responsáveis pela maioria das movimentações de produtos para abastecimento do país. Frente a essa situação, o Estado utilizou seu poder de livre manipulação da CIDE-combustível, reduzindo sua alíquota sobre o diesel para dar uma alternativa paliativa ao problema, porém, agora faz-se necessária uma efetiva e, porque não dizer, real solução para o caso em questão.

CONCLUSÃO

Em relação às CIDEs, a Constituição as prevê como competência exclusiva da União; sendo uma contribuição, alcança determinada atividade econômica, nesse caso a dos combustíveis, como instrumento de atuação em área respectiva, conforme dispõe o artigo 149 da Constituição Federal de 1988.

Concluiu-se, por meio do presente estudo, que à União cabe o poder de intervir no domínio econômico, podendo, em relação à atividade econômica em sentido estrito, atuar por meio das contribuições interventivas, que conduzem os contribuintes a contribuírem com o interesse coletivo, sendo esses tributos um instrumento da extrafiscalidade, como exemplo, a CIDE-combustíveis, relativa às atividades de comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e álcool carburante.

Buscou-se, também, a compreensão da CIDE-combustíveis, na qual vimos que as alíquotas, podem ser reduzidas por meio de decretos do poder Executivo como forma de intervenção no domínio econômico para correção de falhas no mercado, ou em situações específicas, como o caso proposto da redução da alíquota CIDE-combustíveis sobre o diesel.

Pois as mesmas, sendo contribuições regulatórias utilizadas como instrumento do Estado para intervir na economia em situações especiais que exijam a manifestação da União, como no caso da paralização dos transportadores rodoviários, que são responsáveis pela maioria das movimentações de produtos para abastecimento do país, foi utilizada pelo Estado por meio de seu poder de livre manipulação da CIDE-combustível, reduzindo sua alíquota sobre o diesel, para dar uma alternativa paliativa ao problema, sendo agora necessária uma efetiva e, porque não dizer, real solução para o caso estudado.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ANDREOTTI, Paulo Antônio Brizzi; VITA, Jonathan Barros. CIDE Combustível: reflexões após a ADI 2925/DF. In: CLARK, Giovani; SOUZA, Felipe Chiarello de; OPUSZKA, Paulo Ricardo (Coord.). *Direito e Economia*. Florianópolis: Funjab, 2013. p. 169-194.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.
- BRASIL. *Código Tributário Nacional – CTN*. Lei Ordinária 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L5172.htm>>. Acesso em: 02 out. 2018.
- BRASIL. *Lei 10.336, de 19 de dezembro de 2001*. Institui a CIDE-Combustíveis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10336.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.
- BRASIL. *Lei 10.636, de 30 de dezembro de 2002*. Dispõe sobre a aplicação dos recursos da CIDE-Combustíveis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10636.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GRECO, Marco Aurélio. Contribuições de intervenção no domínio econômico: parâmetros para a sua criação. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 11-31.
- IBPT. INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. *IBPT analisa impactos da greve dos caminhoneiros na arrecadação fiscal*. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/noticia/2643/IBPT-ANALISA-IMPACTOS-DA-GREVE-DOS-CAMINHONEIROS-NA-ARRECADACAO-FISCAL>>. Acesso em: 01 out. 2018.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

TRIBUTAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

TAXATION AND FUNDAMENTAL RIGHTS

PAOLA CHRISTINE DE ARAÚJO VIDOTTI CASEMIO, paolavidotti@gmail.com,
Grupo de pesquisa GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, UNIMAR – Universidade de Marília,
professoramariadefatimaribeiro@gmail.com, Grupo de pesquisa GLOBALIZAÇÃO,
DIREITO E ECONOMIA

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo demonstrar descritivamente como as prerrogativas do Estado advindas do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, e

por corolário o poder de tributar, devem sucumbir às limitações traçadas ao longo do texto Constitucional, já que a relação jurídico-tributária não é meramente uma relação de poder como se pode transparecer num primeiro momento, mas é, sobretudo, estremada pelo direito, de modo que seu exercício, além de depender de previsão expressa no texto constitucional, deve respeito aos direitos e garantias fundamentais. Desta maneira, o constituinte impôs algumas limitações genéricas encetadas pelos direitos fundamentais como Princípios juridicamente vinculantes. Conclui ao final que os Direitos fundamentais fazem múltiplas funções: limita a tributação ao passo que garante os direitos do contribuinte como indivíduo; forma uma regra de conduta para o Estado; assegura a proteção à Confiança do Contribuinte, mas também deixa claro o dever fundamental do cidadão de pagar seus tributos para concretizar a solidariedade social.

Palavras-chave: Exercício da Competência Tributária. Limitações. Direitos e garantias fundamentais.

ABSTRACT

The present study aims to demonstrate descriptively how the prerogatives of the State arising from the Principle of the Supremacy of Public Interest over the Private, and by corollary the power to tax, must succumb to the limitations drawn throughout the Constitutional text, since the legal- tax system is not merely a relation of power as it can be seen at first, but it is, above all, overshadowed by law, so that its exercise, besides depending on the prediction expressed in the constitutional text, must respect fundamental rights and guarantees. In this way, the constituent imposed some generic limitations initiated by fundamental rights as legally binding Principles. It concludes at the end that fundamental rights have multiple functions: it limits taxation while guaranteeing the rights of the taxpayer as an individual; it forms a rule of conduct for the State; ensures the protection of the Taxpayer's Trust, but also makes clear the fundamental duty of the citizen to pay his taxes to achieve social solidarity.

Key-words: Fiscal Competence Exercise. Limitations. Fundamental rights and guarantees.

INTRODUÇÃO

Ante ao Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, deve-se admitir a preponderância do ente que visa o bem-comum, e isso é o que ocorre, mormente na relação tributária formada entre Estado e contribuinte, pois o poder de tributar estatal é o exercício de cristalina prerrogativa que lhe é conferida diante das necessidades de consecução dos interesses coletivos.

Ocorre que tais prerrogativas, dentre elas o poder de tributar estatal, encontram limites; limites estes os quais demonstram que a relação tributária é, antes de tudo, uma relação de Direito; e não uma relação de poder como faz acreditar as prerrogativas criadas pelo Princípio da Supremacia como princípio informador do Estado.

Para tanto, o constituinte traçou limites específicos ao poder de tributar, estes previstos apartadamente no Capítulo pertinente ao Sistema Tributário, a partir do Art. 145. Ocorre que o Constituinte não impôs ou definiu as referidas limitações exaustivamente, deixando constar expressamente no caput do Art. 150 da Carta Magna a possibilidade de, através de outras garantias, limitar-se os entes federados, isto é, limitar o poder estatal na hora de tributar.

Sob tal influência, os Direitos fundamentais, mormente os previstos no Art. 5º da Constituição Federal, atuam de maneira peculiar como limitadores ao Poder de Tributar do Estado, haja vista que ao fixarem as garantias essenciais à vida e dignidade

da pessoa humana, acabam por recordar que o contribuinte é antes de tudo um indivíduo, e como tal, deve ter os Direitos Fundamentais protegidos, ainda que numa posição inferior se comparado à posição estatal na relação tributária.

Surte que, além de os Direitos Fundamentais limitarem o poder de tributar formando naturalmente um Estatuto do contribuinte, igualmente cria deveres aos contribuintes, essencialmente o dever de que cada indivíduo constitucionalmente protegido honre o pagamento dos tributos, pois só assim, restarão assegurados os direitos fundamentais dos outros indivíduos, o que importa a concretização da solidariedade social.

1 O PODER DE TRIBUTAR E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Preliminarmente, cumpre estabelecer um panorama da relação tributária formada entre Estado e contribuinte, pois assim, possível compreender concretamente o rol de direitos (e deveres) do Contribuinte para com o Estado, especialmente aqueles formados no texto da Constituição Federal de 1988.

É certo que o Estado existe para alcançar o bem comum, e nesta toada o Estado deve auferir receitas para manter a consecução dos fins institucionais, e através das receitas públicas - com maior êxito através dos Tributos, é que o Estado, por meio das pessoas políticas exercentes do poder de tributar (União, estados, Distrito Federal e Municípios), consegue obter receita para compensar os gastos tantos para com a população (COELHO, 2016, p. 220).

Aliás, não só em relação à manutenção dos gastos públicos, mas em tudo o que o Estado faz, pretende ele alcançar o interesse público, o bem comum. Assim, justamente por conta de resguardar ao interesse público, é que o Estado goza no ordenamento jurídico pátrio de um vasto conjunto de prerrogativas que lhe asseguram uma posição privilegiada nas relações jurídicas de que faz parte.

De fato, isso não é diferente na relação em que o Estado atua tributando, ou seja, se ao tributar o Estado visa o bem comum, isto é, visa manter a máquina pública através dos tributos; logo, nestas relações também goza de prerrogativas em relação ao outro polo (no caso, o contribuinte). A relação tributária é então, naturalmente, uma relação desigual entre Estado e contribuinte, pois conforme explica Eduardo Moraes Sabbag (2017, p. 1) sobre a natureza da tributação, “o credor (fisco) vai ao encontro do patrimônio do devedor (contribuinte) de maneira compulsória, objetivando a retirada de valores, que são os tributos”.

Obviamente esta desigualdade e obrigatoriedade imposta pelo Estado ante o contribuinte é justificada pelo Princípio da Supremacia do interesse público sobre o privado, o qual precipuamente visa conferir “superioridade do interesse público primário (e não secundário) sobre o interesse privado” (OLIVEIRA, 2013, p. 130), mas acaba por consequência a dar prerrogativas ao próprio Estado.

Deste princípio, então, permite-se ao Estado poderes que os particulares não têm, aliás, permite-se ao Estado impor-se perante o particular, sobretudo em relação ao contribuinte. Tradicionalmente, a ideia é que o interesse público se sobreponha ao interesse privado, logo, admitida a preponderância do ente que visa o bem-comum sobre os particulares, no caso, os contribuintes.

E é exatamente na situação de cobrança de tributos que a prevalência do bem-comum sobre o particular — ou ainda do Estado sobre o contribuinte — é claramente marcada. O Estado possui o poder de por ato próprio — a lei — obrigar os particulares a se solidarizarem com o interesse público mediante a entrega compulsória de um valor em dinheiro. Então, conforme arguiu Sabbag (2017, p. 1), o tributo na verdade é uma imposição estatal, o Estado sob o argumento de atingir o interesse público, força o

contribuinte a retirar uma parte de seu patrimônio (ousamos dizer, retirar do contribuinte parte de suas possibilidades, sonhos, conquistas) para que passe a compor o patrimônio comum.

Inspirados pelo fundamento tradicional sobre o Poder Estatal ante os particulares aparenta num primeiro contexto que o poder do Estado ao tributar é supremo, na medida em que o interesse público também o é. Isto é, como conclusão parcial, poder-se-ia dizer que o Estado possui um poder de grande amplitude, mormente frente ao contribuinte.

Contudo, modernamente, houve a “relativização da dicotomia público x privado, [...] vem ganhando força a ideia de “desconstrução” do princípio da supremacia do interesse público em abstrato” (OLIVEIRA, 2013, p. 131) e por consequente, aponta que o poder estatal não é ilimitado, sobretudo quando se coloca em evidência os direitos fundamentais.

Com clareza, Rafael Rezende Oliveira (2013, p. 132 e 133) consoante Humberto Ávila:

Seja como for, é inegável que, hoje, o conceito de interesse público não necessariamente se opõe ao de interesse privado. A aproximação entre Estado e sociedade demonstra bem isso, notadamente quando se verifica que a atuação do Poder Público deve pautar-se pela defesa e promoção dos direitos fundamentais e, obviamente, pelo respeito à dignidade humana. Quando o Estado promove direitos fundamentais de determinados cidadãos, está ele satisfazendo finalidades públicas estabelecidas pela própria Constituição.

Portanto, as prerrogativas Estatais (dentre elas, a de impor ao particular o pagamento de tributo) devem sofrer certas limitações, no sentido de direcionar o exercício da competência, com o intuito de assegurar, antes de tudo, os direitos fundamentais.

Importa destacar, desta maneira, que a relação jurídico-tributária não é meramente uma relação de poder, pois como toda relação jurídica, é balizada pelo direito. No contexto pátrio, a relação jurídico-tributária deve estar conformada, sobretudo, pela Constituição Federal e seu conglomerado de direitos e garantias.

Vale dizer que, principalmente em face da interferência que o poder de tributar gera sobre o direito de propriedade e outros Direitos constitucionais de ordem fundamental aos indivíduos, é que o legislador constituinte originário resolveu traçar as principais diretrizes e limitações ao exercício de tal poder.

Em suma, o constituinte de 1988, já prevendo as afrontas que o poder Estatal de tributar poderia gerar aos direitos individuais e coletivos dos contribuintes, o limitou com Princípios específicos previstos em capítulo voltado propriamente ao Sistema Tributário Nacional, a partir do Art. 145.

Estas limitações encetadas pelos Princípios JustrIBUTÁRIOS, então inauguram uma série de garantias, proteções e defesas aos Contribuintes. Ousamos dizer, porém, que muito embora de relevante importância, este rol de Princípios limitadores ao Poder de Tributar apenas repisa e fita os Direitos e Garantias fundamentais dos indivíduos dispersos no texto constitucional, mas especialmente elencados no Art. 5º, cujo teor naturalmente limita o Estado, inclusive ao tributar o contribuinte, pois este último é antes de tudo um indivíduo.

Não à toa, Heleno Taveira Torres (2014, p. 136), pontua que o “O termo “Estado de Direito” concebe-se como “Estado de Direito Constitucional”, quando todas

as regras de proteção contra o poder estão previstas na Constituição (material e rígida) [...]”.

Assim, torna-se equivocada qualquer afirmação no sentido de que o poder de tributar decorre de uma relação de poder e não de uma relação jurídica, bem como equivocadas as afirmações de que seu exercício não depende de previsão expressa no texto constitucional.

Neste sentido, os Direitos Fundamentais, bem como os princípios específicos limitadores do poder de Tributar, são para a relação justributária “standards juridicamente vinculantes, radicados nas exigências da justiça ou na ideia de direito” (CANOTILHO, 2013, p. 1.034).

Enfim, são verdadeiras limitações ao estado tributante ao passo que instituem uma série de garantias aos contribuintes, conforme ensina Luciano Amaro (AMARO, 2010, p. 111) quando aduz que “a Constituição fixa vários balizamentos, que resguardam valores por ela reputados relevantes, com atenção especial para os direitos e garantias individuais.”.

2 DEVERES DO CONTRIBUINTE COMO PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Outra questão a ser enfrentada em relação à tributação e Direitos Fundamentais é em relação aos deveres que surgem aos contribuintes em decorrência das suas garantias de Direito Fundamentais, haja vista que estas, ao passo que os protegem como indivíduos, igualmente os obrigam ao pagamento dos tributos na medida em que apenas assim os Direitos Fundamentais dos seus pares restarão garantidos.

Seria dizer que, de um lado, o contribuinte tem o dever de pagar tributos; e de outro que este dever assegura a sua proteção, bem como dos outros contribuintes como sociedade.

Na lição de Carrazza (2010) deveres e Direitos Fundamentais são indissociáveis:

Deste modo, os contribuintes, se, por um lado, têm o dever de pagar tributos, colaborando para a manutenção da *coisa pública*, por outro, ao alcance da mão, uma série de direitos e garantias, oponíveis *ex ante* ao próprio Estado, que os protegem da arbitrariedade tributária, em suas mais diversas manifestações (inclusive por ocasião do lançamento e da cobrança do tributo).

Ou seja, juntamente com uma série de limitações ao Estado e diante disso uma proteção lógica ao contribuinte em relação ao limitado Poder do Estado de tributar, nasce também ao contribuinte o dever fundamental de pagar seus tributos — como forma de concretizar a solidariedade social.

Conforme conclui a doutrina (PAES, SANTOS, 2014, p. 98) “o Estado, deve se abster de efetivar uma cobrança abusiva de tributos, bem como há um claro dever fundamental do cidadão de pagar seus tributos”, pois só assim restará concretizada a solidariedade social.

CONCLUSÃO

Se a Constituição é capaz de estremar o Poder do Estado ao tributar; seja através das limitações específicas descritas não exaustivamente a partir do Art. 145; seja através dos Direitos Fundamentais a partir do Art. 5º, forçosa a conclusão de que as

relações derivadas do exercício das competências tributárias são relações de Direito, por isso tratadas como relações-jurídica tributárias.

A Constituição contempla garantias fundamentais ao Contribuinte como indivíduo, estes últimos chamados Direitos Fundamentais, os quais juntos garantem inegável segurança jurídica ao contribuinte.

Ademais, importa concluir que, no geral, os Direitos Fundamentais geram também deveres fundamentais, porquanto, exige de cada indivíduo o dever de pagar seus tributos como meio de concretização de Direitos Fundamentais dos outros indivíduos, formando-se, por derradeiro, a solidariedade social afeta à natureza dos tributos.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**, 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.
- COELHO, Sacha Navarro. **O Controle de Constitucionalidade das Leis e o Poder de Tributar na Constituição de 1988**, 4ª edição. São Paulo: Forense, 09/2016.
- OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**, 2ª edição. São Paulo: Método, 06/2013.
- PAES, José Eduardo Sabo Paes, SANTOS, Júlio Edstron S. A Tributação como meio de efetivação jurídica da Teoria do mínimo existencial. *Revista Jurídica*, ano XIV, n. 23, v. 2, Jan. – jun., Anápolis, Uni EVANGÉLICA, 2014.
- SABBAG, Eduardo Moraes. **Direito Tributário Essencial**, 5ª edição. São Paulo: Método, 04/2017.
- TORRES, Heleno Taveira. **Separata da USP sobre tese para provimento do cargo de professor Titular de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo, 2014.

A NORMA TRIBUTÁRIA INDUTORA COMO FORMA DE INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

THE INDUCTIVE TAX STANDARD AS A FORM OF INTERVENTION OF THE STATE ON ACTS OF CONCENTRATION IN THE SUPPLEMENTAL HEALTH MARKET

AUTOR

UBIRATAN BAGAS DOS REIS

e-mail: ubreis@gmail.com

GT 02 Globalização, Direito e Economia.

ORIENTADORA

MARISA ROSSIGNOLI - Universidade de Marília

mrossignoli@unimar.br

RESUMO

A pesquisa visa analisar juridicamente a atuação do Estado nos atos de concentração de mercado de plano de saúde. O estudo tem por objeto a utilização de normas tributárias como forma de intervenção sobre o domínio econômico, abrangendo a análise eventuais parâmetros para utilização das normas com escopo de limitar a ocorrência de falhas no mercado de plano de saúde, mediante controle de estrutura. Inicia-se com introdução histórica do tributo, quando o Estado intervém no domínio econômico e, posteriormente, utiliza o tributo como instrumento de atuação sobre o domínio econômico. Aborda-se constitucionalmente a prestação de serviço de saúde e os princípios que norteiam a iniciativa privada na prestação de serviço de saúde, tornando-se, possível, investigar a atuação do Estado frente à concentração do mercado de plano de saúde, conforme estudo apontado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE. Ao final, se apresentará os objetivos da pesquisa.

Palavras-chaves: Controle de Estrutura. Extrafiscalidade . Saúde Suplementar

ABSTRACT

The research aims to analyze legally the performance of the State in the acts of market concentration of health insurance. The study aims at the use of tax rules as a form of intervention on the economic domain, covering the analysis of possible factors for the use of standards with the scope of limiting the occurrence of failures in the health insurance, through structure control. It begins with the historical introduction of tribute, when the State intervenes in the economic domain and, later, uses the tribute as an instrument of action on the economic domain. The health service provision and the principles guiding the private initiative in the provision of health services are constitutionally addressed, making it possible to investigate the State's action in relation to the concentration of the health insurance market, according to a study pointed out by Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE. At the end, the research objectives will be presented.

Keywords: Structure Control. Extrafiscality. Supplementary Health

INTRODUÇÃO

Atualmente a doutrina apresenta o consenso de que a Constituição Federal do Brasil permite ao Estado intervir no e sobre o domínio econômico com o fim de atingir os objetivos ali previstos. Destacam-se os objetivos do artigo 3º de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O Estado deve, portanto, atuar de forma a assegurar uma vida digna a todas as pessoas e, dentro deste aspecto, inclui-se o direito a vida e o direito a saúde. O direito a vida e à saúde se insere nos direitos fundamentais, cláusulas pétreas constitucionais, que jamais poderão ser alvo de supressão ou mitigação de seu alcance.

Embora a Constituição Federal determine que o Estado tenha a obrigação de prestar serviços de saúde a todos, tal postura se apresenta impossível de se concretizar, daí a própria previsão dos serviços de saúde poderem ser explorados pela atividade privada, mediante a observância dos princípios da ordem econômica, em especial o da livre iniciativa e o da livre concorrência.

Entre os players que atuam nos segmentos de serviços saúde, têm-se os de planos de assistência médico-hospitalar, vulgarmente denominados planos de saúde.

Todavia, estudos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE apontam para atos de concentração de mercado de plano de saúde.

Diante dos direitos envolvidos (direito a saúde) e os atos de concentração que se traduzem em falhas do mercado, surge a necessidade de pesquisa acerca das formas intervenção do Estado, em especial a utilização de normas tributárias indutoras.

DESENVOLVIMENTO

A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, com objetivo de promover o bem estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras forma de discriminação. O Estado tal como conhecemos passou por várias formas, observando que a cobrança de impostos sempre esteve relacionada à ideia de liberdade.

O cotidiano apresenta uma dura realidade entre a tributação e os serviços de saúde haja vista que se trata de serviços caros e que são inegavelmente vitais às pessoas.

Neste contexto, salutar as noções do plano constitucional da livre iniciativa e a livre concorrência no segmento de prestação de serviço médico-hospitalar e plano de saúde, bem como uma aparente constatação da diminuição da oferta de produtos e de serviços, restringindo cada vez mais a um número limitado de *players* destes segmentos.

Sem prejuízo da evolução histórica que antecedeu a visão de como o Estado deveria atuar perante a sociedade, observa-se que o Estado não consegue atender às necessidades da sociedade como um todo, razão pela qual a ideia de um estado social que atenderia as necessidades de toda a coletividade em busca de um bem comum passou a prevalecer. O Estado precisa de uma fonte para se manter, os tributos.

Os tributos apresentam funções diversas. A principal é de arrecadar recursos para manter sua estrutura e atender aos serviços públicos essenciais a coletividade. A norma que institui um tributo poderá ter em seu aspecto principal a arrecadação, a distribuição da carga tributária, a função indutora e/ou a função simplificadora. Com efeito, tais funções, não são, obrigatoriamente, excludentes, mas complementares.

A função indutora da norma merece uma interpretação de forma ampla, até mesmo por se trata de instituto que por si só causa repulsa. Ressalta-se que a intervenção do Estado *no* e *sobre* o domínio econômico, apresentou-se ao longo da história de dois modos, sendo o primeiro, o Estado Patrimonial, como produtor de bens e serviços, gerando riquezas, e no segundo momento, o Estado interventor, cujo custeio advém de parte da riqueza produzida pela sociedade privada.

Reza a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, os princípios que regem a ordem econômica nacional, (i) soberania nacional; (ii) propriedade privada; (iii) função social da propriedade; (iv) livre concorrência; (v) defesa do consumidor; (vi) defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (vii) redução das desigualdades regionais e sociais; (viii) busca do pleno emprego; (ix) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros e como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O legislador constituinte entendeu pela prevalência da intervenção *sobre* o domínio econômico frente à intervenção *no* domínio econômico, restringindo, aos casos

excepcionais, a atuação direta estatal. Em outras palavras, tem-se que a intervenção *sobre* o domínio econômico por indução, entendida como aquela que se apresenta por normas pelas quais o Estado promove estímulo e desestímulo.

A intervenção *sobre* o domínio econômico pode-se dar em sentido negativo ou positivo, tendo por escopo as correções das imperfeições do mercado. Atuando de forma positiva, ressalta-se a ideia na busca dos objetivos constitucionais, em especial os atinentes ao Estado Social (*Welfare State*).

A Constituição Federal estabelece a predominância da função social da empresa e, assim sendo, deve-se ter por norte a busca pela satisfação dos direitos inerentes a dignidade da pessoa humana. O direito à saúde e qualidade de vida se apresentam de inquestionável relevância, vitais.

Não se olvida que atualmente a carga tributária é dos principais fatores que influenciam no ingresso de players no mercado. Os custos para obediências das normas tributárias, sejam as obrigações principais e acessórias, definem, primeiro se será viável o ingresso no mercado de trabalho, posteriormente, se há viabilidade pela continuidade da prestação de serviço de saúde por determinado segmento do mercado.

A Constituição Federal de 1988 traçou normas de direção e normas indutoras que têm por objetivo o estímulo à prestação de serviço público de saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos, assegurando o acesso universal e igualitário.

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, observando-se, todavia, que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

A tributação da pessoa jurídica que atua no segmento de prestação de serviço hospitalar se apresenta extremamente instigante, sendo oportuno anotar que toda palavra prevista na Magna Carta tem relevância.

Neste mesmo sentido, importante observar a lição de Guilherme Mendes:

A mais fecunda no emprego da predicação hospitalar em expressões indicativas de atributos é a Lei nº 9.656/98, que cuida dos planos de saúde e seguros privados de assistência à saúde. Essa Lei faz distinção entre a assistência hospital (com e sem obstetrícia), a médica e a odontológica, entre os serviços hospitalares e médicos, entre hospital, casa de saúde, clínica e laboratório e entre cobertura hospitalar e a ambulatorial; usa as composições alta hospitalar, internação hospitalar, e leito hospitalar; prevê a “internação hospitalar em leito clínico, cirurgia ou em centro de terapia intensiva ou similar”; e impõe o dever aos planos de saúde de cobrir as despesas de transferência dos pacientes, no caso de necessidade, entre estabelecimento hospitalares. Apesar de não veicular um preciso conceito de “hospitalar”, nem de “hospital”, a lei usa esses termos em consonância com o seu sentido na linguagem ordinária e na especializada dos profissionais da saúde, pois os distingue das unidades incapazes de promover ações complexas de tratamento de saúde, como a intervenção cirúrgica e a internação com acompanhamento médico permanente (2013, p.26/27).

Imperioso o entendimento do alcance da atividade econômica. A própria definição do termo “hospitalar”, mas também, “serviços públicos”, “assistência à saúde” e “ações e serviços de saúde”, promovidos e prestados por pessoas jurídicas de

direito privado com fins lucrativos dá azo a inúmeros debates o que influencia da caracterização do mercado relevante de cada uma de suas atuações.

A Constituição Federal de 1988 preconizou os princípios da livre iniciativa e da concorrência, sendo de salutar importância invocar os ensinamentos de Juliana Domingues e Eduardo Gaban sobre o tema:

A Constituição de 1998 adotou o princípio da livre-iniciativa como alicerce de sua ordem econômica. Explorando o significado de “livre-iniciativa”, o sujeito é livre para a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, sendo, contudo obrigado a se munir previamente de uma “patente” (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis, em atenção à Constituição, referido princípio foi incorporado no art. 1º, tanto da Lei n. 8.884/94 quanto da Lei n.º 12.529/2011 (2016, p. 54).

[...] Torna-se oportuno tecer considerações acerca da distinção entre o princípio da livre-iniciativa e o princípio da livre concorrência. A livre iniciativa e a livre concorrência são conceitos distintos, porém, complementares, sendo o primeiro a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, significando a síntese da liberdade de escolha, o livre acesso às atividades econômicas, ao passo que o segundo representa uma limitação e uma instrumentalização do exercício do primeiro. (2016, p. 56)

[...] Em outras palavras, o princípio da livre concorrência limita a expressão absoluta do princípio da livre-iniciativa por parte de um agente econômico ou um grupo de agentes econômicos em busca da aplicação universal da livre-iniciativa, i.e ., a todos os agentes do mercado (2016, p. 57).

Os players do mercado, os planos de saúde, hospitais e demais prestadores dos serviços de saúde de forma geral atuam de forma a praticar atos de concentração, tornando necessárias as considerações acerca dos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência.

O mercado de saúde ramifica-se não só na prestação direta de serviço hospitalar, mas também no de serviço ambulatorial, no de referência, no de atendimento obstétrico e, por fim, no serviço odontológico.

Como asseverado, a prestação de serviço de saúde é de livre a iniciativa privada, conforme artigo 199, *caput* da Constituição Federal de 1988. Indiscutivelmente, a prestação de serviço de saúde se enquadra em serviço público. Ao tratar da relação entre a atividade econômica e os serviços públicos, Eros Grau ressalta que:

Esta, a noção de serviço público, há de ser construída sobre as ideias de coesão e de interdependência social.

Dela nos aproximando, inicialmente diremos que assume o caráter de serviço público qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social ou, em outros termos, qualquer atividade que consubstancie serviço existencial relativamente à sociedade (2015, p. 131).

Os serviços públicos privativos e não privativos não se confundem com atividade econômica em sentido estrito, cujas atividades econômicas não podem ser

serviços públicos. Quando o Estado atua somente sobre o domínio econômico quando regulamenta e normativa a comercialização de cobertura de assistência médico-hospitalar, mediante regulação dessa atividade.

Por outro lado, a prestação de serviço de saúde seria classificada por não privativa, podendo ser oferecida diretamente pelo Estado, por particular, com ou sem convênio pelo SUS. O setor de saúde compreende, como atividade típica da iniciativa privada, uma variedade de produtos e serviços que podem ser ofertados tanto pelo setor público quanto pelo setor privado.

No mercado de saúde privada temos alguns produtos, seguro saúde, planos de saúde, atendimento hospitalar, serviços móveis de atendimento a urgências, serviços de complementação diagnóstica e terapêutica.

O mercado de assistência à saúde está sob tutela do Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE, sendo salutar trazer alguns dados técnicos para contribuir ao estudo. O Departamento de Estudos Econômicos (DEE) – CADE editou em julho de 2018 o Caderno do CADE: Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica, sendo importante trazer trechos que apontam a importância do tema:

O levantamento mais recente publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostrou que, em 2015, o setor de saúde foi responsável por 9,1% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, o que equivale a um consumo final de bens e serviços de saúde no Brasil da ordem de R\$ 546 bilhões, continuando uma trajetória de crescimento iniciada em 2011 (Gráfico 1). Desse montante, R\$ 231 bilhões (3,9% do PIB) foram gastos do governo e R\$ 315 bilhões (5,2% do PIB) corresponderam a gastos do setor privado (famílias e instituições sem fins lucrativos a serviço das famílias).

[...] Mas, foi a partir de 2007 que se observou uma elevação significativa do volume de casos apresentados ao Cade; no período de 2008 a 2012, ocorrem os picos de notificações de atos de concentração, com média de mais de quinze atos de concentração por ano. No período mais recente, o volume de casos diminuiu, mantendo-se estável em torno de dez atos de concentração por ano.

[...] No período de 2005 a 2011, houve uma defasagem entre a quantidade de atos de concentração notificados ao Cade e quantidade de casos julgados, de forma que existia, nesse período, um estoque de processos desses mercados a serem concluídos. Essa tendência foi revertida a partir de 2012, quando o Cade passou a julgar mais atos de concentração dos mercados de saúde suplementar do que a quantidade que recebeu, eliminando a defasagem entre entrada e julgamento de processos até o ano de 2015.

O Estado tem observado e exercido a regulação do mercado de plano de saúde, seja pelo Cade, seja Agência Nacional de Saúde Suplementar, ANS, como agente regulador. Esta correlação permite asseverar que, mesmo com esta atuação, há indícios da necessidade de outras medidas, de naturezas diversas, a fim de promover a maior concorrência e afastar estas barreiras de entrada.

Neste ponto surge a possibilidade de se utilizar as normas tributárias como instrumento apto a estimular a concorrência.

CONCLUSÃO

O estudo a ser desenvolvido embora aparentemente possa ser abrangente, em verdade, terá seu foco restrito a análise de intervenção do Estado sobre o domínio econômico, decorrente dos atos de concentração, com interação com os princípios e conceitos de Economia e Direito Econômico, delimitado pela análise da atuação estatal como agente normativo de normas tributárias indutoras.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16/01/2018.

_____, *Lei 9.956, de 03/06/1998*. Dispões sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 16/01/2018.

_____, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE - *Cadernos do Cade: Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica*. Departamento de Estudos Econômicos (DEE) – CADE.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

REFORMA PREVIDENCIÁRIA É NECESSÁRIA?

PREVENTIVE REFORM IS NECESSARY?

WILLIAN DOUGLAS DE CARVALHO

E-mail: adv.williamdc@yahoo.com.br

MARISA ROSSINHOLI

UNIMAR – e-mail: mrossinholi@uol.com.br

RESUMO

Existe uma extrema complexidade em realizar reformas necessárias ao equilíbrio fiscal do Governo Federal e a sua aceitação pela sociedade, pois torna-se necessária a revisão de direitos. A reforma do sistema previdenciário é uma proposta sempre combatida pelos movimentos sindicais e pela sociedade em geral, pois a medida que a população aumenta sua expectativa de vida, acarreta-se um incremento no tempo que os benefícios previdenciários serão mantidos. Com essa perspectiva de aumento na expectativa de vida o governo deve prever aumento na arrecadação ou tomar medidas que diminuam a concessão de benefícios ou diminua o seu tempo de manutenção. Porém, qual é o custo social pago pelos indivíduos inseridos nesse sistema? E qual a possibilidade de uma reforma abrangente e niveladora gerar dificuldades ainda maiores na qualidade de vida do cidadão? A reforma é realmente necessária?

Palavras-chave: Custo social, Reforma previdenciária e Sistema de previdência.

ABSTRACT

There is extreme complexity in carrying out reforms necessary for the fiscal balance of the Federal Government and its acceptance by society, as it is necessary to review rights. The reform of the pension system is a proposal always opposed by the trade union movements and by society in general, as the population increases their life expectancy, an increase in the time that the social security benefits will be maintained. With this prospect of an increase in life expectancy, the government must foresee an increase in the collection or take measures that diminish the concession of benefits or shorten its maintenance time. However, what is the social cost paid by the individuals inserted in this system? And what is the possibility of a comprehensive and leveling reform generating even greater difficulties in the quality of life of the citizen? Is Reform Really Necessary?

Keywords: Social cost, Social security reform and Social security system.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, que versa sobre as perdas de direitos com uma Reforma da Previdência no Brasil, da maneira como estão colocadas pela mídia, traduzindo um estado de inquietação e dúvidas.

Delinear o objeto, que aqui se traduz numa análise das possibilidades de perdas sociais, consideradas a partir da aprovação da Reforma da Previdência Social, no âmbito da proposta do Governo Federal. Portanto, vale assinalar que aqui foi traçada uma investigação de natureza qualitativa. A pesquisa qualitativa, em sua etimologia, por se basear em uma lógica e em um processo indutivo (explorar e descrever, e depois gerar perspectivas teóricas) é bastante diversa e por demais abrangente.

Não obstante a sua natureza a abordagem se dá a partir da pesquisa bibliográfica, feita segundo o levantamento das referências teóricas, sejam por meios escritos e eletrônicos: artigos, livros, e-books, teses e dissertações, dentre outras fontes que servirão para fomentar tanto o arcabouço teórico, quanto a construção da perspectiva que se quer evidenciar.

Assim o tema do trabalho será a análise da proposta de reforma da Previdência Social e a previsão de recuo dos direitos mantidos atualmente pelos segurados do regime geral, uma vez que, da maneira como se encontra formatada, essa Reforma nivela direitos, categorias de trabalhadores, gênero, regiões geográficas, desprezando a situação de preparação ao longo do tempo de contribuição do segurado, desprezando as especificidades, desconsiderando seus diversos contextos e desamparando a questão social, favorecendo o capital internacional.

Diante de tais formulações, a proposta aqui delineada vai buscar o entendimento de como pode ser feita uma Reforma justa, que leve em consideração as garantias dos direitos sociais, frutos da luta pela redemocratização do país, pós governo militar (1964-1985), que estão previstas na Constituição de 1988, que por sua vez, configuram a Seguridade Social e a assistência social ao cidadão em um Estado democrático de direito.

A Reforma da Previdência, conhecida por evidenciar mudanças na legislação do seguro social é um tema corrente, polêmico e controverso. Nesta proposta de trabalho a sua análise mostra-se relevante e pertinente, não só no universo acadêmico, bem como nos meandros dos estudos de Direito, sobretudo pelo impacto esperado com a implementação da reforma, nos moldes elaborados e proposto no atual contexto, vindo,

seguramente a comprometer a qualidade e a perspectiva de vida do brasileiro.

DESENVOLVIMENTO

A Reforma da Previdência nos moldes propostos pelo governo brasileiro vem responder à expectativa da tendência neoliberal, alargando as fronteiras de negociação entre trabalhadores e patrões, tendo em vista a proteção do capital. Acerca disto, pode ser dito que:

Para que isso ocorresse, no entanto, era necessário que esse capital falasse em nome de todos os capitais e por isso a defesa do afastamento do Estado em questões sociais e econômicas, o que implicou a crescente desregulamentação de todos os mercados, especialmente do mercado de trabalho, e no franqueamento de atividades antes a ele interditas, completamente ou parcialmente. Daí decorre a eleição do mercado como o *locus* ideal da otimização dos recursos e da obtenção máxima de satisfação e/ou da eficiência, objetivos sempre explícitos no discurso neoliberal (MARQUES; UGINO, 2017, p.10).

Nesse diapasão, a financeirização do capital vai consolidar a sua determinação na gestão da força produtiva que se dará diferentemente a depender dos contextos socioeconômicos e sobretudo, políticos de cada país quanto a forma de organizar as suas demandas sociais, ou seja o que vem a seguir o emprego e o salário, além da legislação vigente (MARQUES; UGINO, 2017). No caso brasileiro, o alto índice de desemprego e o bloqueio dos setores progressistas pós *impeachment da presidenta* Dilma Rousseff, em 2016, ampliaram ainda mais as expectativas do capital financeiro internacional.

Segundo Marques e Uginó (2017), as investidas do neoliberalismo no Estado brasileiro não são necessariamente uma novidade, uma vez que a partir do governo Collor de Melo já se apresentam, no entanto, com o atual governo, de Michel Temer, a desestatização, a redução da participação do Estado no PIB e a flexibilização do mercado de trabalho, corroboraram para que o atual presidente tenha aprovado “[...] uma reforma radical que altera significativamente a relação capital/trabalho.” (2017, p. 15), optando por destruir os sistemas de Seguridade Social que protegem o trabalho, favorecendo a ascensão do capital financeiro (LOURENÇO; LACAZ; GOULART, 2017). Nesse contexto pode ser dito que:

Os resultados dessa estratégia colocam sérios desafios às classes trabalhadoras, sobretudo nos países em desenvolvimento, como é o caso da América Latina, onde a superexploração do trabalho foi e é mais intensa e os direitos sociais e do trabalho ocorreram apenas tardiamente (LOURENÇO; LACAZ; GOULART, 2017, p. 470).

Sobre esse entendimento, o Governo brasileiro vai aproximar-se dos interesses neoliberais em detrimento dos direitos trabalhistas à aposentadoria, bem como as relações do Direito Previdenciário colocando de modo desfavorável a negociação entre trabalhadores e patrões, levantando a bandeira de que os cofres públicos exauridos e as dívidas em franco avanço, como justificativas para consolidar a Reforma da Previdência no Brasil. Em sua proposta, o governo lança pressupostos baseados no em duas considerações básicas: o envelhecimento populacional e na fragilidade do RGPS que apresenta um déficit acentuado (BRASIL, 2016). A partir de então, lança pressupostos São eles:

1) Garantir a sustentabilidade presente e futura da Previdência Social, preparando-a para a transição demográfica da população brasileira; 2) Respeitar os direitos adquiridos (reforma não afeta beneficiários e também não atinge aqueles que já possuem os requisitos para os benefícios – ex. Quem já pode se aposentar hoje, mas ainda não se aposentou); 3) Regras de transição; 4) Avançar rumo à harmonização de direitos previdenciários entre os brasileiros; 5) Convergir para as melhores práticas internacionais, incorporando as experiências exitosas de países que já enfrentaram uma transição demográfica, observada a realidade social e econômica do Brasil; 6) Nenhum aposentado receberá menos de um salário mínimo (BRASIL, 2016, p. 3, *online*).

Apesar das justificativas, o déficit é duvidoso, tendo em vista que há várias questões que o governo não trata ao falar sobre o sistema previdenciário brasileiro, deixando de fora do balanço algumas receitas, no entanto apenas constatar que existe um superávit financeiro a partir da adoção de alguns critérios, como a com a adoção das múltiplas fontes de receitas da seguridade social, não significa dizer necessariamente, que não existam problemas a resolver na previdência (GENTIL, 2006).

Inicialmente pelo termo Reforma da Previdência, assim como coloca na mídia e para o entendimento geral, há uma clara tendência de manipulação da opinião pública na tentativa de angariar a simpatia da sociedade. Vejamos:

A primeira questão a constatar é, portanto, acacianamente gramatical. Preposições, mesmo as não antônimas, mudam o sentido da frase. Assim como ocorre com a vírgula e, também, com o uso do artigo – definido ou indefinido. São, digamos, armadilhas semânticas da gramática, que podem fomentar visões equivocadas e fetichizar como verdade geral concepções particulares. A reforma da previdência, expressão cunhada nas hostes governamentais e adotada avidamente pelos “especialistas” e acriticamente pela grande imprensa, é um caso típico. Trata-se de uma expressão enganadora. Não existe uma única possibilidade de reforma e sim várias. Pode-se pensar em reformas que visem ampliar a cobertura previdenciária, como ocorreu no Brasil em relação aos empregados domésticos. Pode-se pensar em reformas que reduzam as desigualdades de acesso aos benefícios, como se deu com a regulamentação da concessão da aposentadoria ao segurado especial (erroneamente chamada de aposentadoria rural). Assim como pode-se propor, e este é o caso em pauta, reformas que excluam os segmentos populacionais mais vulneráveis da proteção previdenciária (WERNECK VIANNA, 2017, p.3).

A questão da Reforma da Previdência vem sendo tratada de forma única, quando na verdade é um conjunto que tem que se apresentado, estudado e estruturado segundo as especificidades de cada categoria trabalhista, inserida no contexto da contribuição previdenciária diante da discussão política uniformizadora. Portanto, já aqui se estabelece uma crítica de como esse discurso do governo, que é passado para a mídia, voltado para a unicidade, apresenta de forma grave e reducionista, uma problemática que extrapola o âmbito financeiro, envolvendo questões como bem-estar social e cidadania.

São várias as mudanças que o governo pretende com a reforma da Previdência, tanto no RGPS quanto no RPPS, porém neste trabalho nos ateremos ao RGPS, sendo a proposta para o Regime Geral está a alteração da idade mínima para aposentadoria para 65 anos, não importando o sexo. Também a alteração na fórmula de cálculo dos benefícios, para pressionar o trabalhador a contribuir por mais tempo, onde para uma aposentadoria de 100%, seria necessária a contribuição durante 49 anos.

Outro fator da reforma está em aumentar a idade mínima de aposentadoria dos trabalhadores rurais e estabelecer contribuição para o regime e acabar com aposentadorias especiais para professores.

Por fim, as políticas públicas dos últimos anos, trouxe muitos cidadãos para dentro do regime, tanto pela criação do MEI, formalizando pessoas que desempenhavam funções autônomas e sem contribuir para o RGPS, ou pela criação de contribuição diferenciada para o Facultativo de baixa renda. Mesmo com o aumento da arrecadação de contribuições previdenciárias é necessário que haja reforma visando manter o regime saudável.

A reforma da Previdência é necessária e representa um desafio para o futuro. No entanto, o que temos presenciado é uma busca rápida e imediata para os problemas de má gestão dos recursos públicos, irresponsabilidade fiscal e desvio de verbas gerando a supressão de direito previdenciário, ferindo o princípio do não retrocesso social e a própria Constituição, deixando de fora da reforma os militares e a aposentadoria especial de políticos.

CONCLUSÃO

Há necessidade de realizar reformas no Regime Geral de Previdência Social, pois a população tem aumentado sua longevidade, onde a população brasileira em 1991, ano da publicação da Lei 8.213, acima de 65 anos representava 4,8%, passando a 7,3% em 2010 e a 9,2% atualmente, a expectativa é que em 2060, 1 a cada 4 brasileiros terão mais de 65 anos.

As políticas públicas nos últimos governos, promoveram uma ampliação do sistema de previdência, abrangendo seguimentos da sociedade que normalmente estavam a margem do sistema, a maioria composta de profissionais liberais, desempregados, donas de casa e pessoas portadoras de deficiência. Essa facilidade foi fomentada pela diminuição de alíquotas de contribuição para quem contribuiria apenas em um salário mínimo, isso com o plano simplificado, que reduziu a alíquota de 20% a 11%, depois com o FBR, Facultativo de Baixa Renda, ou seja facultativo de baixa renda, que é atrelada ao cadastro único do CRASS, com a redução da alíquota para 5% do salário mínimo, assim como o MEI, Micro empreendedor individual.

Com essas políticas o número de benefícios concedidos vem sofrendo uma ampliação, conforme esses cidadãos vão cumprindo os requisitos necessários para a concessão dos benefícios. Resta verificar se essas alíquotas são suficientes para a manutenção desses benefícios frente ao aumento da longevidade, ou seja, frente ao tempo que esse benefício será pago.

Sobre a aposentadoria por idade, parece justa a idade a atual, desde que ainda exista a possibilidade de aposentadoria por tempo de contribuição, pois se esta espécie de benefício for extinta, a aposentadoria ocorrer apenas aos 65 anos no caso do sexo masculino, não seria justa e além disso inatingível para uma parcela da população.

Quanto a aposentadoria por tempo de contribuição, como hoje já acontece para os servidores públicos, deveria existir uma idade mínima para se aposentar.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2017/01/rgps-deficit-da-previdencia-social-em-2016-foi-de-r-1519-bilhoes/>
- _____. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/2017-01-12-APRESENTA%C3%87%C3%83O-REFORMA-DA-PREVID%C3%8ANCIA.pdf>
- CRESWELL, John W. *Investigação qualitativa e projeto de pesquisa*. Porto Alegre: Penso, 2014.
- GENTIL, Denise Lobato. *A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990 – 2005*. UFRJ:2006.
- MARQUES, Rosa Maria., UGINO, Camila Kimie. O Brasil é chamado à ordem. *Revista Argumentum*, Vitória, v. 9, n. 3, p. 8-23, set./dez. 2017. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/17944/13027>> Acesso em 18 de out. de 2018.
- SILVA, Carina Cristina. *Reforma da Previdência: um desafio para o futuro*. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/academico/reforma-da-previdencia-um-desafio-para-o-futuro/102064/>

TRABALHO INTERMITENTE E A REFORMA TRABALHISTA: AVANÇO OU RETROCESSO NOS DIREITOS SOCIAIS?

INTERMITTENT WORK AND LABOR REFORM: ADVANCE OR REVERSE IN SOCIAL RIGHTS?

CLÁUDIO MARQUES ALVES, e-mail: claudiodemolay@gmail.com.

PROF. DR. LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA, Universidade de Marília,
lourival.oliveira@hotmail.com.

GT2 - GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

RESUMO

A Reforma Trabalhista, materializada através da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 e em vigor desde onze de novembro do mesmo ano, dentre as diversas alterações que trouxe à Consolidação das Leis do Trabalho, implementou o instituto do “trabalho intermitente”, que é a prestação de serviços com vínculo empregatício mediante a convocação do empregador. Partindo desse pressuposto, a não necessidade de habitualidade possibilita o fracionamento, segundo a Lei, do pagamento da remuneração proporcionalmente ao tempo dispendido na atividade laboral pelo empregado. Há correntes favoráveis e desfavoráveis acerca do tema, e segundo a visão dos mais críticos, isso pode gerar uma economia de custos para o empregador. Além disso, grande parte do risco da atividade empresarial acaba sendo transferida ao trabalhador, que fica alijado de boa parte de sua remuneração e direitos trabalhistas decorrentes, percebendo apenas fragmentos destes. O escopo do presente ensaio é analisar, do ponto de vista do trabalhador, algumas nuances dessa nova realidade que se descortina e demonstrar que diante do cenário econômico nacional em recuperação após a crise

econômica iniciada em meados de 2014, o trabalho intermitente revela-se um instituto desfavorável ao trabalhador, na medida em que tende a ganhar espaço e diminuir o número de postos de trabalho permanentes, que é o resultado mais provável desse processo. Para tanto, valer-se-á de pesquisa bibliográfica a partir de artigos veiculados em livros, *sites* jurídicos, revistas jurídicas, adotando-se o método dedutivo.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Trabalho Intermitente. Trabalho Eventual.

ABSTRACT

The Labor Reform, materialized through Law 13467 of July 13, 2017 and in force since November 11 of that year, among the various changes it brought to the Consolidation of Labor Laws, implemented the "intermittent labor" institute, which is the provision of services with employment relationship upon the convening of the employer. Based on this assumption, the non-necessity of habituality allows the fractionation, according to the Law, of the payment of the remuneration proportionally to the time spent in the labor activity by the employee. There are favorable and unfavorable currents on the subject, and in the view of the most critical, this can generate cost savings for the employer. In addition, a large part of the risk of the business activity is transferred to the worker, who is left out of a good part of his remuneration and resulting labor rights, perceiving only fragments of these. The scope of this essay is to analyze, from the worker's point of view, some nuances of this new reality that is unveiled and demonstrate that in the face of the national economic scenario in recovery after the economic crisis that began in mid-2014, intermittent work proves to be an institute unfavorable to the worker, as it tends to gain space and decrease the number of permanent jobs, which is the most likely outcome of this process. To do so, we will use bibliographic research based on articles published in books, legal websites, legal journals, adopting the deductive method.

Keywords: Labor reform. Intermittent work. Event Work.

INTRODUÇÃO

Também conhecido popularmente em certas regiões como “bico”, “biscate”, trabalho eventual ou *free-Lance*, o trabalho intermitente é uma modalidade de prestação de serviços não contínua, alternando períodos de trabalho e de inatividade, contratada por prazo determinado ou indeterminado, para períodos compreendidos em horas, dias ou meses, e com caráter de subordinação. É uma forma de contrato na qual a força de trabalho é acionada como um *plus* nas situações de aumento no volume de serviço, mas o aumento do número de empregados fixos é inviável. O contrato aí poderá ser celebrado por prazo indeterminado, porém as convocações expressas do empregador serão para períodos determinados.

Não havia no Brasil, até julho de 2017, qualquer normatização desse tipo de atividade, e esses trabalhadores ficavam numa situação de informalidade. Com o advento da Lei nº 13.467/2017 deu-se amparo jurídico a essa relação laboral, inclusive estendendo aos funcionários intermitentes os mesmos direitos dos empregados permanentes, tais como limite de jornada, horas extras, férias, 13º salário, FGTS e previdência social.

Contudo, muitas dúvidas ainda pairam sobre tal inovação, máxime porque questões cruciais como rescisão contratual e previdência social ainda não foram amplamente discutidas e regulamentadas pelo governo federal, gerando incerteza jurídica. Em complemento à Lei e dirimindo essas dúvidas, foi editada pela Presidência da República a Medida Provisória nº 808/207, a qual tinha o condão de regulamentar pontos que ficaram obscuros como a rescisão do mesmo se o empregado não for

convocado no período de 01 ano, bem como fixando o prazo de 18 meses de carência para contratação como intermitente, pelo mesmo empregador, do empregado fixo demitido. Entretanto, no dia 22/04/2018 a Medida Provisória perdeu sua validade, por não ter sido apreciada pelo Congresso Nacional.

Nessa ordem de ideias, foi expedida, no dia 23/05/2018, a Portaria nº 349 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), a qual aproveitou trechos da Medida Provisória nº 808/2017, estabelecendo regras sobre os trabalhos autônomo e intermitente. No que tange a este último, objeto do presente estudo, ela regulamentou em seu art. 2º as já mencionadas questões de rescisão contratual, os recolhimentos do FGTS e Previdência Social no art. 6º, bem como fixou parâmetros para celebração e formalização do contrato.

O objetivo deste trabalho (longe de pretender esgotar o assunto ou de estabelecer um posicionamento consolidado), é fazer uma análise das principais características dessa nova forma de contratação de mão de obra, bem como propor uma reflexão sobre as possíveis desvantagens aos trabalhadores ante o atual cenário de recuperação e incerteza da economia brasileira.

O TRABALHO INTERMITENTE NA REFORMA TRABALHISTA DE 2017 E SEUS IMPACTOS NO CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO INDETERMINADO

Conhecida como “Reforma Trabalhista”, a Lei nº 13.467/2017, promoveu a alteração de mais de cem artigos da CLT, agregando ao referido texto, inclusive, a figura do “Trabalho Intermitente”. Tal instituto não é recente, pois existe em vários países do mundo há muitos anos e em alguns deles com regulamentação legal.

Antes, a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) não regulamentava o **trabalho intermitente**. O contrato com o menor número de horas era o parcial, que tinha no máximo 25 horas semanais (substituídas por 30 horas semanais, com a reforma trabalhista). O contrato intermitente, por sua vez, não define uma carga horária mínima de horas trabalhadas. Na prática, o funcionário poderá ser contratado para prestar, por exemplo, duas horas de serviço por dia, por semana ou por mês. No entanto, os limites máximos de jornada garantidos pela Constituição são mantidos: 44 horas semanais e 220 horas mensais (CALDAS, 2017).

Apesar de ser uma inovação aparentemente positiva na legislação trabalhista pátria, mas ante a possibilidade de sua pulverização nas relações de trabalho permanente e a banalização do trabalhador avulso, o assunto deu azo a acaloradas discussões, dentro e fora do Congresso Nacional.

Conforme sustenta Bruno Pirolo (2017, p. 183) “a matéria foi polêmica no contexto nacional, onde uma bancada defendia sua necessidade para modernizar a relação laboral, e outra, a ideia de supressão de direitos sociais-trabalhistas conquistados ao longo de décadas, enfraquecendo ainda mais a parte hipossuficiente na relação laboral”.

Mesmo sob forte discussão a respeito, a lei veio à tona, trazendo uma clara definição sobre o que se refere o instituto em comento. De acordo com o artigo 443, § 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), essa nova modalidade de contratação pode ser assim definida:

Considera-se como intermitente o Contrato de Trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade,

determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regido por legislação própria.

Assim, quase todo tipo de atividade pode ser objeto de contrato de trabalho intermitente, e algo que o caracteriza e diferencia do trabalho autônomo, inclusive previsto na Lei, é a “subordinação”. No trabalho autônomo não há essa figura: não se cumpre ordens. O trabalhador autônomo também não está sujeito à hierarquia, apenas combinando o preço e as condições do trabalho, e entregando-o pronto.

Outra característica do contrato de trabalho intermitente é a formalidade. Ele deve ser feito por escrito, registrado em carteira e os proventos do empregado especificados no comprovante de pagamento, item por item, com os respectivos valores. Devem ainda ser depositados na Caixa Econômica Federal os respectivos encargos trabalhistas, como FGTS e INSS, conforme o art. 6º da Portaria nº 349 do MTE.

Também é requisito do contrato de trabalho intermitente a exigibilidade de equiparação salarial, em que o valor-hora do empregado avulso não pode ser inferior ao de outros empregados do estabelecimento, permanentes ou temporários, substituídos ou não, na mesma função e tampouco inferior ao valor-hora do salário mínimo. Além disso, a remuneração pelo trabalho intermitente se dará proporcionalmente ao tempo trabalhado, sendo garantido a esse trabalhador todos os direitos assegurados ao trabalhador permanente: o salário-hora, férias proporcionais acrescidas do terço constitucional, 13º salário proporcional, repouso semanal remunerado, horas extras, limitação de jornada e demais acessórios legais. Todas essas verbas devem ser pagas ao término do trabalho, cujo recibo de pagamento deverá conter as respectivas rubricas.

Quanto à convocação do intermitente, esta pode se dar por qualquer meio eficaz, desde que o empregado tenha ciência dessa convocação, devendo ser feita com pelo menos três dias de antecedência, e o trabalhador terá o prazo de um dia útil para responder se aceita ou não, presumindo-se seu silêncio como recusa (o que não caracteriza, porém, insubordinação), podendo o trabalhador ser convocado em outra oportunidade. O não comparecimento ao trabalho ou a dispensa injustificados implicarão em multa, devida a quem der azo, no importe de 50% do valor combinado.

Nos períodos de inatividade, poderá o funcionário trabalhar para outras empresas ou pessoas físicas (inclusive com vínculo empregatício), sendo que os períodos de ausência em uma ou outra empresa não configura tempo à disposição. Assim, não serve essa disponibilidade como embasamento para eventual reclamação trabalhista.

No que tange ao direito de férias, os intermitentes também têm direito, sendo que a cada doze meses trabalhados, o funcionário terá direito de não ser convocado pela respectiva empresa por trinta dias durante os próximos doze meses. Durante o período em que estiver ausente, não fará *jus* à remuneração, porquanto já a recebera ao longo do ano por ocasião da prestação dos serviços.

Conforme exposto, o aspecto mais positivo dessa novidade na CLT é a legalização de algo que era informal e deixava o trabalhador alijado da seguridade social, ferindo o princípio da isonomia entre os trabalhadores. Todavia, há que se analisar certas nuances possivelmente negativas da nova modalidade.

Com essa alteração trazida pela Lei nº 13.467/2017, o trabalhador intermitente fica à mercê do chamado do empregador para entrar em atividade. Não havendo convocações, não há trabalho e não há renda. Dessa forma, a própria sobrevivência do trabalhador fica condicionada às flutuações do mercado. Conforme FILGUEIRAS, *apud* KREIN (2018, p. 131),

No trabalho intermitente, o empregado não tem qualquer renda fixa, portanto, nenhuma garantia de sobrevivência. Sua reprodução, inclusive física, depende das convocações (incertas) por determinados períodos (incertos) para trabalhar e obter algum rendimento. Destarte, sua vulnerabilidade é brutalmente ampliada de forma que, mesmo que formalmente ele possa recusar um chamado para trabalhar, a tendência é que sua vida passe a ser completamente subordinada à espera dessa convocação. O resultado é que, da subsunção do trabalho ao capital durante a jornada, passa-se à subsunção da totalidade da vida do trabalhador ao capital. A vida do indivíduo tende a ser um apêndice da dinâmica do capital, uma eterna espera por um chamado para trabalhar.

Nesse prisma, pode-se inferir que a desvantagem maior da reforma tange aos direitos trabalhistas e à possibilidade de permanência no emprego. A mitigação de direitos do trabalhador, com vista à redução de custos operacionais das empresas é uma tendência visível e sempre constante. Corroborando esse argumento, tem-se que no atual cenário econômico brasileiro existe um apelo ao governo federal (responsável pela legislação trabalhista) por parte da classe empresária, em se reduzir direitos e garantias do trabalhador, conforme sustenta CAVALCANTE (2017, p. 15):

Parte do grande empresariado, antes mesmo do projeto de lei, criticava a legislação trabalhista sustentando que deveria haver uma “reforma”, ou um Código do Trabalho dissociado de um novo Código de Processo do Trabalho, ante à necessidade de modernização trabalhista. Muitos diziam que a CLT era um instrumento “velho”, arcaico e que necessitava se modernizar, para que com isso se adaptasse às novas formas de trabalho, bem como que deixasse de conceder muitas benesses aos empregados, já que isso ocasionaria, segundo os defensores desta tese, o desemprego e conseqüentemente agravava a crise econômica do país.

Conforme se observa, não é gratuito que tal assunto encontra forte resistência por parte de trabalhadores e sindicatos, que não abrem mão de condições mais dignas e humanas de trabalho, não havendo como negar que seu pleito é legítimo.

CONCLUSÃO

Numa visão mais positiva sobre o tema, pode-se afirmar que sempre haverá empresas com a necessidade de profissionais permanentemente empregados, e um exemplo disso a própria Lei 13.467/2017 já trouxe, como é o caso dos aeronautas. Porém é ingênuo pensar que muitas empresas, mesmo tendo trabalhadores contratados por prazo indeterminado, sabedoras da economia com salários e encargos trabalhistas dado ao incremento do contrato intermitente, não irão lançar mão dessa ferramenta, sobretudo nos períodos de recessão econômica e escassez de capitais.

É cediço que a parte mais vulnerável nessa negociação será sempre o trabalhador, ao qual não restará outra opção senão aceitar e se submeter a explorações das mais diversas formas. Com isso, pode-se conjecturar que a reforma trabalhista abre uma possibilidade para a precarização da mão de obra e mercantilização extremada da força de trabalho, reduzindo o trabalhador a uma mercadoria, tudo em função do lucro na atividade empresária. Se uma tendência desse jaez se tornar factível, o número de pessoas com carteira assinada, porém sem trabalho, tenderá a aumentar exponencialmente: haverá mais pessoas empregadas de direito e desempregadas de fato.

Não que isso seja uma possibilidade a se concretizar infalivelmente, porém ela tende a ganhar força em um contexto de economia volátil e de fuga de capitais. Com isso, a parte mais prejudicada será o trabalhador, cuja renda provavelmente mal custeará sua alimentação.

Cabe aí meditar profundamente sobre tal temática e encontrar uma proposição adequada para resolver esse impasse, uma vez que é inviável fechar a economia nacional, devido à posição regional e global do Brasil. Também é igualmente desaconselhável permitir a contínua redução da indústria nascente, a oneração em demasia do empregador e o abandono do trabalhador à sua própria sorte. Como se pode ver, as respostas para essas questões ainda são uma incógnita.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. *Medida Provisória nº 808/2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

CALDAS, Edson. *Reforma trabalhista: como funciona o trabalho intermitente*. Revista Época Negócios, 2017, disponível em <<https://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2017/07/reforma-trabalhista-como-funciona-o-trabalho-intermitente.html>>. Acesso em: 08 out. 2018.

CAVALCANTE, Rodrigo A. VAL, Renata do. *REFORMA TRABALHISTA Comentada artigo por artigo*. 2 ed. São Paulo: Ed. LTr, 2018.

KREIN, José Dari. GIMENEZ, Denis Maracci. SANTOS, Anselmo Luís dos (orgs). *Dimensões Críticas da Reforma Trabalhista no Brasil*. 1 ed. São Paulo: Ed. Curt Nimuendajú, 2018.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Portaria MTB nº 349 de 23/05/2018*. Estabelece regras voltadas à execução da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, no âmbito das competências normativas do Ministério do Trabalho. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=360395>>. Acesso em: 20 out. 2018.

PIROLO, Bruno H. M. ESTUDO SOBRE AS ALTERAÇÕES NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS FUNDAMENTAIS. *Anais do XII Simpósio de Iniciação Científica e VIII Encontro de Pós-Graduação da Universidade de Marília*, 22 a 24 de novembro de 2017, disponível em <http://www.unimar.br/pic/publicacoes/XII_VIII-2.pdf>. Acesso em: 08 out. 2018.

INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS E SUA RELAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO

GEOGRAPHICAL INDICATIONS AND ITS RELATION TO DEVELOPMENT

Grupo de Trabalho: GT2 - GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

ANDRÉ FRANCISCO CANTANHEDE DE MENEZES, aluno do curso de Doutorado em Direito da UNIMAR, e-mail: andrefcmenezes@gmail.com

LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA, orientador, Professor Doutor na pós-graduação
stricto sensu em Direito da UNIMAR, e-mail: lourival.oliveira40@hotmail.com

RESUMO

Considerada a atividade empresarial um empreendimento econômico donde se extraem inúmeras relações jurídicas e, dentre elas, tem-se a possibilidade de surgimento de indicações geográficas, impende-se analisar o processo anterior e posterior à concessão do registro daquele ativo intangível. Notadamente, salutar se delinear as contribuições e desafios que as indicações geográficas podem oferecer ao desenvolvimento local a partir do reconhecimento de produtos que possuem hígido liame com um território e sua identidade cultural. Materializa-se o problema desta pesquisa no seguinte questionamento: o advento de indicação geográfica pode ultrapassar barreiras simbólicas e, assim, promover desenvolvimento social e econômico local? Por serem as indicações geográficas elementos da propriedade industrial marcadas pelo conjunto de características territoriais e de identidade cultural, seu processo de registro, em que pese eivado de burocracia em sua acepção negativa, é propício à formação de capital social. Ao Estado, sobretudo, por meio do INPI, incumbe essencial mister de se apresentar como, além de sujeito regulador e fiscalizador, fomentador da assunção de indicações geográficas como forma de alavancar a atividade empresarial de determinado local.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Empresário. Indicação geográfica.

ABSTRACT

Considering the business activity an economic enterprise where numerous juridical relationships are extracted and, among them, one has the possibility of the appearance of geographical indications, it is necessary to analyze the process before and after the concession of the registration of that intangible asset. Notably, it is salutary to outline the contributions and challenges that geographical indications can offer to local development from the recognition of products that have a sound relationship with a territory and its cultural identity. The problem of this research is materialized in the following question: the advent of geographical indication can overcome symbolic barriers and, thus, promote local social and economic development? Since geographic indications are elements of industrial property marked by the set of territorial characteristics and cultural identity, its registration process, in spite of being bureaucratic in its negative sense, is conducive to the formation of social capital. The State, above all, through the INPI, has the essential role of presenting itself as a regulator and inspector, fostering the assumption of geographical indications as a means of leveraging the business activity of a particular place.

Keywords: Development. Businessman. Geographical indication.

INTRODUÇÃO

O Código Civil dispõe em seu art. 966, que se considera empresário quem (um sujeito, portanto) exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Em tempos de desafios econômicos e sociais, impõe-se àqueles sujeitos a necessidade de (re)invenção, (re)avaliação dos ativos existentes e (re)definição de estratégias de desenvolvimento. Com efeito, parafraseando Carls (2016), no contexto de valorização das identidades culturais com escopo de angariar e manter os consumidores, revela-se necessário ao empresário oferecer ao público produtos e serviços com diferencial: eles existem, mas é preciso fazer com que os

consumidores os enxerguem como tais, estejam dispostos a pagar por eles e saibam exatamente o motivo disso.

Atentando-se a isso, no bojo do exercício da atividade empresarial emerge, dentre os elementos da propriedade industrial, a *indicação geográfica* como um instrumento decorrente da proteção à propriedade imaterial considerado o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Nesse sentido, crescentes são as discussões voltadas a importância dos produtos ou serviços tradicionais, considerados diferenciados, com características específicas do território de sua origem (PELLIN, 2016).

Considerada a cadeia produtiva, seu respectivo exercício de empresa e as relações de consumo a ela atreladas, objetiva-se neste trabalho verificar se o advento de indicação geográfica pode ultrapassar barreiras simbólicas e, assim, promover desenvolvimento social e econômico local (SEN, 2010).

Justifica-se a escolha deste tema, pois, conforme anota PELLIN (2016), em que pese as indicações geográficas ainda estarem, no Brasil, no seu estágio embrionário, mostram-se imperiosas discussões em relação às suas possíveis contribuições para o desenvolvimento, sobretudo, considerando-se suas relações jurídicas consubstanciadas a partir de suas dimensões econômica, social e cultural.

DESENVOLVIMENTO

A indicação geográfica é usada para identificar a origem de produtos ou serviços quando o local tenha se tornado conhecido ou quando determinada característica ou qualidade do produto ou serviço se deve à sua origem. Conhecidas há tempos em países com grande tradição na produção de vinhos e produtos alimentícios, como França, Portugal e Itália, no Brasil, o termo indicações geográficas foi introduzido por meio da Lei nº 9.279/1996, intitulada de Lei da Propriedade Industrial.

É disciplinada normativamente do art. 176 ao 182 daquela lei, e tem duas modalidades: *denominação de origem* (nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos) e *indicação de procedência* (nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço).

Nesse cenário, considerada a tutela das indicações geográficas, a atuação estatal se dá, eminentemente, por meio do Instituto Nacional da Propriedade Industrial-INPI. Esta entidade se constitui em uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria. Entre os serviços do INPI, está o registro de indicações geográficas, sendo que, na economia do conhecimento, este direito se transforma em diferencial competitivo, estimulando o surgimento constante de novas identidades e soluções técnicas.

Em se tratando de indicações geográficas, extrai-se do sítio eletrônico do INPI (2018) que, desde a regulamentação daquele instituto, essa autarquia concedeu 49 (quarenta e nove) registros de indicações de procedência e 18 (dezoito) denominações

de origem. Outrossim, há 118 (cento e dezoito) requerimentos de concessão de registro de indicações geográficas tramitando.

Cediço que há potencial para o Brasil alargar a quantidade de indicações geográficas, sobretudo, frente à sua extensão territorial e sua multiplicidade cultural, elementos determinantes para concessão daquele tipo de propriedade industrial. Nessa esteira:

A justificativa para definição do tema da pesquisa assenta-se amplamente em função da importância que os direitos de propriedade intelectual ocupam nos cenários global, nacional e local na atualidade e desde há muito tempo e, especificamente nas possibilidades que a indicação geográfica, enquanto instituto regulamentado pelo direito, tem para gerar desenvolvimento (CARLS, 2016, p. 28).

Para evitar a utilização indevida de uma indicação geográfica para determinado produto ou serviço, o registro no INPI surge como fator decisivo para garantir a proteção do nome geográfico e desta forma obter uma diferenciação do produto ou serviço no mercado. Isso, pois aquele registro:

[...] permite delimitar a área geográfica, restringindo o uso da indicação geográfica aos produtores e prestadores de serviços da região (em geral, organizados em entidades representativas) e onde, mantendo os padrões locais, impede que outras pessoas utilizem o nome da região em produtos ou serviços indevidamente. A legislação atual não prevê prazo de validade para o registro da IG. Com isso, o interesse por esse sinal distintivo é cada vez maior (INPI, 2015).

Nessa conjuntura, o INPI, além de sujeito regulador e fiscalizador, há realizar o que Sen (2010) denomina de agência, ou seja, instrumento de expansão de liberdades com vista ao desenvolvimento. Dito de outro modo, aquela autarquia, a fim de dar fiel execução aos mandamentos constitucionais acerca da propriedade intelectual e, de modo específico, àquilo previsto no art. 2º, da Lei nº 5.648/1970 (que o criou), há de se postar como agente fomentador da assunção de indicações geográficas como forma de alavancar a atividade empresarial de determinado local.

Avançando-se, cediço que o processo de registro de indicações geográficas, em que pese eivado de burocracia em sua acepção negativa, é propício à formação de capital social. Note-se que Bourdieu (1998, p. 67), define capital social como:

[...] o conjunto dos recursos reais ou potenciais que estão ligados à posse de uma rede durável de relações mais ou menos institucionalizadas de interconhecimento e de inter-reconhecimento mútuos, ou, em outros termos, à vinculação a um grupo, como o conjunto de agentes que não somente são dotados de propriedades comuns (passíveis de serem percebidas pelo observador, pelos outros e por eles mesmos), mas também que são unidos por ligações permanentes e úteis.

Dessa feita, reclamando o processo para registro de uma indicação geográfica de inúmeras e multifacetadas etapas, impõe-se a formação de redes de relações, as quais envolvem, dentre outros, o Estado, os sujeitos empresários, agentes econômicos e

consumidores. Frente a essa cadeia de relações estabelecida entre os indivíduos e os direitos a eles inerentes, a as indicações geográficas têm, a sua volta, capital social. Disto, evidencia-se que não se basta ter um direito. Em verdade, há de se ter uma estrutura, sobremaneira, pautada pela cooperação entre os mais diversos interessados, quer em repassar algo, quer em receber este algo.

É na vertente econômica que se pode identificar as mais expressivas contribuições das indicações geográficas, especialmente, no que diz respeito ao incremento no quantitativo de vendas de produtos e na prestação de serviços, fomento à atividades secundárias e complementares que integram a cadeia produtiva – o turismo é um exemplo categórico –, injeção de capital na economia local e abertura de postos de emprego. Ademais, se para fins ambientais as indicações geográficas podem promover preservação e valorização do patrimônio biológico e/ou genético do território, de outro lado elas podem preservar o patrimônio cultural do território (material e imaterial) e sua identidade enquanto se apoiam em sistemas de produção tradicionais. Não obstante a isso, a formação de vínculos sociais é estimulada por conta do capital social exigido.

Assim, inovar-se utilizando indicações geográficas para agregar valor aos produtos ou serviços prestados e assim se estabelecer um diferencial competitivo, impõe ao empresário, para que o ciclo se complete, que este observe a função social da empresa, fator este que, indene de dúvidas, também irá agregar valor à sua atividade e, para fins de competitividade, constituirá diferencial. Em outras palavras, assenta-se que o sujeito empresário há de ter percepção de mercado para vislumbrar, nas indicações geográficas, a possibilidade de inovar a partir da consolidação de elementos tradicionais e assim catapultar seu negócio, sendo que, em todo caso, haverá de pautar suas práticas pela função social da empresa.

Com efeito, o consumidor está cada vez mais motivado a consumir produtos diferenciados pela sua singularidade e pela tradição, e com garantia do modo de produção. As relações de consumo podem ser incrementadas por meio do novel nicho de mercado trazido pelo advento de uma indicação geográfica, pois estas são uma ferramenta coletiva de promoção mercadológica e têm por objetivo destacar lugares, pessoas e produtos, evocando sua herança histórico-cultural, considerada intransferível (GLASS; CASTRO, 2009).

CONCLUSÃO

Há relevância em se pesquisar a relação entre o acesso à informação, a formação de capital social, a atuação do Estado, a função social da empresa e as relações de consumo como elementos condicionantes da concretização de indicações geográficas. Estas, por sua vez, apresentam-se, de certo modo, como mecanismo inclusivo e ampliativo de liberdades: expansão dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem ainda, estímulo à concorrência, tal qual previsto na Constituição.

Tornar público e de conhecimento geral a existência do instituto jurídico “indicação geográfica”, o qual apto a proteger propriedade imaterial industrial, implica em dar margem de interesse para que sujeitos empresários possam dele se valer e assim, remodelar sua empresa e conseqüentemente, as relações comerciais. Para isso se faz necessário que o Estado desenvolva políticas públicas que carreguem consigo conteúdo a indicar que a proteção e a utilização da propriedade intelectual em geral constituem fator crucial para estimular a inovação e para que se possa competir no mercado global (CARLS, 2016).

Por fim, para além das barreiras simbólicas que permeiam o instituto (carência de informações, burocracia procedimental para registro, preços elevados, fiscalização diminuta em relação ao uso indevido de indicações geográficas já concedidas e registradas, por exemplo), as indicações geográficas podem promover desenvolvimento

social e econômico local. Nesse horizonte, podem ser apontados com pressupostos da ordem jurídica essenciais para o desenvolvimento (BARRAL, 2010, p. 20): a) “necessidade de regras claras e previsíveis”, já que um sistema jurídico confuso pode impactar negativamente a promoção do desenvolvimento; b) garantia de “tratamento equitativo aos cidadãos”, fator indispensável para a constituição e consolidação do capital social; e, c) “necessidade de participação democrática” que não se restrinja ao processo de criação legislativa, mas atue também na implementação e fiscalização.

REFERÊNCIAS

- BARRAL, Welber de Oliveira. Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. In: AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. *Direito e desenvolvimento: debates sobre o impacto do marco jurídico no desenvolvimento econômico brasileiro*. Brasília: Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial, 2010. p. 18-23. Disponível em: <[http://www.abdi.com.br/Estudo/livroDIREITOEDESENVOLVIMENTO2010\(2\).pdf](http://www.abdi.com.br/Estudo/livroDIREITOEDESENVOLVIMENTO2010(2).pdf)>. Acesso em: 17 out. 2018.
- BOURDIEU, Pierre. O Capital Social – Notas Provisórias. In: NOGUEIRA, Maria Alice e CATANI, Afrânio (org.). *Escritos de educação*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- BRASIL. Lei nº 5.648/1970, de 11 de setembro de 1970. Cria o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 set. 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5648.htm> Acesso em: 17 out. 2018.
- _____. Lei nº 9.279/1996, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19279.htm> Acesso em: 17 out. 2018.
- CARLS, Suelen. *Proteção jurídica das indicações geográficas e desenvolvimento: o regulamento de uso e as estruturas de controle e gestão*. 2016. 217f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.
- INPI – INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Indicação Geográfica no Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/indicacao-geografica/indicacao-geografica-no-brasil>> Acesso em: 17 out. 2018.
- _____. *Pedidos de indicação geográfica concedidos e em andamento*. 2018. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/indicacao-geografica/pedidos-de-indicacao-geografica-no-brasil>> Acesso em: 17 out. 2018.
- GLASS, Rogério Fabrício; CASTRO, Antônio Maria Gomes de. *As indicações geográficas como estratégia mercadológica para vinhos*. Embrapa Informação Tecnológica: Embrapa-Secretaria de Gestão Estratégica, 2009.
- PELLIN, Valdinho. *Indicações geográficas (IGs), políticas públicas e desenvolvimento territorial sustentável: uma análise a partir do processo de reconhecimento da IG para chope e cerveja artesanal da região de Blumenau (SC), em sua arena pré-decisional*. 2016. 320f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Regional) – Universidade Regional de Blumenau, 2016.
- SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

**CASO APPLE E A MANUTENÇÃO DE VALORES NO EXTERIOR PARA
INVESTIMENTOS SEM PAGAMENTO DE TRIBUTOS: GOVERNANÇA
CORPORATIVA VERSUS PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO**

**CASE APPLE AND MAINTENANCE OF SECURITIES ABROAD FOR
INVESTMENTS WITHOUT PAYMENT OF TAXES: CORPORATE
GOVERNANCE VERSUS TAX PLANNING**

AUTOR: EDVAN EPAMINONDAS DE SOUZA JÚNIOR
Universidade de Marília (UNIMAR)
edvanepaminondas@hotmail.com
GT2 – Globalização, Direito e Economia

ORIENTADORA: DRA. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO
Universidade de Marília (UNIMAR)
mfat@sercomtel.com.br
GT2 – Globalização, Direito e Economia

RESUMO

A partir da aplicação do método dedutivo com pesquisas bibliográficas, o presente artigo teve o objetivo de discutir o caso Apple, para concluir se ele se enquadra ou não nas boas práticas de governança corporativa, sendo ou não um exemplo de planejamento tributário lícito. Inicialmente foi feita uma explanação sobre o planejamento tributário (inclusive sobre o planejamento tributário internacional). A seguir discorreremos sobre a governança corporativa e a governança corporativa tributária. Posteriormente, foram abordados o caso *Apple* e suas consequências. Concluindo, foi estudado o financiamento estatal no desenvolvimento de tecnologias no caso *Apple*.

Palavras-chave: Caso *Apple*. Governança corporativa. Planejamento tributário.

ABSTRACT

From the application of the deductive method with bibliographical researches, the present article had the objective of discussing the Apple case, to conclude whether or not it is in good corporate governance practices, whether or not it is an example of legal tax planning. Initially an explanation was made on tax planning (including on international tax planning). The following is a discussion of corporate governance and corporate tax governance. Later on, the Apple case and its consequences were discussed. In conclusion, we studied the state funding in the development of technologies in the Apple case.

Keywords: *Apple* case; Corporate governance; Tax planning.

INTRODUÇÃO

Para aumentar seus lucros e diminuir seus custos, as grandes empresas multinacionais cada vez mais se utilizam de técnicas sofisticadas de planejamento tributário internacional, se instalando em países que possuem carga fiscal reduzida.

Mas para evitar problemas, esses planejamentos devem ser lícitos e obedecerem às boas práticas e princípios da governança corporativa tributária.

A partir da crise econômica mundial de 2008, a mídia começou a noticiar uma série de casos de planejamento tributário efetuados por grandes empresas multinacionais, entre eles o chamado caso *Apple*.

Diante desse cenário questiona-se: terá a *Apple* efetuado um planejamento tributário lícito, obedecendo às boas práticas de governança corporativa, para manter valores no exterior para investimentos sem pagamento de tributos?

O tema em tela se justifica pelo fato de que notícias como o caso *Apple*, causaram revolta entre indivíduos e pequenas e médias empresas, que suportam cada vez mais uma alta carga tributária, e que não têm acesso a sofisticados planejamentos tributários agressivos.

O objetivo traçado será o de discutir o caso *Apple*, concluindo se ele se enquadra ou não nas boas práticas de governança corporativa, sendo ou não um exemplo de planejamento tributário lícito.

O método empregado será o dedutivo com pesquisas bibliográficas.

DESENVOLVIMENTO

Sabemos que o principal objetivo de uma empresa é a maximização dos seus lucros. Para isso é necessário cortar custos e o pagamento de tributos é, sem dúvida nenhuma, o principal custo. Portanto, o planejamento tributário é a principal técnica para resolver o problema. Aliás, é uma técnica utilizada tanto por pessoas físicas como por pessoas jurídicas.

A partir da crise econômica mundial de 2008, a mídia passou a divulgar as técnicas de planejamento tributário utilizadas por algumas grandes empresas, sobretudo do meio tecnológico, como o *Google*, *Microsoft*, *Apple*, *Amazon*, entre outras. Como não poderia deixar de ser, o procedimento causou desconforto e revolta na opinião pública, cada dia mais sufocada por altos tributos. Antes, o debate era restrito a especialistas na área e líderes políticos.

Primeiramente, é preciso destacar que quando mencionamos o planejamento tributário aqui utilizado, estamos nos referindo a práticas lícitas (elisão fiscal), baseadas na liberdade negocial. Quando o contribuinte se utiliza de meios não pretendidos pelo legislador, temos as práticas elisivas, ou as elusivas ou a própria evasão tributária (planejamento ilícito).

O planejamento tributário está baseado na livre iniciativa (que fundamenta a ordem econômica brasileira, conforme o artigo 170 da Constituição Brasileira), na legalidade, na liberdade de contratar e na livre concorrência, pois o Brasil adota o modelo capitalista de produção.

Entende-se que o planejamento tributário é um procedimento de interpretação do sistema de normas, visando à criação de um modelo de ação para o contribuinte, visando a redução total, parcial ou mesmo a postergação da referida carga fiscal (RIBEIRO; BASSOLI, 2007, p. 148).

O planejamento tributário internacional ocorre quando esta atividade se volta a transações internacionais, envolvendo duas ou mais nações, legislações e estruturas tributárias diferentes, visando a economia tributária (RESENDE, 2017, p. 20).

O planejamento tributário internacional deve atender aos interesses dos contribuintes, mas também aos interesses dos Estados.

Já a governança corporativa é um tema multidisciplinar, sendo também relacionado ao Direito, pois a imagem (reputação), as relações negociais e até o valor de mercado das empresas são afetados por requisitos como ética, responsabilidade corporativa, transparência e prestação de contas (*accountability*) (AGUIAR, 2016, p. 29).

O Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, editado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), define governança corporativa como sendo o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo toda a empresa e as suas boas práticas convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso a recursos, contribuindo para a sua longevidade e o bem comum (IBGC, 2015, p. 20).

Portanto, empresas que adotam a governança corporativa demonstram que agem de forma mais ética e transparente, evitando fraudes e protegendo acionistas minoritários, tendo pela lei uma diminuição de eventuais sanções.

O tema governança corporativa permeia toda a atividade empresarial, incluindo aí as relações necessárias ao cumprimento das obrigações tributárias, especialmente as mantidas com autoridades fiscais. A implementação de boas práticas de governança corporativa tributária contribui para a redução de riscos empresariais mensuráveis (lavratura de autos de infração com multas punitivas e outros encargos legais) e não mensuráveis (como, por exemplo, o risco da reputação empresarial e a falta de transparência).

A governança corporativa tributária é um conceito que abrange um conjunto de procedimentos e processos que buscam garantir o cumprimento das boas práticas tributárias, estabelecendo controles, visando à redução de riscos tributários e melhoria da eficiência na administração de custos tributários (AGUIAR, 2016, p. 29).

A manutenção de mecanismos e estruturas eficientes de controle que proporcionem eficaz avaliação de riscos e custos tributários pode ser uma vantagem competitiva, mitigando riscos e custos. Podem também reduzir o contencioso tributário da empresa. A governança tributária pode contribuir para a perenidade e sustentabilidade das empresas, bem como para o desenvolvimento econômico e social das nações, que cada vez mais dependem da iniciativa privada e da mobilidade de capitais.

Em cumprimento ao dever de diligência, também é recomendável que a administração da empresa (que tem a responsabilidade legal de tomar as decisões empresariais), se envolva na aprovação de políticas de planejamento. Um mau planejamento tributário pode gerar a responsabilidade de administradores e sócios da empresa (artigos 134 a 136 do Código Tributário Nacional) e demais profissionais envolvidos (consultores e contadores).

Assim, a governança corporativa tributária também favorece a administração tributária e o Estado. Ela aumenta a eficiência na atividade de arrecadação a partir do cumprimento voluntário das obrigações e da redução dos custos de fiscalização, além de trazer uma política tributária mais adequada e eficiente (AGUIAR, 2016, pp. 246-247).

Com relação ao caso *Apple* propriamente dito, a tributação dos lucros das empresas (*corporate income tax*) nos EUA chega a ter uma alíquota de 35% na esfera federal e há estados que tributam a renda nos EUA em 12%.

As empresas americanas, principalmente as grandes corporações de informática, utilizam-se da criação de sistemas híbridos, com a criação de empresas em outros países (incluindo paraísos fiscais), gozando de benefícios fiscais oferecidos nesses países e sangrando os cofres públicos norte-americanos em dezenas de bilhões de dólares, através de planejamentos tributários.

Com relação à Irlanda, o país tem uma alíquota aplicável aos lucros das empresas com atividade na Irlanda de 12,5%, extremamente baixa em comparação com países em posição econômica semelhante e uma extensa rede de tratados internacionais, atraindo empresas de tecnologia.

A estrutura do caso *Apple* foi estabelecida aproveitando-se dos benefícios oferecidos tanto pela legislação tributária americana como pela irlandesa, além de incluir a Holanda. As subsidiárias internacionais (geralmente estabelecidas em paraísos fiscais), às quais se atribuem as receitas geradas por *royalties* de patentes, buscam reduzir ou mesmo evitar qualquer tributação devida a outros países.

Essa não é uma estratégia incomum. Muitas empresas americanas de tecnologia vendem direitos internacionais de sua propriedade intelectual a subsidiárias estrangeiras para coletar *royalties* de outras unidades na Europa. Isso pode reduzir a renda tributável na Europa, ao mesmo tempo em que evita o pagamento de tributos nos Estados Unidos, se os lucros não forem repatriados.

O esquema é conhecido como *Double Irish with a Dutch Sandwich*. Há uma variante do esquema chamado de *Double Irish Arrangement*, onde não há a utilização da subsidiária holandesa. Em qualquer dos casos, a verdade é que a *Apple* deixa de pagar bilhões de dólares para os Estados Unidos da América e a Irlanda.

Entre 2012 e 2015 houve grande exposição de planejamentos tributários deste tipo, na imprensa mundial e os países reagiram e os ministros das Finanças dos países do G-20 requisitaram o auxílio da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para desenvolver um plano de ação, denominado de BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), ou, em português, Considerando a Erosão da Base Tributária e o Desvio de Lucros. Podemos dizer que O Projeto BEPS visa atacar formas de planejamento tributário agressivo.

Em 2016 a Comissão de Concorrência da União Europeia ordenou que a Irlanda cobrasse cerca de EU\$ 13 bilhões em tributos da *Apple*, por fatos geradores ocorridos entre 2003 e 2014. Alegou que o regime fiscal usufruído pela *Apple* na Irlanda poderia estar afetando a concorrência entre empresas europeias, pois a *Apple* estaria recebendo privilégios que as outras empresas não recebem e que a Comissão pode se pronunciar em matéria de concorrência intracomunitária (concorrência desleal).

Já o governo da Irlanda avisou que não quer o dinheiro, alegando que o país pode ficar sem a empresa e também que outras empresas podem desistir de se mudar para lá ou pior, podem sair de lá, de modo que a Comissão Europeia estaria atacando diretamente a soberania fiscal de um Estado-membro. Anunciou que irá recorrer aos tribunais europeus para reverter a decisão (RALLO, 2016, s.p.).

A Irlanda, ao fazer parte da União Europeia, abre mão de parte de sua soberania fiscal em prol do citado bloco econômico. Assim, ela deve obedecer às regras tributárias impostas pela Comissão Europeia.

A União Europeia foi criada também com o objetivo de harmonizar os impostos e as regulamentações econômicas entre seus países. Se uma determinada alíquota de imposto estiver variando dentro da União Europeia, a intenção é harmonizá-la na alíquota mais alta para todos os países. Contudo, tal harmonização ainda não foi feita.

O que não se discute é que as tecnologias mais radicais como, por exemplo, as da *internet* e da indústria farmacêutica, têm origem, principalmente, no financiamento de um Estado disposto a assumir riscos.

Ainda com relação à *Apple*, quase todas as tecnologias que tornaram possíveis o *iPhone* e o *iPad* foram financiadas, em grande parte, principalmente pelo governo dos Estados Unidos: *internet*, GPS, telas sensíveis ao toque (*touch-screen*), tecnologias de comunicação e até o recente comando de voz conhecido como SIRI etc.

Considerando o enorme retorno gerado por seu sucesso, os empresários não deveriam devolver uma parte para o governo (através de tributos), de forma que ele possa continuar assumindo riscos que depois se transformarão em produtos que irão revolucionar o mercado (MAZZUCATO, 2014, s.p.)?

Contudo, a globalização e a tecnologia da informação permitiram a migração dos lucros para regiões com impostos mais baixos ou até mesmo para paraísos fiscais, através de planejamentos tributários agressivos.

CONCLUSÃO

A governança corporativa serve para evitar fraudes, proteger os acionistas minoritários e garantir a transparência e a ética das empresas e a governança corporativa tributária gera benefícios para as empresas e países que a aplicam em suas atividades tributárias.

Em 2016 a Comissão de Concorrência da União Europeia ordenou que a Irlanda cobrasse cerca de EU\$ 13 bilhões em tributos da *Apple*, mas a Irlanda anunciou que irá recorrer da decisão aos tribunais europeus, pois a União Europeia estaria atacando diretamente a soberania fiscal de um Estado-membro.

A Irlanda, ao fazer parte da União Europeia, abre mão de uma parte de sua soberania fiscal em prol do bloco econômico. Se uma determinada alíquota de imposto estiver variando dentro da União Europeia, a intenção é harmonizá-la na alíquota mais alta para todos os países. Contudo, tal harmonização ainda não foi feita. Portanto, entendemos que até o momento atual, é perfeitamente legal a Irlanda ter cobrado alíquotas mais baixas para incentivar a *Apple* a se instalar e a permanecer no país, levando a ele empregos e crescimento econômico.

Quanto ao planejamento como um todo efetuado pela *Apple* (com a manutenção de valores no exterior para investimentos sem pagamento de tributos), no atual contexto da globalização, entendemos que ele é válido, não tendo sido praticado nenhum ilícito, pois a empresa aproveitou-se de brechas e benefícios existentes na legislação fiscal de diversos países. Tanto é legal, que a OCDE desenvolveu o plano de ação BEPS para combater esse tipo de planejamento tributário, entre outros.

É difícil dizer se no caso *Apple* a empresa obedeceu às boas práticas e princípios da governança corporativa tributária, pois apesar da cobrança de EU\$ 13 bilhões, a Irlanda anunciou que irá recorrer aos tribunais europeus. Portanto, não temos ainda uma decisão final.

Para se prevenir, a empresa deveria ter utilizado uma boa gestão de riscos, tendo o planejamento tributário sido submetido à apreciação de sua diretoria e do conselho de administração. Provavelmente ela deve ter feito isso, até pelo montante envolvido, mas não temos como avaliar se realmente isso ocorreu ou não. Um mau planejamento pode comprometer seriamente o desempenho econômico e financeiro da empresa.

Ressaltamos que financiamento do desenvolvimento de tecnologias utilizadas pela *Apple* foi, em sua grande parte, suportado pelo governo dos Estados Unidos da América, razão pela qual entendemos que a *Apple* deve devolver uma parte desse financiamento para o governo, através dos tributos.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, L. I. L. *Governança corporativa tributária: aspectos essenciais*. Coleção Academia-Empresa 18. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- IBGC - INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed., revisada. São Paulo: IBGC, 2015.
- MAZZUCATO, M. *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014. e-book Kindle.

RESENDE, M. S. A. Planejamento tributário internacional. In: SAUNDERS, A. P.; GOMES, E. S.; MURAYAMA, J. (Orgs.). *Estudos de tributação internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 19 – 32.

RALLO, J. R. *O ataque da Comissão europeia à Apple e à Irlanda mostra que os britânicos estavam certos: restrições que geram bloqueio ao progresso e as ideias de liberdade*. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2501>>. Acesso em: 25 set.2017, às 22 horas.

RIBEIRO, M. F.; BASSOLI, M. K. Planejamento tributário e o valor jurídico da solidariedade. In: PEIXOTO, M. M.; ANDRADE, J. M. A. (Coords.). *Planejamento tributário*. São Paulo: MP Editora, 2007, pp. 133 – 154.

**GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA: ATIVIDADES DO
GRUPO DE PESQUISA - 2018**

**GLOBALIZATION, LAW AND ECONOMY: ACTIVITIES OF THE
RESEARCH GROUP - 2018**

GT2 - GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

MARIA DE FATIMA RIBEIRO
UNIMAR
mfat@sercomtel.com.br

MARISA ROSSIGNOLI
UNIMAR
mrossinholi@uol.com.br

Grupo de Pesquisa UNIMAR/CNPq:
GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

RESUMO

O presente grupo/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. A análise passa pela discussão do papel do Estado contemporâneo no desenvolvimento econômico, e, sua posição intervencionista, com vistas ao equilíbrio dos reflexos das atividades econômicas. Até que ponto o sistema tributário brasileiro permite a alteração da política fiscal para intervenção no setor econômico? Durante o 1º semestre de 2018, os integrantes do Grupo de Pesquisa Globalização, Direito e Economia da UNIMAR (Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil) realizaram diversas reuniões para discutir referida temática, especialmente a questão da receita tributária e os incentivos fiscais considerados como gastos para a administração pública. Referido Grupo constituído em 2014 e cadastrado no CNPq, tem discutido temas relevantes no Direito e na Economia com publicações de livros e artigos bem como contou com apresentações de trabalhos e conferências em eventos de âmbito nacional e internacional. Integram o Grupo de Pesquisa, professores do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito bem como de Cursos de Graduação da

UNIMAR: Maria de Fátima Ribeiro (líder), Jonathan Barros Vita, Marisa Rossignoli, Valter Moura do Carmo, Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, Ana Cláudia Rossetto Silva, Francis Marília Pádua, José Carlos Cardoso Souza, Regina Célia de Carvalho Martins bem como os seus orientandos, doutorandos, mestrandos e graduandos da UNIMAR.

Palavras-chave: Crise econômica. Direito e economia. Gastos públicos. Incentivos fiscais.

ABSTRACT

The present research group / project analyzes the interface between law and economics, critically detecting and analyzing contact points, focusing on the reformulation of economic pillars, functionalisation and new limitations in the Economic Order of the Federal Constitution. The analysis goes through the discussion of the role of the contemporary state in economic development, and its interventionist position, with a view to balance the reflexes of economic activities. To what extent does the Brazilian tax system allow the change of fiscal policy for intervention in the economic sector? During the first semester of 2018, members of UNIMAR's Globalization, Law and Economics Research Group (University of Marília, Marília, SP, Brazil) held several meetings to discuss this subject, especially the issue of tax revenue and tax incentives considered as expenditures for public administration. Referred Group formed in 2014 and registered at CNPq, has discussed relevant topics in Law and Economics with publications of books and articles as well as presentations of papers and conferences at national and international events. They are part of the Research Group, professors of the Master's and Doctoral Program in Law as well as Undergraduate Courses at UNIMAR: Maria de Fátima Ribeiro (leader), Jonathan Barros Vita, Marisa Rossignoli, Valter Moura do Carmo, Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, Ana Cláudia Rossetto Silva, Francis Marília Pádua, José Carlos Cardoso Souza, Regina Célia de Carvalho Martins as well as their advisers, doctoral students, masters and undergraduate students of UNIMAR.

Keywords: Economic crisis. Law and economics. Public spending. Tax breaks.

INTRODUÇÃO

O presente grupo/projeto de pesquisa, criado em 2014, 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 2018, foi sobre os desafios do Estado na construção do desenvolvimento tendo como centro da discussão as receitas tributárias e os incentivos fiscais, tidos como gastos da administração pública. 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 o sistema tributário brasileiro permite a alteração da política fiscal para intervenção no setor econômico?

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.”

Os desafios do Estado na construção do desenvolvimento tendo como centro da discussão as receitas tributárias, foram temáticas para discussão do Grupo durante o 1º semestre de 2018. A partir daí foi analisada a questão dos incentivos fiscais e sua consideração como gastos tributários, considerando o impacto dos mesmos no orçamento público e no desenvolvimento.

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: A crise financeira internacional interfere no Sistema Tributário brasileiro?

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.

No 2º semestre a discussão temática envolverá questões relacionadas à a política tributária e a política de distribuição de renda, considerando as repercussões dos mesmos no desenvolvimento econômico do país. Tal proposta visa estimular os integrantes do Grupo de Pesquisa para produzir artigos relacionados com a temática para Publicações, consolidando assim a disseminação da produção científica do Grupo.

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 diversos incentivos fiscais desnecessários, estimulando os setores essenciais e diminuir os gastos públicos? Quais os efeitos fiscais produzidos pela crise econômica de 2008 e as principais ações do governo federal como medidas para estimular o desenvolvimento econômico e social?

Referido Grupo de Pesquisa, cadastrado no CNPq, desde 2014 tem discutido temas relevantes no Direito e na Economia com a publicação de livros e artigos bem como com apresentações de trabalhos em eventos e conferências de âmbito nacional e internacional.

CONCLUSÃO

Para compensar esses desequilíbrios apontados, desde o final de 2014, 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 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 buscando aí a sustentabilidade financeira.

A aprovação de incentivos fiscais, com vistas ao desenvolvimento econômico, deve ser de maneira equilibrada e controlada pelo poder público competente, evitando desvíos das finalidades que foram os mesmos constituídos.

Nas Referências constam os títulos que foram discutidos durante o 1º semestre de 2018 nas reuniões do Grupo.

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.
- CALIENDO, Paulo; VEYZON, Muniz. *Política Fiscal e Desenvolvimento Tecnológico-Empresarial: Uma análise crítica sobre inovação e tributação*. Revista de Direito Brasileira, ano 5, vol. 12, 2015, p. 155/172.
- CALIENDO, Paulo. *Tributação e Ordem Econômica: Os Tributos podem ser utilizados como instrumentos de indução econômica?* Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 20, n. 20, p. 193/234, jul/dez 2016.
- CASTRO, Marcus Faro de. *Direito, Tributação e Economia no Brasil: aportes da análise jurídica da política econômica*. Revista da PGFN, ano I, número 2, jul/dez, 2011, p. 23/51.

CURADO, Marcelo; CURADO, Thiago. *Uma estimativa dos custos Fiscais da Política Industrial Recente (2004-2016)*. Rio de Janeiro: IPEA, Rio de Janeiro, 2016.

**A RELEVÂNCIA DO TABELIONATO DE PROTESTO NA RECUPERAÇÃO
DO CRÉDITO DE PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS**

**THE RELEVANCE OF THE PROTEST TABELIONAT IN THE RECOVERY
OF CREDIT OF PHYSICAL AND LEGAL PERSONS**

AUTOR

JULIANO JUNG – julianojung@yahoo.com.br

ORIENTADORA

DRA. JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA – UNIMAR –
jussara@bflaw.adv.br

GT2 – GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

RESUMO

Diariamente no Brasil são emitidos uma grande quantidade de títulos e documentos de dívida, em virtude da circulação de mercadorias e serviços. Os títulos de crédito, a exemplo da duplicata, podem ser transferidos a terceiros e utilizados para pagamento de outros negócios. Todavia, existe o risco de parte desses títulos não serem pagos. Nesse cenário surge o protesto de títulos, como forma de garantir a segurança jurídica das relações de mercado. O presente trabalho tem como escopo demonstrar a importância do tabelionato de protesto nas relações de mercado apresentando-se como solução extrajudicial para situações de inadimplência e descumprimento de obrigações. Para tanto, foi utilizada a pesquisa de cunho bibliográfico em doutrinas, bem como a análise de artigos científicos e da legislação brasileira. Concluiu-se que o protesto de títulos realizado pelo tabelionato de protesto é uma importante ferramenta que possibilita a recuperação de crédito de forma rápida e eficiente.

Palavras-chave: Protesto de títulos. Recuperação de crédito. Tabelionato de Protesto.

ABSTRACT

A large amount of debt securities and documents are issued daily in Brazil, due to the circulation of goods and services. Securities, such as the duplicate, may be transferred to third parties and used to pay for other businesses. However, there is a risk that some of these securities will not be paid. In this scenario comes the protest of securities, as a way of guaranteeing the legal security of market relations. The present work aims to demonstrate the importance of protest tabelionat in the market relations presenting itself as an out-of-court solution for situations of default and disbursement of obligations. To do so, we used bibliographical research in doctrines, as well as the analysis of scientific articles and Brazilian legislation. It was concluded that the protest of titles carried out by the protest tabelionat is an important tool that enables the recovery of credit quickly and efficiently.

Keywords: Protest of titles. Credit recovery. Protest Tabelionat.

INTRODUÇÃO

Diante da necessidade de satisfação rápida de crédito e da crescente cultura de inadimplência, o protesto de títulos surge como uma importante ferramenta social, econômica e jurídica.

Sua principal finalidade é provar o descumprimento de uma obrigação originada em títulos, tais como o cheque, a letra de câmbio, a duplicata, a nota promissória, entre outros.

Tal atividade está inserida no âmbito dos serviços notariais e de registro, sendo o tabelião de protesto de títulos a pessoa competente para a realização desse serviço.

ABORDAGEM GERAL

O vocábulo protesto, etimologicamente, vem do latim *protestor* que significa testemunhar em público, provar, anunciar, asseverar. (KUMPEL; FERRARI, 2017, p. 87). Sua denominação genérica é conhecida como protesto de títulos, que consiste em “Medida probatória de falta de cumprimento de obrigação firmada no título, ou para ressalva e segurança de direitos, que se geraram dele”. (SILVA, 2004, p. 1123). Dessa forma, protesto é o ato cujo objetivo é provar o descumprimento das obrigações constantes em títulos e, por conseguinte, obter do devedor (pessoa física ou jurídica) o valor que é devido ao credor (pessoa física ou jurídica).

A norma regulamentadora, Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, traz o conceito de protesto em seu artigo 1º: “Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”. (BRASIL, 1997). Nesse sentido, Bueno (2013, p. 27) corrobora, “Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova circunstância cambiária relevante e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”.

No que se refere à realização desse protesto, conforme prevê o artigo 3º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, a competência recai sobre o tabelião de protesto, o qual é dotado de fé pública para atestar a insatisfação ou a inobservância da obrigação materializada no título, tendo suas funções expressamente delineadas no artigo 11 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994 (Lei dos Notários e dos Registradores).

Quanto ao procedimento, este abrange a recepção do título, a expedição da intimação, o recebimento do pagamento ou formalização da eventual resposta do devedor e, ao final, a lavratura do respectivo instrumento. (SANTOS, 2012, p. 19).

O TABELIONATO DE PROTESTO E SUA RELEVÂNCIA ECONÔMICA, SOCIAL E JURÍDICA

Pode-se afirmar que o tabelionato de protesto no exercício de suas atividades contribui em diversas áreas, seja no âmbito econômico, social ou jurídico. Assim, o protesto nos dias atuais é visto “Como importante instrumento socioeconômico para a satisfação de obrigações e na prevenção de litígios”. (BUENO, 2013, p. 22).

Por essa razão, convém mencionar algumas de suas contribuições:

- a) disseminação de dados acerca do inadimplemento de obrigações, uma vez que os tabeliões são obrigados a remeter informações dos protestos tirados e dos cancelados; (SANTOS, 2012, p. 175).
- b) emissão de certidões de protestos que podem ser utilizadas pelo requerente para diversos fins; (SANTOS, 2012, p. 175).
- c) a publicidade das informações sobre os protestos são de grande importância para o comércio em geral, servindo como parâmetro para a concessão de crédito; (SANTOS, 2012, p. 200).

- d) Estímulo à pontualidade de pagamento, em razão das possíveis consequências caso haja o protesto; (SANTOS, 2012, p. 179).
- e) recuperação do crédito em âmbito não litigioso; (SANTOS, 2012, p. 179).
- f) forma mais simples e menos onerosa de recuperação de crédito. (ROWEDER, 2016, p. 59).

Além disso, os tabelionatos de protesto colaboram com a redução de demandas judiciais, considerando que o pagamento realizado no tabelionato evita o ajuizamento da ação correspondente. Por exemplo, a possibilidade de protesto de taxas condominiais, reduziu a quantidade de ações de cobrança por inadimplemento. (SANTOS, 2012, p. 181).

Em relação à recuperação de crédito, além das dívidas pagas antes da lavratura do protesto, um levantamento estatístico feito pelo 3º Tabelião de Protesto de Letras e Títulos de Campinas/SP, verificou que entre os anos de 2005 à 2011, 30,73% dos protestos foram cancelados no período de até dois anos após a sua lavratura, sendo este um resultado bastante positivo. (SANTOS, 2012, p. 182).

Em virtude de ser uma ferramenta rápida e eficiente de recuperação de crédito, alguns estados brasileiros estão utilizando o protesto para fins de cobranças de dívidas de encargos, tais como IPTU, IPVA, água, energia elétrica, entre outros. (ROWEDER, 2016, p. 57).

Desse modo, a possibilidade de títulos e documentos de dívidas serem levados a protesto e a rápida cobrança, vem logrando êxito na recuperação do crédito. (ROWEDER, 2016, p. 58).

Assim, umas das principais finalidades dos procedimentos que envolvem o protesto de títulos é a recuperação do crédito e a desobstrução do Poder Judiciário, uma vez que o tabelionato de protesto auxilia na cobrança da dívida sem a necessidade do processo judicial. (KUMPEL; FERRARI, 2017, p. 96).

OS PREJUÍZOS DECORRENTES DA APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI 9.327/2017 QUE ALTERA A LEI Nº 9.492/1997

A Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, também conhecida como Lei de Protesto, já foi alterada diversas vezes. Atualmente, tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 9.327, de 13 de dezembro de 2017, de autoria do Deputado Federal Júlio Lopes, que regulamenta as duplicatas eletrônicas.

Embora esteja sendo vista como novidade, a modalidade de duplicata eletrônica ou duplicata virtual não é atualidade no Direito brasileiro, já que o artigo 8º da Lei de Protesto prevê a possibilidade de duplicata virtualizada. O objetivo do referido projeto é controlar a emissão deste tipo de duplicata, que seria feito por meio de sistema eletrônico de escrituração de duplicatas, gerido por entidades autorizadas pelo Banco Central do Brasil, e não mais por qualquer pessoa. Todo o andamento e atualizações referentes à duplicata poderão ser acompanhados em meio eletrônico, garantindo maior segurança para o sistema financeiro. (GUIMARÃES, 2018, p. 87).

A matéria foi enviada ao Senado Federal como PLC 73/18 onde foi proposta nova emenda pelo Senador Ricardo Ferraço, a fim de excluir a necessidade de protesto das duplicatas sob a forma eletrônica, fato que gerou grande discussão entre os parlamentares, pois, sem a necessidade do protesto a tendência é o aumento da quantidade de processos de execução ou seja, o aumento da judicialização. O protesto é um meio de satisfação do direito sem a necessidade da via judicial e ajuda a evitar a inscrição do devedor nas empresas de serviços de proteção ao crédito. (GUIMARÃES, 2018, p. 81).

De acordo com o ranking das 20 ações mais recorrentes junto ao Poder Judiciário no Brasil, as ações de pessoas que foram negativadas nos serviços de proteção ao crédito sem terem sido comunicadas ficou em segundo lugar. (GUIMARÃES, 2018, p. 88). Portanto, excluir a necessidade do protesto traria imensa insegurança, além de aumentar demasiadamente os processos que envolvam a falta de pagamento dos títulos, reparação civil, dano moral, entre outras, no Poder Judiciário.

O referido projeto de lei será votado em breve, tendo sua última movimentação ocorrido em 05 de setembro de 2018: “Último local: 05/09/2018 – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Constituição, Justiça e Cidadania). Último estado: 05/09/2018 - Incluída na pauta de reunião”. (SENADO FEDERAL, 2018).

CONCLUSÃO

Em conclusão, verificou-se a relevante função econômica, jurídica e social que o tabelionato de protesto exerce por meio de suas atividades privativas.

No que tange a sua relevância econômica, restou comprovado que se trata de um meio confiável de parâmetro para a concessão de crédito no mercado, e ainda estimula a pontualidade no cumprimento das obrigações. Como também, se mostra como importante ferramenta para a recuperação do crédito, seja de pessoas físicas ou jurídicas, trazendo pacificação social.

Além disso, vale ressaltar sua contribuição com a redução das demandas judiciais, uma vez que oferece uma forma de cobrança de dívidas mais simples e menos onerosa que a judicial.

Em relação ao comentado Projeto de Lei nº 9.327, de 13 de dezembro de 2017, caso seja aprovado, a ausência do protesto fará aumentar a judicialização e caracterizará um retrocesso, indo contra a maioria dos intentos legislativos atuais que promovem a desjudicialização e a justiça social para todos.

REFERÊNCIAS

- BUENO, Sérgio Luiz José. *Tabelionato de protesto*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. *Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994*. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 04 out. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997*. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm>. Acesso em: 04 out. 2018.
- FREDERICO, Guimarães. Projeto das duplicatas eletrônicas em risco no Senado Federal. *Cartórios com você*. São Paulo, n. 13, p. 79-92, mai./jul. 2018. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wpcontent/uploads/2018/09/Cart%C3%B3rios_com_Voc%C3%AA_13.pdf>. Acesso em: 04 out. 2018.
- KUMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. *Tratado Notarial e Registral*. 1. ed. vol. IV. São Paulo: YK Editora, 2017.
- ROWEDER, Rafaela Jerônimo. A função do protesto de títulos na atualidade: um estudo sobre suas vantagens. In: *CONGRESSO DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI*, 25, 2016, Curitiba, 2016, p. 45-62. Disponível em: <

<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/r310g1en/B7I2Ia2Vy7TH3PF5.pdf>
>. Acesso em: 04 out. 2018.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Apontamentos sobre o protesto notarial*, 2012, 233 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-20032013-142914/pt-br.php>>. Acesso em: 04 out. 2018.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei da Câmara nº 73, de 2018*. Brasília, [2018?]. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133776>>. Acesso em: 04 out. 2018.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

A TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* E SEUS REFLEXOS SOCIAIS

BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AND ITS SOCIAL REFLECTIONS

ANDRÉ LUÍS CATELI ROSA. Email: contato@professorcateli.com.br
JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA. UNIMAR. Email:
jussara@bflaw.adv.br

GT2 - GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

RESUMO

O presente estudo aborda os fundamentos da tecnologia *blockchain*, levando-se em consideração seus reflexos sobre a sociedade, em confronto com os tradicionais sistemas de registro. O estudo e seus resultados foram cingidos à luz da análise econômica do Direito, trazendo-se à baila os fundamentos do *blockchain*, bem como os aspectos inerentes ao seu funcionamento, relacionando-os com os sistemas atuais de registro, e obtendo-se conclusões por meio de análise das externalidades proporcionadas, dos custos de transação resultantes, da eficiência e principalmente em relação ao consequencialismo e pragmatismo que é peculiar à análise econômica. Utilizou-se do método empírico dialético. Em conclusão, verificou-se a existência de um cenário promissor para sua larga implementação, haja vista que proporciona eficiência, redução dos custos de transação, bem como a descentralização dos ganhos com a elaboração dos registros.

Palavras-chave: Análise econômica do Direito. *Blockchain*. Custos de transação.

ABSTRACT

The present study addresses the fundamentals of blockchain technology, taking into account its reflections on society, in contrast to traditional registration systems. The study and its results were gauged in light of the economic analysis of the Law, bringing to the fore the fundamentals of the blockchain, as well as the inherent aspects of its functioning, relating them to the current systems of registration, and obtaining conclusions by a means of analyzing the externalities provided, the resulting transaction costs, efficiency, and especially in relation to consequentialism and pragmatism that is peculiar to economic analysis. Dialectical empirical method was used. In conclusion, there was a promising scenario for its wide implementation, since it provides efficiency,

reduction of transaction costs, as well as the decentralization of earnings through the preparation of the records.

Keywords: Economic analysis of law. Blockchain. Transaction Costs.

INTRODUÇÃO

A tecnologia apresentada pelo *blockchain* representa um meio alternativo para a efetivação de registro de transações, estas, das mais diversas ordens.

Por ser descentralizado e distribuído, o *blockchain* oferece o potencial para transações digitais transparentes e incorruptíveis, sem a necessidade de permissão ou validação de terceiros, o que torna o processo muito mais rápido e eficiente, com enorme redução dos custos de transação.

O objetivo do presente estudo é refletir sobre essa nova tecnologia, analisando os aspectos inerentes ao seu funcionamento, relacionando-os com os sistemas atuais de registro, obtendo-se conclusões por meio de análise das externalidades proporcionadas, dos custos de transação resultantes, da eficiência e principalmente em relação ao consequencialismo e pragmatismo que é peculiar à análise econômica

Foi utilizado o método empírico dialético. Em conclusão, verificou-se a existência de um cenário promissor para sua larga implementação, haja vista que proporciona eficiência, redução dos custos de transação, bem como a descentralização dos ganhos com a elaboração dos registros.

1 BLOCKCHAIN

O *Blockchain* foi desenvolvido em 2008 por uma, ou um grupo de pessoas, com o pseudônimo de Satoshi Nakamoto, motivada(os) pela crise do *subprime* nos Estados Unidos, oportunidade na qual os títulos que deveriam ter como lastro direitos sobre imóveis foram negociados sem lastro nenhum, o que gerou desestabilidade e falta de confiança no sistema financeiro.

Trata-se de um sistema alternativo para realizar transações em ambiente eletrônico sem necessidade de validação por um órgão centralizador (governo ou instituições financeiras, por exemplo), que iniciou-se por meio de um protocolo para moeda digital, usando a princípio a criptomoeda *bitcoin*, que permite estabelecer confiança e fazer transações sem intermediadores.

É uma aplicação de computador na modalidade *peer to peer*⁴, altamente segura, que permite transações digitais, oferecendo maior transparência e confiança, capaz de reduzir fraudes e acelerar uma ampla rede de negócios, reduzindo a necessidade de intermediários e papelada (WATSON, 2018, p. 21).

No núcleo do *blockchain* está uma forma inovadora de banco de dados: o *ledger*⁵ distribuído. Cada transação digital é registrada no livro de registro de uma forma criptografada imutável, como um “bloco” de dados, e esse livro razão é distribuído por milhares ou até mesmo milhões de computadores que formam uma rede de autenticadores/validadores, que podem estar localizados em qualquer parte do mundo, no computador de cada um dos usuários desse sistema.

Para cada registro individual ser aceito como válido, mais da metade dos autenticadores/validadores devem concordar que está correto.

⁴ Do inglês par-a-par ou simplesmente ponto-a-ponto, com sigla **P2P**. É uma arquitetura de redes de computadores onde cada um dos pontos ou nós da rede funciona tanto como cliente quanto como servidor, permitindo compartilhamentos de serviços e dados sem a necessidade de um servidor central.

⁵ Em sua forma original significa um livro no qual uma empresa ou organização anota as quantias de dinheiro que gasta e recebe. Nas transações virtuais significa o local onde as transações digitais ficam registradas.

Assim, não existe uma versão centralizada da informação, por isso é impossível que um hacker a corrompa sem simultaneamente assumir o controle de mais da metade de todos os sistemas.

Ao alterar qualquer parte do registro conduzindo uma nova transação ou até mesmo alterar uma letra qualquer de um documento, um novo “bloco” de dados criptografados é adicionado à cadeia, criando uma impressão permanente das informações no *ledger* naquele momento.

Por ser descentralizado e distribuído, o *blockchain* oferece o potencial para transações digitais *peer-to-peer* transparentes e incorruptíveis, sem a necessidade de permissão ou validação de terceiros, o que torna o processo muito mais rápido e eficiente.

O validador do sistema é chamado minerador, uma pessoa comum, que baixa um programa do *blockchain* em seu computador, o que lhe permite acompanhar todo o histórico de transações das carteiras (ROSINI, 2018).

O minerador que primeiramente decifra o código criptografado por meio de seu computador, ganha um estímulo financeiro, recebendo uma porcentagem sobre a transação realizada.

Assim, o sistema alinha os incentivos de todas as partes interessadas, de forma que algum sinal de valor é essencial para seu funcionamento e estabilização da confiança. Satoshi programou o software para recompensar aqueles que trabalham nele (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016, p. 118).

A ilustração abaixo viabilizará um melhor entendimento sobre o funcionamento dessa tecnologia:

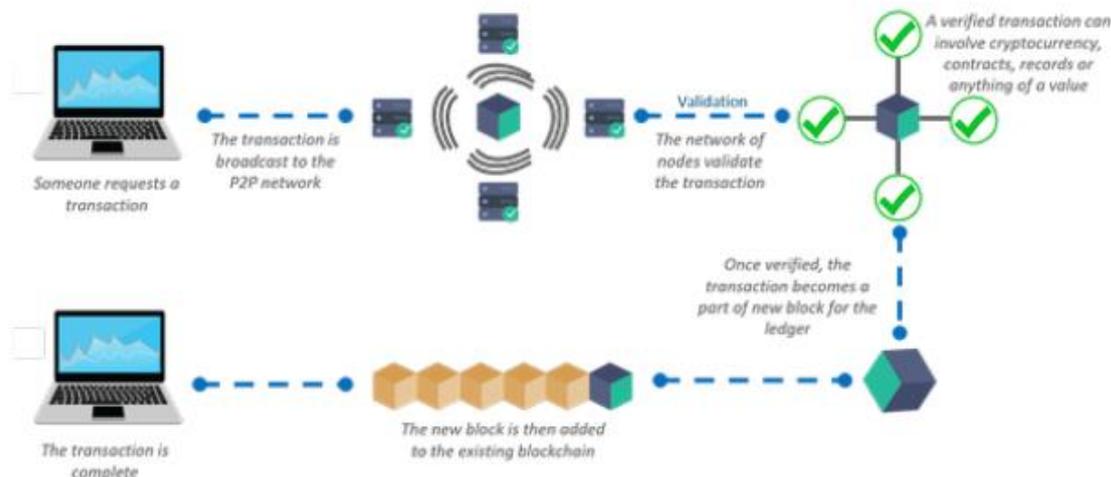


Figura 01. BILONIA, 2018, p. 1.

Nesse contexto, é possível observar que, até então, os sistemas de registro eram construídos com base na informação centralizada, seja por governos, bancos ou por bancos centrais operando registros de toda a economia, o que proporcionava eficiência e segurança para as comunidades em função de não terem outra maneira de confiar nas contas de cada um sobre quem deve o quê a quem e o que é de cada um. No entanto, esse modelo confere muito poder e lucro excessivo àqueles detentores dos registros centrais. Todavia, era um enorme e impensável desafio encontrar uma solução alternativa: um sistema confiável e descentralizado para manter os registros da sociedade em ordem, sem perder a eficiência e a segurança que a centralização havia proporcionado (CASEY, 2015, p. 120-121).

Com o advento do *blockchain*, ficou claro que a tecnologia tem aplicações em uma ampla gama de processos e transações. Há um mundo de possibilidades a explorar. O *blockchain* é uma rede básica de geração, uma infraestrutura que pode ser utilizada em *e-commerce*, pagamentos globais, remessas, empréstimos de pessoas a pessoas, microfinanciamentos e até mesmo na área de saúde, para armazenar dados relativos ao histórico de saúde das pessoas, ou seja, pode ser utilizada como ambiente de armazenamento de dados, tornando-se um verdadeiro livro-registro (*digital ledger*), o que pode resultar em robustas mudanças da forma de registro das transações ao redor do mundo.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A tecnologia do *blockchain* será capaz de introduzir modificações de vasto alcance, passíveis de atingir todos os agentes econômicos que, de alguma forma, realizam transações que necessitam de registro.

Referido instituto ganha especial importância sob a ótica consequencialista e pragmática quando inserido na atual conjuntura social, tendo em vista que sua utilização resultará em inúmeros reflexos, não só para os que diretamente se relacionam com estes, mas para toda a sociedade, levando-se em consideração as bases sólidas contextualizadas pela análise econômica do direito.

Nesse contexto de análise, as regras jurídicas são concebidas em uma feição instrumental, voltadas para a solução eficiente (REPSOLD; TABAK, 2018, p. 41), conforme se demonstra adiante.

A análise das relações econômicas poderá levar à possibilidade de formulação e aplicação das normas jurídicas de forma que possibilitem torná-las mais eficientes sob a ótica de se obter um melhor desempenho econômico da nação, refletindo em consequente bem-estar social (FERREIRA; ROSA, 2018, p. 22).

Sua utilidade reveste-se em encontrar a racionalidade de toda e qualquer decisão, independente de estar dentro ou fora do mercado, tendo em vista que toda atividade humana “não instintiva se abarca nesse conceito e pode, por isso, ser economicamente analisada” (SCHMIDT, 2014, p. 206).

Segundo Posner (2010, p. 14), o Direito deve ser interpretado e pensado a partir dos princípios da Economia. Iniciando por uma lógica pragmática, defende um método de interpretação consequencialista para o Direito, transformando-o num instrumental pautado pelos efeitos das decisões jurídicas.

No mais, tratando-se da aplicação das normas por uma instituição, ponto essencial a se destacar é o ensinamento de Douglas North, que esclarece que “as instituições têm a vocação de indução ou de coibição de condutas a partir de um juízo valorativo” (NORTH, 1994, p. 359-368).

Dessa maneira, ao se tomar a Economia como uma ciência que está diretamente relacionada ao estudo do comportamento humano, “seus instrumentos mostram-se poderosos para a prospecção dos comportamentos dos agentes frente às diversas prescrições do ordenamento jurídico” (NUSDEO, 2015, p. 43-44).

É sob essa perspectiva, ponderando-se as externalidades resultantes e a escolha racional, e principalmente os custos de transação envolvidos nas relações de registro é que se chegará à conclusão da presente pesquisa.

2.1 Custos de transação

A análise dos custos de transação é de suma importância para verificar a viabilidade do *blockchain* no atual cenário nacional. Referidos custos são aqueles

relacionados à concretização de uma relação comercial, que não envolvem a manufatura do objeto transacionado. Esses custos podem ser definidos, por exemplo, como custos de negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato. Oliver Williamson explica que os custos de transação são aqueles relacionados à movimentação do sistema econômico, diferenciando-se dos custos de produção, estes “relacionados a outros fatores como matéria-prima e mão de obra” (WILLIAMSON, 1985, p. 18).

Cooter e Ulen (2010, p. 105) esclarecem que os custos de transação são aqueles relacionados “(i) à busca de interessados no negócio; (ii) às despesas para negociação e formalização das transações; e (iii) aos custos para fiscalizar e tomar as medidas cabíveis, caso haja descumprimento contratual”. As despesas para negociação estão intimamente ligadas aos fundamentos do *blockchain*, vez que englobam também recursos destinados ao registro do negócio, que poderão ainda ser distribuídos para toda a sociedade.

Assim, diante da impossibilidade de eliminação dos custos de transação, os indivíduos sempre perseguirão a sua redução, levando em consideração o ordenamento jurídico a que estão sujeitos e a forma de atuação das instituições jurídicas.

Nesse sentido, a redução dos custos de transação relaciona-se com a busca de maior eficiência na esfera econômica, conforme abordado alhures no que diz respeito às externalidades. Assim, no presente estudo, considera-se eficiente o cenário pelo qual haja redução dos custos de transação.

CONCLUSÃO

O fundamento da tecnologia do *blockchain* tem por base a descentralização dos registros, de forma que se elimina o agente intermediador das transações, que no sistema tradicional é responsável pela guarda das informações.

Conclui-se, portanto, que referida tecnologia é capaz de proporcionar maior segurança e eficiência ao registro de transações, vez que o armazenamento é descentralizado e mais rápido, ocorrendo quase que em tempo real à sua realização.

Verificou-se que no atual cenário nacional, referida tecnologia possui o condão de diminuir os custos de transação, proporcionando ainda uma redistribuição dos valores que incidem sobre os registros aos próprios usuários do sistema.

Tendo em vista o referencial teórico ora adotado, concluiu-se que a tecnologia do *blockchain*, ao proporcionar a descentralização dos registros, proporciona ganhos sociais, tendo em vista que incorre em diminuição dos custos de transação gerados pelo processo atual, resultando em ganho de eficiência vista sob a ótica da racionalidade oferecida pelo instrumental empírico teórico da economia.

Por fim, sob a ótica consequencialista e pragmática da análise econômica do Direito, o instituto estudado mostra-se extremamente viável, haja vista que proporciona eficiência, redução dos custos de transação, bem como a descentralização dos ganhos com a elaboração dos registros, promovendo distribuição de riqueza, o que resulta em ganhos sociais, quando confrontado com o atual sistema de registros, que proporciona ganhos apenas aos poucos que os detêm.

REFERÊNCIAS

BILONIA, Shashank. What is the working principle of blockchain technology? Quora.com, 2018. Acesso em 05 out. 2018. Disponível em <<https://www.quora.com/What-is-the-working-principle-of-block-chain-technology>>.

- CASEY, Michael J.; VIGNA, Paul. The age of cryptocurrency: how bitcoin and digital money are challenging the global economic order. New York: St. Martin's Press, 2015. p. 120-121.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; ROSA, André Luís Cateli. Compliance: contribuição ao desenvolvimento social por meio da Foreign Corrupt Practices Act. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 15, n. 2, p. 13-31, maio/ago. 2018.
- NORTH, Douglas. Economic performance through time. *The American Economic Review*, Nashville, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- REPSOLD, Max Brito; TABAK, Benjamin Miranda. Instrumentos metodológicos da análise econômica do direito e eficiência das políticas públicas executadas pelo terceiro setor. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 16, n. 23, p.28-53, jul./dez. 2018.
- ROSINI, Kadamani. Blockchain e o futuro do registro de imóveis eletrônico. *Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário*, 2017. Acesso em 05 out. 2018. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/blockchain-e-o-futuro-do-registro-de-imoveis-eletronico-undefined-palestra-i>>.
- SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 anos do fundo de defesa de direitos difusos sob a luz da análise econômica do direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais. *Argumentum: Revista de Direito*, Marília, n. 15, p. 201-226, 2014.
- TAPSCOTT, Alex; TAPSCOTT, Don. *Blockchain revolution: hoe the technology behind bitcoin is changing Money, business, and the world*. New York: Portfolio, 2016.
- WATSON, Stuart. What is a blockchain? *Revista Modus*, ISSN 2045-5526, n. 01, fev. 2018, p. 20-23.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. Nova York: The Free, 1985.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS FRENTE AOS REFLEXOS DO SPREAD BANCÁRIO

THE JUDICIAL RECOVERY OF COMPANIES WITH THE REFLECTIONS OF THE BANK SPREAD

ANDRÉ LUÍS CATELI ROSA. Email: contato@professorcateli.com.br
JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA. UNIMAR. Email:
jussara@bflaw.adv.br

GT2 - GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

RESUMO

O presente estudo aborda a viabilidade do instituto da Recuperação Judicial de empresas no atual cenário nacional, levando-se em consideração seus reflexos sobre o *spread* bancário e conseqüentemente sobre a sociedade como um todo. O estudo e seus resultados tiveram por referencial teórico a análise econômica do Direito, trazendo-se à baila os fundamentos do instituto da Recuperação Judicial de empresas, bem como os

aspectos inerentes ao *spread* bancário, relacionando-os e obtendo-se conclusões por meio de análise das externalidades proporcionadas, dos custos de transação resultantes, da eficiência e principalmente em relação ao consequencialismo e pragmatismo que é peculiar à análise econômica. Para tanto, utilizou-se do método empírico dialético. Em conclusão, verificou-se que o instituto da Recuperação Judicial de empresas, no atual cenário nacional, não possui viabilidade frente ao referencial teórico da análise econômica do Direito, haja vista que proporciona benefícios de curto prazo apenas para aqueles que participam diretamente de seu processo.

Palavras-chave: Análise econômica do Direito. Externalidades. Recuperação judicial de empresas. *Spread* bancário.

ABSTRACT

The present study approaches the feasibility of the Institute of Judicial Recovery of companies in the current national scenario, taking into account its reflexes on the banking spread and consequently on the society as a whole. The study and its results had as theoretical reference the economic analysis of the Law, bringing to the fore the fundamentals of the Institute of Judicial Recovery of companies, as well as the inherent aspects of the banking spread, relating them and obtaining conclusions through analysis of the resulting externalities, the resulting transaction costs, efficiency, and especially the consequentialism and pragmatism that is peculiar to economic analysis. For that, the dialectical empirical method was used. In conclusion, it was verified that the institute of Judicial Recovery of companies, in the current national scenario, does not have viability against the theoretical reference of the economic analysis of the Law, since it provides short-term benefits only for those who participate directly in its process.

Keywords: Economic analysis of law. Externalities. Judicial recovery of companies. Bank spread.

INTRODUÇÃO

A Lei de Recuperação Judicial de Empresas possui por princípios basilares a preservação da empresa, a proteção dos trabalhadores e dos interesses dos credores. Assim, extrai-se que sua função social encontra-se pautada no estímulo à atividade econômica e na manutenção dos empregos.

O instituto como implementado no Brasil, por meio da Lei nº 11.101/05, ocasiona externalidades diversas, dentre as quais encontra-se o aumento do *spread* bancário, o que resulta em maiores taxas de juros para os tomadores de crédito, e consequentemente na diminuição de investimentos em inúmeros setores produtivos.

O objetivo do presente estudo é refletir sobre a viabilidade da Recuperação Judicial de Empresas, no atual cenário brasileiro, à luz da análise econômica do Direito, analisando os fundamentos do referido instituto, bem como os aspectos do *spread* bancário, a fim de obter conclusões por meio de análise das externalidades, custos de transação, eficiência e principalmente em relação ao consequencialismo e pragmatismo que lhe é peculiar.

Foi utilizado o método empírico dialético. Em conclusão, verificou-se que a Recuperação Judicial de Empresas, no atual cenário nacional, não é viável à luz da análise econômica do Direito.

DESENVOLVIMENTO

De acordo com a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a Recuperação Judicial de empresas tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora,

do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Nesse contexto, verifica-se que seu objetivo é promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, destacando-se a manutenção e geração de possíveis novos empregos, bem como o pagamento dos tributos devidos (TOLEDO; ABRÃO, 2009, XXXVIII).

Tem-se então, por princípios basilares: a preservação da empresa, a proteção aos trabalhadores, e por fim os interesses dos credores, conforme disposição do art. 47 da lei que cuida do assunto, veja:

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

Poderá requerer recuperação judicial, nos termos do art. 48, o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: (1) não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; (2) não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial; (3) não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial; (4) não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na lei de falências.

Uma vez atendidos os requisitos, sob os fundamentos destacados pelo art. 47, será concedido ao devedor os benefícios da Recuperação Judicial, de forma que com isso, todas as ações e execuções contra a empresa ficam suspensas por 180 dias e seus débitos passarão a fazer parte de um plano de recuperação judicial, a ser aprovado pelos credores em posterior assembleia.

Via de regra, os planos de recuperação judicial apresentam condições muito desfavoráveis aos grandes credores, principalmente às instituições financeiras, pois oferecem pagamentos sem a inclusão de taxas de juros, por muitas vezes com abatimentos significativos, prazos extremamente longos e carência elevada.

Diante desse contexto, quando do pedido de recuperação judicial, os valores devidos pelas empresas às instituições financeiras são considerados como inadimplência para fins e cálculo do *spread* bancário, vez que estas não terão os valores à disposição para reaplicação no mercado.

O *spread* bancário é a diferença, em pontos percentuais, entre a taxa de juros pactuada nos empréstimos e financiamentos, ou seja, a taxa paga pelos tomadores de crédito junto às instituições financeiras, e a taxa de captação, esta que refere-se à taxa que essas instituições pagam aos agentes superavitários para utilizar os seus recursos.

A forma mais comum de captação de recursos junto ao mercado é por meio de CDB – Certificado de Depósito Bancário, pelos quais as instituições financeiras captam recursos repassando-os aos clientes na forma de empréstimos (FORTUNA, 2001, p. 153).

Exemplificando: se uma instituição financeira captar junto ao mercado recursos por meio de CDB com custo de 10% ao ano e conceder empréstimos com taxa de 30% ao ano, terá como resultado dessa operação um *spread* bancário de 20% ao ano.

É importante observar que o *spread* bancário não corresponde ao lucro auferido pela instituição financeira ao conceder o empréstimo ou financiamento, mas sim a um valor resultante da cobertura de seus custos (despesas administrativas, impostos, provisão de inadimplência, entre outros), que somados ao lucro, corresponde ao *spread*.

De forma simplificada: o lucro da instituição financeira é o que resta após a cobertura dessas despesas.

Na composição do *spread* estão presentes fatores de custos administrativos e operacionais. Como custos administrativos, por exemplo, destacam-se os recolhimentos compulsórios⁶, estabelecidos pelo BACEN, os fiscais, decorrentes da incidência de diversos impostos sobre a intermediação financeira, e principalmente os relativos à inadimplência, estes vinculados ao risco de crédito em face de eventual descumprimento da obrigação pelo tomador do empréstimo, que pode ser total ou parcial (CAMPELLO, 2008, p. 113).

O gráfico abaixo demonstra a decomposição do *spread*, em uma posição extraída no ano de 2017, apresentando sua média no período 2011-2016, demonstrando que sua maior parte (55,7%) é composto pela inadimplência.

Decomposição do *spread*: média 2011-2016

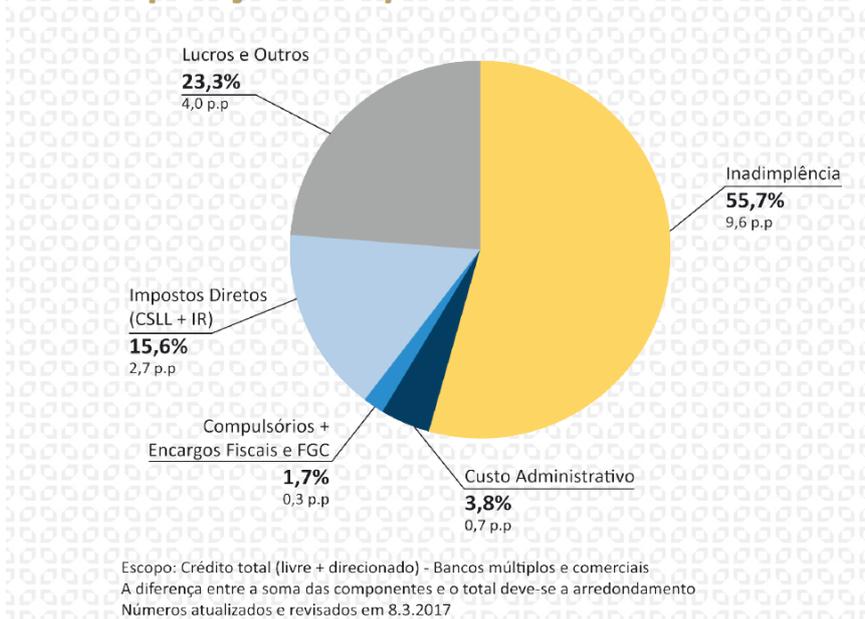


Figura 1. BACEN, 2017, p. 10.

A Recuperação Judicial de empresas no Brasil, é diretamente responsável pela composição do *spread* bancário, haja vista o grande impacto que exerce sobre o volume de inadimplência, que é o maior dos fatores que o compõem.

Questão a ser avaliada é que, o instituto da Recuperação Judicial, nos termos de seu objetivo, traz benefícios apenas para os poucos que dela participam, ou seja, para o próprio empresário, seus trabalhadores e credores. Em contrapartida, proporciona reflexos negativos para toda a sociedade, vez que resultará em taxas de juros mais elevadas para obtenção de recursos junto ao mercado financeiro, proporcionando menores investimentos em todos os setores produtivos, estes que, certamente, por via reflexa, resultariam na geração de novos postos de trabalho com maior sustentabilidade. É o desenvolvimento sustentável que consolida o equilíbrio de qualquer sistema (ROSA, 2017, p. 101).

⁶ Os recolhimentos compulsórios constituem-se em um instrumento à disposição do Banco Central para influenciar a quantidade de moeda na economia. Eles representam uma parcela dos depósitos captados pelos bancos que devem ser mantidos compulsoriamente “esterilizados” no Banco Central (BACEN, 2018).

Sob a ótica do referencial teórico aqui adotado, o instituto da Recuperação Judicial de empresas, tal como implementado hoje no Brasil, não encontra resguardo, vez que, sob o prisma do consequentialismo e pragmatismo, traria benefícios de curto prazo a uma minoria envolvida na questão, em detrimento de toda a sociedade. Isso porque, se o objetivo social da lei é a manutenção de empregos, o aumento do *spread* bancário caminha em sentido oposto a ele, vez que retrai investimentos nos mais diversos setores produtivos.

Pode-se mencionar ainda, sob o ponto de vista da análise econômica do Direito, perdas sociais enormes, tais como: os elevados custos de transação gerados pelo processo de Recuperação Judicial; as externalidades negativas resultantes, como o aumento do *spread* bancário, destinação inadequada de recursos a Recuperações Judiciais de empresas que não apresentam resultado satisfatório, movimentação desnecessária do Poder Judiciário, o que prejudicará a celeridade processual das demais demandas; e, de forma geral, a perda de eficiência vista sob a ótica da racionalidade oferecida pelo instrumental empírico teórico da economia.

CONCLUSÃO

O instituto da Recuperação Judicial de empresas no Brasil tem por fundamento a superação da situação de crise econômico-financeira da empresa, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Verificou-se que no atual cenário nacional, referido instituto possui o condão de aumentar o *spread* bancário, vez que reflete diretamente no contexto da inadimplência, que é a maior responsável pela formação de seu valor.

Tendo em vista o referencial teórico ora adotado, conclui-se que a Recuperação Judicial de empresas, ao proporcionar o aumento do *spread* bancário, proporciona perdas sociais enormes, tendo em vista que incorre em elevados custos de transação gerados pelo processo, em externalidades negativas diversas e, de forma geral, a perda de eficiência vista sob a ótica da racionalidade oferecida pelo instrumental empírico teórico da economia.

Por fim, sob a ótica consequentialista e pragmática da análise econômica do Direito, o instituto estudado não encontra amparo, haja vista que proporciona benefícios de curto prazo apenas para aqueles que participam diretamente de seu processo, ou seja, empresa, seus trabalhadores e credores, tudo em detrimento da perdas proporcionadas a todo o restante da sociedade.

REFERÊNCIAS

BACEN – Banco Central do Brasil. *Recolhimento compulsório, encaixe e direcionamentos obrigatórios*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/htms/novaPaginaSPB/compulsorios.asp>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa. Spread bancário no Brasil: suas determinantes e Conseqüências. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco*. p. 103-126, 2008. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/33154/34980/Nalva+Cristina+Barbosa+Campello.pdf/4a9f80c1-20a2-4609-b795-ad92c83e08b8>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.

GOLDFAJN, Ilan. Painel: Projeto Spread Bancário. *Banco Central do Brasil*, 2017. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/Apresentacao_Painel_Projeto_Spread_Bancario.pdf>. Acesso em 25 abr. 2018.

ROSA, André Luís Cateli. Cooperação para o desenvolvimento sustentável. In: *Anais do VIII Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito UEL-Unimar*, em 20 de outubro de 2017 – GT 2 – Globalização, Direito e Economia. Anais (on-line). Londrina: UEL, 2017. Disponível em <<http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/pages/arquivos/Interinstitucional%202017/ANAIS/ANAIS%20GT%202%20-%20PRONTO.pdf>>. Acesso em 26 abr. 2018.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coordenadores). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2009.

A REDUÇÃO DA ALÍQUOTA DA CIDE-COMBUSTÍVEIS SOBRE O DIESEL E OS IMPACTOS ECONÔMICOS SOBRE O ORÇAMENTO PÚBLICO

THE REDUCTION OF CIDE-FUEL CUSTOMS DIESEL AND THE ECONOMIC IMPACTS ON THE PUBLIC BUDGET

GT2 – GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

CINTYA NISHIMURA DURÃES - Bolsista PROSUP/CAPES
vinculada ao Grupo de Pesquisa Globalização, Direito e Economia
E-mail: cnddireito@gmail.com

ELAINE CRISTINA SOTELO FACHINI- Bolsista PROSUP/CAPES
Vinculada ao Grupo de Pesquisa Globalização, Direito e Economia
E-mail: lainefachini@gmail.com

MARISA ROSSIGNOLI

Docente do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Marília – UNIMAR
Vinculada ao Grupo de Pesquisa Globalização, Direito e Economia
E-mail: mrossinholi@uol.com.br

RESUMO

O presente estudo aborda a questão da redução da alíquota da CIDE-combustíveis sobre o diesel e os impactos econômicos sobre o orçamento público do ano de 2018, estendendo-se para 2019. O objeto da pesquisa concentra-se nas consequências que a decisão governamental produziu sobre o orçamento público. Objetiva-se analisar a possibilidade e os limites que a lei impõe para que a medida emergencial adotada em maio de 2018, visando colocar fim à paralisação do setor de transportes rodoviário por todo o país após dez dias de negociações com representantes da categoria, seja considerada legal. A renúncia a essa parcela da receita tributária produzirá consequências para o orçamento de tal maneira que para tentar compensar o que não será arrecadado foram apontadas duas saídas: a reoneração da folha de pagamentos das empresas e o corte de benefícios fiscais para os exportadores. Questiona-se se há possibilidade de ocorrerem as pedaladas fiscais na transição do governo atual para o

próximo. Justifica-se a escolha do tema em razão da atualidade da problemática, que faz transparecer o anseio da população por mudanças nas estruturas políticas, econômicas e tributárias. Adotou-se o método hipotético-dedutivo, partindo-se da hipótese que a redução da alíquota da CIDE sobre o preço do diesel resultará em prejuízo para a arrecadação mesmo tendo sido estipulada uma forma de compensação, o que representa risco de eventual ocorrência de manipulação de dados na prestação de contas do governo atual, isto é, pedaladas fiscais. Verificou-se que os impactos sobre a economia atingiram o comércio e os consumidores pelo desabastecimento de mercadorias, servindo como um sinal de alerta para o poder público.

Palavras-Chave: Impactos Econômicos. Orçamento Público. Redução da alíquota da CIDE-Combustíveis.

ABSTRACT

The present study addresses the issue of reducing the CIDE-fuel aliquot on diesel and the economic impacts on the public budget of 2018, extending to 2019. The purpose of the research focuses on the consequences that the government decision has produced on the public budget. The objective is to analyze the possibility and the limits that the law imposes so that the emergency measure adopted in May of 2018, aiming to put an end to the paralyzation of the sector of road transport by the whole country after ten days of negotiations with representatives of the category, is considered cool. The waiver of this part of the tax revenue will have consequences for the budget in such a way that to try to compensate for what will not be collected were pointed out two outputs: the reoperation of the company's payroll and the cut of tax benefits for the exporters. It is questioned if there is a possibility of fiscal pedaling in the transition from the current government to the next one. The choice of the theme is justified because of the current situation, which reveals the desire of the population for changes in political, economic and tax structures. The hypothetical-deductive method was adopted, starting from the hypothesis that the reduction of the CIDE rate on the diesel price will result in a loss to the collection even though a form of compensation was stipulated, which represents a risk of eventual manipulation data on the current government's accountability, that is, fiscal pedals. It was found that the impacts on the economy hit trade and consumers by shortages of goods, serving as a wake-up call to public power.

Keywords: *Economic Impacts. Public budget. Reduction of the rate of CIDE-Fuels.*

INTRODUÇÃO

A Contribuição de Intervenção no domínio econômico – CIDE é espécie de tributo pelo qual o Estado visa corrigir desequilíbrios econômicos no mercado preservando-se a livre concorrência. Essa contribuição passou a incidir sobre os combustíveis a partir da Emenda Constitucional n. 33/2001, com a finalidade principal de custear investimentos em infraestrutura de transportes.

A alíquota da contribuição em análise varia conforme a necessidade maior ou menor de intervenção estatal na economia, modificando os valores finais que são pagos pelos consumidores na aquisição dos bens e produtos sobre os quais é cobrada. No caso dos combustíveis a variação torna-se mais visível à população porque geralmente onera o preço nos postos de abastecimento, ou seja, está mais próximo do bolso do cidadão.

Os constantes aumentos nos preços dos combustíveis no início do ano de 2018 provocaram intenso descontentamento por parte dos trabalhadores do setor de transportes rodoviários de cargas, que apoiados pela população iniciaram uma paralisação geral das atividades, causando o desabastecimento do comércio com consequente elevação de preços das mercadorias por todo o país.

Os protestos contra as políticas de formação de preços adotadas pela Petrobrás, que toma como base as cotações internacionais e por tal razão produzem oscilações nos valores cobrados dos consumidores, pressionaram o governo a reduzir a alíquota da CIDE como forma de compensar os aumentos sobre o preço dos combustíveis.

A redução da contribuição sobre o valor do diesel colocou fim ao movimento grevista que instalou o caos social. Entretanto, as consequências deixadas pelos dias parados acrescidas da providência emergencial tomada pelo governo federal para por fim ao episódio atingiram o orçamento público do ano de 2018 e se estenderá para 2019.

Diante desse cenário, considerando que a renúncia de receita é permitida pela legislação desde que seja apontada a medida de compensação, a decisão tomada pelo poder executivo federal observou os limites legais ao reduzir a “zero” a alíquota da CIDE-combustíveis sobre o preço do diesel?

REDUÇÃO DA ALÍQUOTA DE UM TRIBUTO: POSSIBILIDADES E LIMITES

Toda redução na arrecadação de algum tributo reflete-se irremediavelmente sobre o orçamento público. Todavia, é possível realizar a diminuição da alíquota dentro dos limites financeiros permitidos pela legislação. Cada espécie tributária possui características e requisitos que limitam a alteração que essas produzirão para a sociedade. Analisando-se especificamente a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico entende-se que:

[...] a CIDE é espécie de tributo de uso excepcional e temporário, que se caracteriza por sua finalidade, qual seja, a de servir como instrumento da intervenção da União Federal em setores descompassados ou desregulados do mercado, nos quais referido descompasso esteja inviabilizando a livre iniciativa ou outros princípios com os quais esta deva conviver equilibradamente. A intervenção realizada pela CIDE deve ocorrer tanto através de sua incidência, de forma extrafiscal, como através do custeio de órgão estatal incumbido dessa intervenção. Finalmente, referida contribuição não se pode prestar como instrumento arrecadatório, nem representar invasão direta ou indireta na competência tributária de outros entes federados. (MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 33)

A intervenção na economia produzida por uma CIDE deve seguir as disposições do art. 149 da CF/88. A referida contribuição pode servir também como meio de promoção de objetivos: “[...] a intervenção terá de estar voltada à alteração da situação com vista à realização dos princípios estampados nos incisos do art. 170 da Constituição Federal”. (PAULSEN, 2017, p. 59).

Quanto às alíquotas, a majoração ou a redução de tributos deve ser feita após avaliação sobre o orçamento público, visando a prevenção de impactos negativos sobre as finanças públicas. O limite está expresso na Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000, art. 14, que dispõe sobre a renúncia de receita, exigindo-se o acompanhamento da estimativa que a mudança provocará sobre o orçamento financeiro do ano em que ocorre, bem como dos seguintes. Além disso, deve ser apontada como se dará a compensação desses valores. (BRASIL, 2000).

Em atendimento ao clamor dos grevistas e diante do caos social instalado no país, o governo federal decidiu baixar a zero a alíquota da CIDE-combustíveis sobre o diesel, por determinado período de tempo, além de acolher demais reivindicações negociadas com representantes do setor do transporte rodoviário de cargas.

Para compensar o valor que deixa de ser arrecadado com a implantação da medida, o governo afirmou que irá reonerar a folha de pagamento das empresas e extinguir benefícios fiscais para os exportadores, dentre outras medidas. Será que essas providências são suficientes diante dos prejuízos decorrentes dos dez dias de paralisação massiva? Há riscos de ocorrência das “pedaladas fiscais” novamente, por conta desse fato?

IMPACTOS ECONÔMICOS DA REDUÇÃO DA ALÍQUOTA DA CIDE-COMBUSTÍVEIS NO ORÇAMENTO PÚBLICO BRASILEIRO

Segundo estimativas do governo federal o montante arrecadado por meio da cobrança da CIDE-combustíveis no período de 2002 a 2012 é de R\$ 76 bilhões de reais. Entre 2012 e 2015 houve redução a zero, em razão dos reajustes sobre a gasolina e o óleo diesel. (SENADO, 2018). A partir de janeiro de 2015 foi instituída a cobrança novamente, que passou a ser efetuada a partir de maio de 2018, resultando no movimento grevista no setor dos transportes rodoviários de cargas.

Os impactos da paralisação dos profissionais dos transportes rodoviários foi objeto de estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT, quanto aos aspectos fiscais, ou seja, perda de arrecadação tributária, bem como em relação aos negócios que deixaram de ser realizados durante o período de greve.

De acordo com Gilberto Luiz do Amaral, Presidente do Conselho Superior do IBPT, estima-se que mais de três bilhões, oitocentos e sessenta e dois milhões de reais não foram arrecadados, atingindo projetos, folha de pagamentos e outras despesas previstas no orçamento a serem cobertas por esses recursos financeiros. (IBPT, 2018).

A economia brasileira também sofreu uma redução considerável na movimentação, calculando-se aproximadamente a queda de vinte e seis bilhões de reais, prejudicando tanto os comerciantes quanto os consumidores, uma vez que o abastecimento de mercadorias deixou de ser realizado, além da expressiva perda de alimentos perecíveis. (IBPT, 2018).

O país atravessa momento delicado em sua situação econômica com diminuição do emprego e da renda. A população anseia por mudanças que em curto prazo restabeleçam o equilíbrio. O ato de paralisação dos transportadores rodoviários de cargas emitiu um sinal forte para o governo de que não é possível esperar mais por mudanças nas estruturas políticas, econômicas e tributárias.

De outro viés, decisões apressadas e sob pressão podem conduzir a distorções na prestação de contas do administrador público. Considerando-se que o governo atual está na reta final de seu mandato, pretendendo entregar ao próximo uma aparente situação de equilíbrio no orçamento público, poderá se valer de instrumentos ilegais de manipulação dos dados, como as pedaladas fiscais, com o intuito de se prevenir de eventual responsabilização fiscal na gestão das finanças públicas.

CONCLUSÃO

A redução da alíquota da CIDE sobre o diesel após o movimento de paralisação dos transportadores rodoviários altera o orçamento público com reflexos diretamente sobre compromissos assumidos pelo governo tendo em vista esses valores. Para tentar compensar a perda decidiu-se onerar outros setores, embora haja dúvida se a medida será suficiente em relação aos valores que deixaram de ser arrecadados.

A situação econômica do país com alto desemprego e baixa renda leva a população a demonstrar seu descontentamento, especialmente diante das constantes

elevações de preços dos produtos essenciais como é o caso dos combustíveis, sinalizando para o governo a urgência por mudanças nas estruturas políticas, econômicas e tributárias.

Os anseios da sociedade quando não atendidos por vezes resultam em movimentos que forçam o poder público a tomar medidas apressadas que podem levar a produção de distorções nas finanças públicas, culminando com manobras e utilização de instrumentos ilegais visando conferir aparência de equilíbrio no orçamento público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 18 set. 2018.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm >. Acesso em 19 set. 2018.

_____. Senado Federal. *CIDE*. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/cide> >. Acesso em 14 set. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. *IBPT analisa impactos da greve dos caminhoneiros na arrecadação fiscal*. Disponível em: < <https://ibpt.com.br/noticia/2643/IBPT-ANALISA-IMPACTOS-DA-GREVE-DOS-CAMINHONEIROS-NA-ARRECADACAO-FISCAL> >. Acesso em 25 set. 2018.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário completo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O ACESSO A JUSTIÇA E A CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

ACCESS TO JUSTICE AND CONVICTION IN SUCCESSFUL HONORARY IN JUSTICE OF WORK

GT 2 – GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E ECONOMIA

IGOR PEREIRA DOS SANTOS – Mestrando em Direito na Universidade de Marília –
UNIMAR, igorps@hotmail.com

LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA – Professor Doutor do Curso de Mestrado e
Doutorado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR,
lourival.oliveira40@hotmail.com

RESUMO

O presente estudo tem como problemática examinar a constitucionalidade que as mudanças introduzidas no âmbito das relações laborais pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a denominada Reforma Trabalhista, no que se refere a possibilidade de

condenação do trabalhador em honorários sucumbenciais. A alteração anunciada pode não se encontrar em sintonia com diversos princípios próprios que norteiam o Processo do Trabalho, bem como restringir o direito fundamental ao acesso à justiça daquele que teve seu direito supostamente violado em atentado direto ao primado da valorização do trabalho humano, na forma estabelecida no artigo 170 da Constituição Federal. O estudo justifica-se, principalmente em se considerando a enorme redução da quantidade de ações trabalhistas ajuizadas após a vigência dessa alteração legal ter sido fruto de um receio do trabalhador em ser condenado pecuniariamente e não pelo fato de ter havido uma redução das irregularidades trabalhistas ocorridas durante o contrato. Será utilizado no trabalho o método dedutivo por meio da dialética entre a Lei, a jurisprudência e algumas situações empíricas, além de pesquisas bibliográficas e eletrônicas.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Direito do Trabalho. Honorários Sucumbenciais.

ABSTRACT

The present study has as problematic to examine the constitutionality that the changes introduced in the scope of labor relations by Law 13,467 of July 13, 2017, the so-called Labor Reform, regarding the possibility of conviction of the worker in sucumbencial honoraria. The announced change may not be in line with several principles that guide the Labor Process, as well as restrict the fundamental right to access to justice for those who have had their right allegedly violated in direct attack on the primacy of valorization of human work, in the form established in article 170 of the Federal Constitution. The study is justified, especially considering the enormous reduction in the number of labor lawsuits filed after the validity of this legal amendment was the result of a fear of the worker to be sentenced pecuniary and not by the fact that there had been a reduction of labor irregularities occurred during the contract. The deductive method will be used in the work through the dialectic between the Law, the jurisprudence and some empirical situations, besides bibliographical and electronic researches.

Key words: Access to Justice. Labor Law. Sucumbencial Fees.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017, denominada de Reforma Trabalhista, foi concebida em um momento de crise política e econômica nacional com o argumento de era necessário flexibilizar as rígidas e desatualizadas leis existentes para se possibilitar a geração de empregos no país e, conseqüentemente, superar o difícil momento.

Lastreado nessas premissas, o Congresso Nacional aprovou a mencionada lei com diversas alterações que têm sido entendidas como inconstitucionais, vez que se desprezou diversos princípios, não apenas aqueles próprios do Direito do Trabalho, mas também da Constituição Federal.

Nesse sentido, este é o problema do trabalho, vez que o direito fundamental ao acesso à justiça acabou por ser vulnerado frente a possibilidade de condenação do trabalhador ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, mesmo sendo beneficiário da gratuidade da justiça.

Portanto, o objetivo do presente estudo é demonstrar que a imposição de restrições, como a condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais, limita o direito fundamental ao acesso à justiça de uma pessoa hipossuficiente que teve seu direito supostamente violado, em flagrante afronta ao primado da valorização do trabalho humano, na forma estabelecida no artigo 170 da Constituição Federal.

O presente estudo possui relevância em razão do tema ser incipiente no cenário nacional, considerando o pouco tempo de vigência da Lei 13.467/2017 e suas consequências práticas para o trabalhador. Isto porque se observou uma enorme redução da quantidade de reclamações trabalhistas ajuizadas após a vigência da nova Lei, fruto de um receio do trabalhador e não da redução das violações de seus direitos.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES AO ACESSO À JUSTIÇA AO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA

A Constituição Federal é o fundamento teórico máximo do acesso à justiça aos hipossuficientes, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIV, quando preceitua que "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*";.

Por sua vez, o artigo 170 também apresenta a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica nacional:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
 - II - propriedade privada;
 - III - função social da propriedade;
 - IV - livre concorrência;
 - V - defesa do consumidor;
 - VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
 - VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
 - VIII - busca do pleno emprego;
- [...]

Observa-se que o acesso à justiça integral aos hipossuficientes é um garantidor de uma Ordem Econômica baseada na valorização do trabalho humano e proteção dos valores sociais, pois eventuais desvios que afaste a Ordem Econômica de seu preceito basilar somente poderão ser corrigidos quando se possibilitar aos prejudicados o acesso ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, o artigo 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho peca por possível inconstitucionalidade, vez que obriga ao pagamento de honorários sucumbenciais até mesmo aquele que é beneficiário da justiça gratuita:

Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

[...]

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado

da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Essa regra anunciada pela Lei 13.467/2017, apresenta-se mais rigorosa com o ser humano economicamente hipossuficiente do que a prevista no Direito Processual Civil, vez que no § 3º do artigo 98 daquele diploma legal não se determina o abatimento de uma condenação em honorários sucumbenciais de eventuais créditos do vencido que tenha sido beneficiado com a concessão da gratuidade da justiça.

Não é por acaso que Maurício Godinho Delgado expressa sua preocupação com a instituição dessa regra no Processo do Trabalho:

Como se sabe que parte significativa dos autores de ações trabalhistas no Brasil são trabalhadores desempregados que litigam contra seus ex-empregadores ou são trabalhadores com renda salarial relativamente modesta

– ambos grupos assumindo, nessa medida, por sua hipossuficiência e vulnerabilidade, o papel de lídimos destinatários da justiça gratuita -, infere-se o dramático fechamento do acesso à justiça que apenas essa injustificável regra restritiva há de provocar no sistema judicial brasileiro.

De outro lado, a instauração do sistema de sucumbência recíproca nas causas trabalhistas, relativamente aos honorários advocatícios (novo § 3º do art. 791-A da CLT) - sistema novo que abre um adicional campo de incerteza e elevado risco econômico para o autor de qualquer ação trabalhista.(DELGADO; DELGADO, 2017, pág. 290.)

As consequências dessa inovação legal são novos riscos econômicos que adicionam incertezas ao Processo do Trabalho, potencializando a inércia daqueles que tiveram seus direitos trabalhistas violados em razão de um receio de sair devedor após ser vencido em uma reclamatória trabalhista. Não por acaso houve enorme redução de ajuizamentos de reclamatórias trabalhistas após a vigência da nova Lei.

É extremamente incoerente essa situação ocorrer na Justiça do Trabalho, constitucionalmente idealizada ao atendimento de demandas dos trabalhadores e ex-trabalhadores desempregados na busca da solução dos conflitos decorrentes da violação de seus direitos.

As restrições de acesso à justiça já foram objeto de estudo por Mauro Cappelletti e Bryant Garth onde se concluiu que os honorários advocatícios, por ser a mais importante das despesas processuais, torna-se uma importante barreira ao acesso à justiça:

[...] Mas os altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema mais amplamente difundido, que impõe ao vencido o ônus da sucumbência. [...] A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes.

[...] Por essas razões, pode-se indagar se a regra da sucumbência não erige barreiras de custos pelo menos tão substanciais quanto as pelo sistema americano. De qualquer forma, torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça. A mais

importante despesa individual para os litigantes consiste, naturalmente, nos honorários advocatícios.

[...] Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pelas barreiras dos custos. Se o litígio tiver que ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, pode consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade. (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, pág. 16/19.)

Considerando essa realidade no âmbito da Justiça do Trabalho é de se concluir que o trabalhador, normalmente desempregado, não mais buscará seus direitos supostamente violados através de reclamações trabalhistas, vez que os riscos de se tornar devedor são elevados ou mesmo na vitórias parciais, terá reduzido seus pedidos a ponto de torná-lo inútil.

Esse cenário de restrição do acesso a justiça do economicamente hipossuficiente certamente não contribuirá para a valorização do trabalho humano, conceito basilar da Ordem Econômica Nacional, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal deve ser interpretada a não possibilitar restrições aos hipossuficientes justamente no momento em que eles buscam junto ao Estado as reparações pelos desvios supostamente praticados pelo empregador.

Impor restrições, como a condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais, limita o direito fundamental ao acesso à justiça de uma pessoa hipossuficiente que teve seu direito supostamente violado.

As consequências práticas dessa alteração legislativa foi uma enorme redução da quantidade de reclamações trabalhistas ajuizadas após a vigência da nova Lei. Fruto de um receio do trabalhador em buscar o Judiciário e se ver onerado com uma condenação pecuniária e não da redução das violações de seus direitos que teria ocorrido após a vigência da Lei.

Assim, o estudo deste tema, apresenta enorme relevância no contexto social, político, jurídico e econômico, pois a criação de barreiras ao acesso à justiça pelos hipossuficientes impedirá a Constituição Federal de concretizar a proteção ao valor do trabalho e dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 jan. 2018.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 23 mar. 2018.

_____. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 30 abr. 2018.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

GT3

Grupo GT3- ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

NOVA CONFIGURAÇÃO DO ESTADO A PARTIR DA LÓGICA DO MERCADO INTERNACIONAL: AS DIFICULDADES PARA MANUTENÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO.

NEW CONFIGURATION OF THE STATE FROM THE LOGIC OF THE INTERNATIONAL MARKET: THE DIFFICULTIES TO MAINTAIN THE FUNDAMENTAL LABOUR RIGHTS

Lourival José de Oliveira

Lourial.oliveira40@hotmail.com

Resultado do Projeto de Pesquisa Empresa, desenvolvimento e cidadania (linha 02-
Doutorado/mestrado Unimar)

RESUMO

Pretendeu-se no presente artigo estudar a nova configuração do Estado nacional como um dos resultados do processo de globalização econômica, que dentro de uma ordem cíclica, também redesenhou os princípios da ordem econômica, segundo os parâmetros de uma economia transnacional. Concluiu-se que um dos pontos principais para essa nova configuração deveu-se a adoção de novos paradigmas mercadológicos, dentre os quais a “desterritorialização” da economia e a limitação do poder político que se encontrava centrado no Estado nação. Concluiu que a produção normativa estatal está cada vez mais cedendo espaço para a chamada produção informal advinda do mercado transnacional, produto de forças concorrenciais internacionais, tendo como a finalidade atender a rapidez das transformações mercadológicas, sintetizadas na segurança e eficácia dos contratos. O Estado busca criar uma coparticipação com os interesses desse mesmo mercado, como a única alternativa para a manutenção do mínimo dos direitos sociais. Adotou-se o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas.

Palavras chave: Estado nacional. Globalização. Ordem econômica.

ABSTRACT

In this article, we intend to study the new configuration of the national state as one of the results of the economic globalization process, which in a cyclical order also redesigned the principles of the economic order, according to the parameters of a transnational economy. It was concluded that one of the main points for this new configuration was the adoption of new market paradigms, in which the "deterritorialization" of the economy and the limitation of political power centered on the nation state. It was also concluded that state regulatory production is increasingly giving way to the so-called informal production from the transnational market, the product of international competitive forces, with the purpose of meeting the rapidity of market transformations, synthesized in the security and effectiveness of the contracts. Within this context, the State seeks to create a partnership with the interests of the same market, as the only alternative for maintaining the minimum social rights. The deductive method was adopted, with bibliographical research.

Keywords: National State. Globalization. Economic order.

INTRODUÇÃO

Dentre vários resultados da globalização, é possível citar a competitividade econômica sem limites geográficos como um dos fatores que contribuiu para a perda da capacidade do Estado nacional em proteger os direitos sociais. Inclusive, é possível também afirmar que o próprio conceito de democracia foi criado e desenvolvido sob o paradigma do Estado nacional e com ele a própria obrigação do Estado em oferecer o mínimo necessário para manutenção da dignidade humana.

Com a mudança de paradigma, fica difícil sustentar que a mesma ação que o Estado nacional tinha antes continuará tendo. Ou seja, a possibilidade de manutenção por parte do Estado nacional do controle sobre os projetos econômicos desenvolvimentistas ou então a permanência das variadas formas utilizadas para assegurar as políticas sociais.

Isso significa que vários dos princípios constitucionais que se encontram compreendidos na ordem econômica também passam por uma repaginação, ou seja, são extraídos outros entendimentos, uma diferente interpretação que deve levar em conta as mudanças produzidas pela globalização, ou seja, pelo mercado internacional. Teoricamente falando é defendido um firme consenso constitucional global que consiste no reconhecimento da dignidade humana como a unidade inalienável dos direitos humanos políticos e sociais e dos direitos nacional e internacional (SUNSTEIN, 2004, p.100). No entanto, na prática está ocorrendo um reducionismo dos direitos e garantias sociais onde aparentemente os princípios da ordem econômica perdem a capacidade de se sustentarem enquanto verdadeiros fundamentos para a valorização do trabalho humano e o Estado parece estar adotando novas finalidades.

O presente estudo tem como objetivo produzir uma reflexão sobre a interpretação que vem sendo extraído dos princípios da ordem econômica, levando em conta em especial o chamado capitalismo global a partir das transformações que está passando o Estado, considerando-se a redução da sua capacidade de gerenciamento e intervenção na ordem econômica ou a forma diferente que vem adotando no sentido de regular o mercado econômico pode estar promovendo uma possível redefinição de Estado. Adotou-se o método dedutivo com pesquisas bibliográficas na área jurídica e outras áreas afins.

DESENVOLVIMENTO

Cabe ao Estado a condução do processo econômico, de acordo com as variadas formas de intervenção do mercado econômico, o que exige o cumprimento dos princípios norteadores da ordem econômica, que estão voltados de forma uníssona para a valorização do trabalho humano e conseqüentemente a construção de bens sociais.

Os princípios da ordem econômica encontram-se consubstanciados no artigo 170 da Constituição Federal. Inclusive, no mesmo artigo é anunciado o chamado princípio fim, que se trata da valorização do trabalho humano, que deve ser um dos principais objetivos da ordem econômica. Também, como destaque e acoplado ao princípio da valorização do trabalho humano é apresentado o princípio da livre iniciativa, não podendo esquecer outros que são estampados no mesmo dispositivo, cabendo citar os princípios da função social da propriedade e do pleno emprego principalmente.

Segundo Wagner Balera (1994, p. 1168) a ordem jurídica deve garantir a liberdade do cidadão de trabalhar sem restrições de qualquer espécie, havendo ampla liberdade de iniciativa, aparecendo aí o princípio da livre iniciativa, que está ligado umbilicalmente ao princípio da valorização do trabalho humano. Segundo Lafayete Josué Petter (2007, p. 44), valorizar o trabalho humano não quer dizer somente criar medidas de proteção ao trabalhador e sim admitir o trabalho e o trabalhador como o principal agente de transformação da economia e como meio de inserção social, o que significa que se deve valorizar o trabalho e não o direito do trabalho, transformando assim aquela visão em que o trabalho deveria ser compreendido apenas como um fator de produção em algo muito mais amplo, ou seja, como principal produtor de dignidade.

Contudo, o incremento das relações internacionais, em especial no que se refere aos atos de comércio, acaba produzindo uma aceleração das relações econômicas internacionais e temas que antes eram compreendidos apenas no âmbito interno de cada Estado soberano acaba por envolver a atuação de outros Estados e de outros entes internacionais, tanto públicos como privados, sendo esses últimos em especial grandes empresas que são chamadas de transnacionais. Com isso, fica difícil sustentar a prevalência do direito interno sobre o internacional. Pelo contrário, o que demonstra é que o direito internacional deverá restringir cada vez mais o âmbito ou espaço de atuação do direito interno, impondo o reducionismo do Estado nacional e transformando diretamente o conceito de soberania.

Eduardo Faria (1999, p. 17) afirma que a globalização provocou o desenvolvimento da tecnologia e com ela o avanço das comunicações, a melhoria dos transportes, possibilitando a integração dos mercados a uma velocidade nunca vista na história, trazendo como resultado a maior velocidade na circulação de mercadorias, tecnologias, capitais, culturas, agora em escala planetária. Segundo o mesmo autor, a maior consequência de tudo isso foi a “fragmentação do poder”. Em linhas gerais modificou o poder do Estado nacional ou distribuiu-se esse mesmo poder para diversos outros entes, na maioria entes privados e internacionais.

Elege-se de forma central a primazia dos mercados com força para os contratos, criando-se uma nova estratégia que aparentemente quer parecer como sendo ele, o mercado, o realizador dos princípios constitucionais da ordem econômica. Como resultado, reafirmando, constrói-se a valorização do trabalho humano baseado no mercado econômico ou por meio dele e não mais através do Estado.

Fica caracterizado que o processo de globalização produz e continuará produzindo mudanças na concepção do Estado nacional e por consequência nos seus princípios políticos ou vice-versa. Os laços territoriais foram enfraquecidos, ou seja, aqueles em especial que ligavam o cidadão ao seu Estado produzindo também, e simultaneamente, uma mudança no próprio conceito de cidadania, reduzindo por assim dizer o seu significado, que agora passa a estar ligado a uma comunidade internacional chamada aqui de pós-estatal ou pós-moderno.

Uma questão importante apresentada por Dardot (2016, p.45 e seguintes) não se restringe à redução da intervenção do Estado no domínio econômico, mas acima de tudo na forma como vem se transformando a chamada ação pública, ou seja, o fato das ações de Estado estar cada vez mais regidas pelas mesmas regras da iniciativa privada.

Paolo Grossi (2009) explica que o novo direito globalizado nasce de exigências econômicas, voltado para satisfazer os negócios, não estando prezo a um legislador. De forma diferente, esse direito nasce dos fatos, com rapidez, trazendo as características de um mundo econômico em constante movimento, fazendo com que a norma jurídica, de

acordo com o seu processo de criação, deixe de ser a forma prevalecente da regulação da vida em sociedade. O direito do Estado é rígido e controlado pela validade, não se adaptando ao chamado espaço transterritorial, enquanto que o direito que nasce dos fatos é preso à efetividade, não importando a sua informalidade.

Talvez seja possível afirmar que as mudanças nas estruturas de Estado possam ser produtos das mudanças operadas no modo de produção. Ou, na divisão do poder no espaço privado que impacta diretamente na proteção dos interesses públicos, levando em conta a sua intensidade e forma de proteção.

CONCLUSÃO

A ação positiva do Estado nação deixa de ser esperada e em seu lugar aparece o compartilhamento das finalidades do Estado com outros entes públicos e ou privados, nacionais e ou transnacionais. A construção normativa fundada em um poder formalizado também deixa de ser uma constante em considerando as mudanças ocorridas no que se referem ao fim dos chamados limites espaciais.

Situações novas como a fragmentação da produção e a informalidade na criação de regras de regulação do mercado buscam atender a dinâmica empregada por novos processos tecnológicos de produção, cuja flexibilidade faz parte da própria essência desses novos processos.

Os princípios constitucionais da ordem econômica também são interpretados de maneira a atender essa realidade, produzindo concomitantemente o redirecionamento das políticas de Estado, com uma nova compreensão sobre a geração de políticas sociais, que acabam sendo compartilhadas com as mesmas regras de crescimento econômico do setor privado, como se fossem capazes de produzir sob a forma de gerenciamento privado as proteções socialmente necessárias, o que de fato não está ocorrendo.

Na verdade, trata-se de duas lógicas que se contradizem. A lógica dos direitos sociais e a lógica mercadológica, onde o combate à desigualdade social não é um elemento que merece atenção na lógica mercadológica, fazendo com que o Estado nação acabe perdendo poder para a proteção dos direitos sociais e ao mesmo tempo delegando ao mercado econômico tal finalidade.

A questão principal é procurar entender todo esse processo, que parece marcar a mudança na concepção do Estado a partir de tudo que está acontecendo no modo de produção e que promovem as divisões de poder que acontecem no setor privado, contribuindo assim para a formação dos novos atores nacionais e internacionais que se relacionam de forma a criar conseqüentemente novos espaços políticos. Espera-se que nesses novos espaços políticos sejam debatidos e protegidos os direitos sociais, com a adoção de práticas que são próprias do espaço público.

REFERÊNCIAS

- BALERA, Wagner. O valor social do trabalho. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo: LTr, v. 58, n. 10, p. 1167-1178, 1994.
- DARDOT, Pierre. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*, 1 ed., São Paulo: boitempo, 2016.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

GROSSI, Paolo. Globalização, Direito e Ciência Jurídica. In *Espaço Jurídico*, v.10, nº 01, junho/julho, p.153 a 176, Joaçaba, 2009, p. 05, capturado em 20/03/2017, site <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/1925/993>.

PETTER, Lafayette Josué. *Direito econômico*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. *The second bill of rights*. Nova York: Basic Books, 2004.

ÊXODO VENEZUELANO E A CRISE HUMANITÁRIA NA FRONTEIRA VENEZUELA/BRASIL

VENEZUELAN EXODUS AND THE HUMANITARIAN CRISIS AT THE VENEZUELA/BRAZIL BORDER

GT3 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Lidiana Costa de Sousa Trovão
Mestranda em Direito pela Unimar. Bolsista PROSUP/CAPES - UNIMAR
lidianacst@hotmail.com

Rogério Mollica
Mestre e Doutor em Direito Processual pela USP. Professor dos Programas de Mestrado
e Doutorado em Direito pela Unimar.
rogerio.mollica@mrlaw.com.br

RESUMO

A presente pesquisa tem por escopo analisar o fenômeno do êxodo de venezuelanos para o Estado de Roraima, em razão da crise generalizada na Venezuela, fazendo com que a população migre para o Brasil em busca de melhores condições de vida. O tema se revela oportuno em decorrência das perturbações sofridas tanto pelos migrantes quanto pela população roraimense em face da ausência de estrutura social e de políticas públicas para que essas pessoas sejam devidamente amparadas, sem o sacrifício injusto dos brasileiros que vivem nessa região especialmente afetada. Serão analisados fatores como acesso a postos de emprego, moradia e serviços sociais, bem como, os efeitos deletérios dessa corrente migratória para a população local. Nesse contexto, procurar-se-á demonstrar de que modo as mazelas sociais e econômicas decorrentes da migração em massa de venezuelanos estão sendo tratadas no Brasil, quais providências estão sendo tomadas por parte do governo brasileiro para tentar amenizar os efeitos danosos dessa imigração. Utilizou-se o método dedutivo, pesquisa qualitativa, legislações e artigos científicos sobre o tema.

Palavras-chave: Êxodo venezuelano. Crise humanitária. Roraima.

ABSTRACT

The scope of this research is to analyze the phenomenon of the exodus of Venezuelans to the state of Roraima, due to the widespread crisis in Venezuela, causing the

population to migrate to Brazil in search of better living conditions. The issue is opportune due to the disturbances suffered by both migrants and the Roraima population in the face of the lack of social structure and public policies for these people to be properly sustained, without the unfair sacrifice Of the Brazilians who live in this region especially affected. Factors such as access to jobs, housing and social services will be analyzed, as well as the deleterious effects of this migratory current on the local population. In this context, it will be sought to demonstrate how the social and economic ills arising from the mass migration of Venezuelans are being treated in Brazil, which public policies are being implemented and which aids are being made available by Volunteers and non-governmental organizations. The deductive method, qualitative research, legislation and scientific articles on the subject was used.

Keywords: Venezuelan exodus. Humanitarian crisis. Roraima.

INTRODUÇÃO

A crescente onda migratória que tem atingido a região Norte do Brasil, especialmente o estado de Roraima, provocada pela fuga de venezuelanos de seu país de origem em busca de melhores condições de vida, tem provocando situações de instabilidade tanto para os migrantes quanto para os brasileiros. A crise geral na Venezuela, que vem se agravando desde a morte de Hugo Chávez e a ascensão de Nicolás Maduro, pressiona essas pessoas a cruzarem a fronteira de seu país e tentarem uma vida nova aqui no Brasil.

Contudo, o estado de Roraima carece de políticas públicas voltadas ao abrigo desses migrantes, embora tenham sido despendidos esforços tanto por parte dos governos federal, estadual e municipais quando por parte de voluntários, ligados ou não a Organizações não Governamentais e alguns setores públicos, despreparados para o enfrentamento dessas situações.

O acesso e exercício desses refugiados a serviços sociais de um modo geral, apesar da grande quantidade de venezuelanos que cruzam diariamente a fronteira, são questões que estão sendo discutidas e algumas políticas públicas já foram implementadas. Entretanto, a migração em massa continua ocorrendo pelo estado de Roraima, e não se sabe qual será o futuro dessas pessoas, ante a impossibilidade de permanecer tanto em seu país quanto no Brasil. É o que será trado a seguir.

DESENVOLVIMENTO

A Venezuela é um país mergulhado num histórico político conturbado, cuja matriz remonta do governo do ditador Hugo Chávez, falecido em 2013 e sucedido por Nicolás Maduro, impopular no país. Todo esse panorama, aliado à derrocada do preço dos barris de petróleo, principal produto da economia venezuelana, fizeram com que se instalasse uma crise generalizada no país. A impossibilidade de conseguir até mesmo alimentos, o desemprego e a desesperança por dias melhores são alguns dos motivos que levam os migrantes venezuelanos a deixarem seu país, assuntos esses que serão gradativamente tratados a seguir.

O Brasil possui um histórico de intensas imigrações, até mesmo influenciadas pelo governo brasileiro, e por diversos motivos. Atualmente, de acordo com Borges (2011, p. 166), “a condição jurídica do estrangeiro nos Estados é matéria de direito interno, mas possui algumas normas de caráter internacional e têm importância nas relações exteriores”. Acrescenta ainda que “a regra fundamental é que o Estado não é obrigado a admitir estrangeiro em seu território” (BORGES, 2011, p. 166).

Com a crise econômica a desestruturação atingiu outros níveis sociais além do desabastecimento e do desemprego. Esses, correlacionados ao fator marginalidade, provocaram o aumento da violência na Venezuela, fatores determinantes para a eclosão do processo migratório. Diante desse cenário, e do total desabastecimento, fizeram com que esse contingente buscasse abrigo no Brasil, enfrentando aqui forte resistência por boa parte da população do estado de Roraima.

De acordo com dados colhidos no portal da Fundação Getúlio Vargas (FGV, 2018), “[...] parcela significativa da população venezuelana não indígena que atravessa a fronteira possui, majoritariamente, bom nível de escolaridade (78% possuem nível médio completo e 32% têm superior completo ou pós-graduação), superior à média da população local.”

Essa crise, mais intensa no estado de Roraima, por ser um estado pequeno e de recursos limitados, não possui estrutura para acolher o contingente que adentra o país. Estima-se que “entre 2015 e junho de 2018, 56.740 venezuelanos procuraram a Polícia Federal para solicitar refúgio ou residência no Brasil. Os dados foram divulgados nesta segunda-feira (16) durante reunião do Comitê Federal de Assistência Emergencial, presidido pela Casa Civil.”, segundo dados colhidos no site oficial da Casa Civil da Presidência da República do Brasil (BRASIL, 2018).

Aliado a tudo isso ainda há o surto de doenças infectocontagiosas, há muito tempo erradicadas no Brasil, que passaram a assombrar a população (BRASIL, Ministério da Saúde, 2018). A escassez de recursos e o despreparo do governo brasileiro, aliado ao fato do grande contingente de venezuelanos, agravam ainda mais a situação. Restou-se evidenciado, portanto, que a questão é de direitos humanos, ultrapassando o liame de direitos fundamentais, inicialmente violados. A dificuldade para equilibrar e colocar em prática o que diz a lei de acordo com a realidade apresentada faz com que as políticas públicas sejam tardiamente implementadas e, por vezes, muito ineficientes.

A exemplo, conforme anota Oliveira, Rodrigues e Sala (2018), “[...] os países sul-americanos enfrentam grandes dificuldades para implementar as normas e políticas previstas nos diplomas legais. Essas dificuldades ocorrem tanto nas políticas de proteção quanto nas políticas de integração.”, o que demonstra a fragilidade das políticas públicas e a dificuldade em implementá-las. O Brasil tenta contornar a situação, por meio da criação da Lei 13.684/18 (BRASIL, 2018) de iniciativa do poder executivo, e de atendimento cidadão aos venezuelanos (LIMA JÚNIOR, 2018), a fim de que possam reconstruir sua vida nesse país.

Com rubrica própria no orçamento, o Brasil, desde 2005, possui previsão de fundos para implementação de políticas públicas de proteção e integração de refugiados. Porém, como visto acima, os recursos alocados nessas rubricas não estão sendo geridos como deveriam. Muitos outros problemas poderão surgir daqui em diante, pois a crise na Venezuela e o conseqüente êxodo, não tem data marcada para terminar.

CONCLUSÃO

O que se viu ao longo da pesquisa foi que a imigração é um processo histórico e natural, inerente a países em crise. Venezuelanos não estão saindo de seu país por querer – estão sendo forçados a deixarem suas casas, sua família, seus pertences. O que está em cheque é a sobrevivência deles, em um país marcado por profunda crise econômica e política, das quais refletem uma crise social e de intenso êxodo.

Em contrapartida, estão as políticas públicas voltadas ao amparo desses migrantes: programas ineficientes e lentos, muito lentos. Enquanto isso, surtos de doenças infectocontagiosas, há muito erradicadas no Brasil voltam a assustar a população. Todo esse cenário engrossa a rejeição xenofóbica pelos venezuelanos, aliados à onda de criminalidade, alargada pela quantidade exorbitante de pessoas sem as mínimas condições de sobrevivência.

À vista do exposto, em que pese incontestável a soberania dos estados em definir normas para o ingresso e permanência de estrangeiros em seu território, o aparato normativo e os princípios que orientam as relações no plano internacional, estabelecem um compromisso com a vida humana, que passa pelo dever em assistir os refugiados em um ambiente propício ao pleno gozo dos direitos humanos e liberdades individuais.

BIBLIOGRAFIA

BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Governo do Brasil. *Venezuelanos começam a receber CPF e Carteira de Trabalho. Cidadania e Inclusão*. 18 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/editoria/cidadania-e-inclusao/2018/04/venezuelanos-comecam-a-receber-cpf-e-carteira-de-trabalho>>. Acesso em 31 ago. 2018.

BRASIL. *Lei 13.684 de 21 de junho de 2018*. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm>. Acesso em: 31 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Surto de sarampo no Amazonas reforça importância de vacinação*. Agência Saúde. 02 jul. 2018. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43761-surto-de-sarampo-no-amazonas-reforca-importancia-de-vacinacao-3>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

FGV. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Estudo traça perfil de imigrantes venezuelanos e aponta políticas públicas para inserção no Brasil*. Políticas Públicas. Rio de Janeiro, 09 mar. 2018. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/estudo-traca-perfil-imigrantes-venezuelanos-e-aponta-politicas-publicas-insercao-brasil>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

LIMA JÚNIOR, Janary Melo. Comissão de Orçamento aprova crédito para assistência a venezuelanos e intervenção no RJ. *Agência de Notícias da Câmara de Deputados*. Brasília, 04 jul. 2018. Administração Pública. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/559937-COMISSAO-DE-ORCAMENTO-APROVA-CREDITO-PARA-ASSISTENCIA-A-VENEZUELANOS-E-INTERVENCAO-NO-RJ.html>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

**O DIREITO À INTIMIDADE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE
DADOS PESSOAIS N. 13.708/2018**

**THE RIGHT TO INTIMACY IN THE GENERAL LAW OF PERSONAL DATA
PROTECTION N. 13.708/2018**

GT3 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Lidiana Costa de Sousa Trovão
Mestranda em Direito pela Unimar. Bolsista PROSUP/CAPES - UNIMAR
lidianacst@hotmail.com

Rogério Mollica
Mestre e Doutor em Direito Processual pela USP. Professor dos Programas de Mestrado
e Doutorado em Direito pela Unimar.
rogerio.mollica@mrlaw.com.br

RESUMO

A presente pesquisa tem por escopo analisar o direito fundamental à intimidade como corolário de um dos fundamentos da edição da Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais n. 13.708/2018, recém-sancionada pelo Presidente da República. A privacidade, direito inerente a todo ser humano, e previsto da Constituição Federal, possui caráter fundamental diante da evolução do tráfego de informações em meio virtual, por meio de preenchimento de cadastros e inserção de dados em plataformas empresariais. A falsa percepção de que todas as pessoas que utilizam redes sociais ou que concordam em fornecer seus dados diante de uma plataforma virtual estão de acordo com a divulgação desses dados e informações faz com que o direito à intimidade e à vida privada seja colocado em último plano, frente a volúpia das empresas e a busca pelo lucro a qualquer custo. A pesquisa é relevante no momento em que o direito à intimidade está sendo mitigado, e se verifica certo privilégio às empresas, que ignoram o dever de manter o sigilo das informações dadas por seus usuários, muitas vezes, compartilhando-os sem sua autorização. Desse modo, havendo grave violação desse direito fundamental, e a outros que estão diretamente ligados a ele, salutar engendrar pesquisas acerca dos reflexos da novel legislação, a fim de levantar hipóteses e questionamentos acerca de sua efetividade e, por fim, analisar os resultados. Utilizou-se o método dedutivo, pesquisa qualitativa, legislações e artigos científicos sobre o tema.

Palavras-chave: Direito à intimidade. Dados pessoais. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais n. 13.708/2018.

ABSTRACT

The scope of this research is to analyze the fundamental right to intimacy as a corollary of one of the fundamentals of the issue of the general law of Personal Data protection N. 13.708/2018, Recém-sancionada by the President of the Republic. The privacy, right inherent to every human being, and predicted of the Federal Constitution, has a fundamental character in the evolution of information traffic in virtual medium, through the filling of registers and data insertion in business platforms. The false perception that all people who use social networks or who agree to provide their data before a virtual platform are in agreement with the disclosure of such data and information makes the

right to intimacy and private life to be placed in The last plan, in front of the lust of the companies and the search for profit at any cost. The research is relevant when the right to intimacy is being mitigated, and there is a certain privilege to companies, which ignore the duty to keep the confidentiality of the information given by their users, often sharing them without their permission. In this way, there is a serious violation of this fundamental right, and others that are directly linked to it, wholesome to engender research on the reflections of the novel legislation, in order to raise hypotheses and questions about its effectiveness and, finally, Analyze the results. The deductive method, qualitative research, legislation and scientific articles on the subject was used.

Keywords: Right to intimacy. Personal data. General law of Personal Data protection N. 13.708/2018.

INTRODUÇÃO

A evolução da era da informação e o aumento do acesso das pessoas à internet, seja por meio de computadores, seja por meio de seus *smartphones* fez com que a quantidade de dados que circulam em ambiente virtual crescesse assustadoramente. Esses cadastros inocentes que são preenchidos, requerendo a inserção de dados pessoais, ou mesmo para acessar aplicativos, são armadilhas para que as empresas possam adentrar à intimidade do usuário e levá-lo a praticar diversas ações.

Essa influência no processo de manutenção do direito à intimidade e à privacidade tem enfrentado duras correntes ideológicas a respeito da exposição exacerbada que tem se submetido as pessoas em redes sociais, como num passo em que a generalização desse direito a exposição atinja toda a comunidade. Obviamente é um erro pensar assim, mas o fato é que a superexposição faz com que muitos outros direitos fundamentais sejam mitigados.

A divulgação dos dados pessoais, em especial os sensíveis, tem provocado uma verdadeira devassa à intimidade das pessoas. Portanto, necessária a análise da Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais n. 13.709/2018 (recém-sancionada pelo Presidente da República) e as legislações em vigor e que são atualmente utilizadas para nortear essas atividades, à luz do direito fundamental à intimidade e à privacidade, como corolário do direito de manutenção à vida privada digna e o direito a paz.

DESENVOLVIMENTO

As pessoas não têm a percepção do número de vezes que fornecem seus dados pessoais em ambiente virtual, e talvez por essa razão não se dão conta de como sua intimidade e privacidade são devassadas todos os dias na internet, seja por meio de redes sociais, seja por meio do preenchimento de um simples cadastro em alguma loja virtual. Questionários de satisfação de compras em que são astuciosamente incutidas perguntas sobre suas preferências e seu cotidiano fazem com sejam cruzadas informações que serão utilizadas posteriormente, alimentando um mercado de dados pessoais em prol da atividade comercial das empresas.

Essa atividade de coleta de dados, que inicialmente permitida pelo usuário, esconde diversas armadilhas, que podem deixar o usuário muito vulnerável diante de campanhas agressivas de *marketing* e propaganda, cujo objetivo principal é incentivar o consumo cada vez maior por parte de toda a sociedade. Essa troca de informações é até certo ponto, necessária, e faz parte do entrelace do negócio jurídico. Desse modo, consoante aponta, Cardoso e Carmo (2017, p. 139), a relação entre as partes é pautada

numa troca de informações, onde “é possível perceber que o formato de relacionamento entre as partes (empresa e consumidor) também se modifica. Na primeira fase, a relação pode ser considerada passiva.”. Esse é o panorama do início da relação negocial. Em seguida, de acordo com os mesmos autores, há a inserção das informações no *site* pelo usuário, e posteriormente se fixa uma relação interativa “[...] onde as partes envolvidas se interagem para trocar informações, comunicar, realizar transações entre outras ações.” (CARDOSO; CARMO, 2017, p. 139)

Para ilustrar, Danilo Doneda (2011, p. 91) delinea que essas informações pessoais prestadas em ambiente virtual podem possuir um vínculo objetivo com uma pessoa, revelando algo sobre ela, seja ela em conformidade com a lei, como o nome civil ou domiciliar, ou resultado de suas ações, como os dados de compras efetuadas. Desse modo, embora sejam fornecidos o mínimo de dados possível, uma informação pessoal se estabelece objetivamente e afasta outras informações a seu respeito, formando um feixe de ideias que podem influenciá-los a respeito de outras esferas sociais, como religião, política e até gastronomia.

A manipulação virtual engendrada por essas empresas é assustadora. A maioria das pessoas não se interessa pela superexposição em redes sociais, e nem se sente à vontade com a avalanche de propagandas que invadem sua *web* após a pesquisa de, por exemplo, passagens aéreas, que ficam flutuando na página *on line* por dias e até meses a fio. Antes de tudo, a Constituição Federal de 1988 considera invioláveis a vida privada e a intimidade (art. 5º, X), a exemplo da privacidade que se deve ao direito de não ter interceptadas suas conversas ao telefone ou *e-mails* (artigo 5º, XII), como também previu a possibilidade de interpor habeas data (art. 5º, LXXII), “que basicamente estabelece uma modalidade de direito de acesso e retificação dos dados pessoais” (DONEDA, 2011, p. 103).

Por sua vez, o conceito de dados, conforme Bioni (2015, p. 17), “é um elemento chave. Ele filtra o que deve estar dentro ou fora do escopo de uma lei de proteção de dados pessoais, demarcando o terreno a ser por ela ocupado.”. A Lei Geral de Proteção de dados pessoais descreve o que vem a ser um dado pessoal. No seu art. 5º, II, aponta que dado pessoal é aquele que descreve “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; [...]” (BRASIL, 2018).

Faz-se necessário apontar essas definições para que seja definido o alcance da lei em relação aos dados que serão disciplinados, principalmente em relação ao recorte teórico em relação especificamente à proteção do direito à intimidade e à vida privada. Desse modo, intimidade e privacidade, termos coligados, relacionam-se a dados pessoais, enquanto gênero, e aos dados sensíveis, enquanto espécie, e reclamam atenção detida em face da sua fragilidade, e a depender da maneira como são utilizados, podem se tornar dados sensíveis, em parâmetros não estanques.

Acerca das legislações de regência, antes da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais n. 13.708/2018, a previsão de inviolabilidade da intimidade e da vida privada na Constituição Federal de 1988 era o parâmetro utilizado ao que hoje é concebido como proibição da malversação de dados sensíveis. Entretanto, o alargamento de sua definição dificultava o encaixe adequado para definir dados sensíveis, e acabava por permitir seu uso indevido em ambiente virtual.

A tutela dos dados sensíveis, portanto, tem por finalidade proteger o direito de personalidade, corolário do direito à intimidade e à privacidade, todos

indissociavelmente interligados. As informações ligadas à esfera da intimidade do indivíduo, quando devassadas, podem escoar em questões até mesmo que envolvam sua segurança pessoal, e por isso, a razão de disciplinar a atuação das empresas nesse aspecto. A pessoa jurídica, portanto, enquanto titular do dever de sigilo dessas informações, passa a ter responsabilidade social perante a divulgação desses dados, cuja manipulação está permitida apenas de forma restritiva na Lei Geral de Proteção dos dados pessoais. Desse modo, o art. 7º, § 3º prevê que a manipulação dos dados pessoais, “[...] deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização.” (BRASIL, 2018).

Outrossim, nas relações comerciais, a pessoa jurídica, como titular desses dados fornecidos, tem o dever de impedir distorções no fluxo de informações das pessoas. Diante de dois universos distintos, porém, dependentes, deve haver um diálogo a fim de permitir que o processo seja seguro do início ao fim: do fornecimento à guarda dos dados pessoais, estendido o dever de cuidado a pessoas jurídicas de direito público e privado, conforme dicção dos arts. 1º e 3º da Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais n. 13.708/2018 (BRASIL, 2018).

Desse modo, necessário que sejam proibidos acessos irrestritos a dados pessoais fornecidos voluntariamente pelos usuários às empresas, e, posteriormente, reutilizados para fins diversos dos que foram autorizados, salvo em situações específicas, como para fins de investigação criminal. O consentimento, nesse passo, revela-se de fundamental importância no que ao tratamento de dados sensíveis, pois, conforme Lima e Barreto Júnior (2016, p. 253), é indispensável que “[...] (i) a informação sobre a coleta dos seus dados ocorra de forma adequada e clara, a permitir a sua inequívoca compreensão; (ii) consentimento prévio e expresso do usuário; (iii) nula de pleno direito a coleta realizada sem a observância dos itens “i” e “ii”.

Embora o direito à privacidade encontre limitações, “[...] as restrições mais frequentes que são observadas na atual sociedade são aquelas em que há o consentimento do próprio indivíduo.”, o que se revela assustador, pois demonstra eventual renúncia ao direito à intimidade, fortalecendo a corrente que afirma que, ao inserir dados em ambiente virtual, os mesmos cairão automaticamente em domínio público, o que não é verdade, absolutamente. Na sociedade atual tem verificado o fenômeno da renúncia ao direito de privacidade, em que cada vez mais as pessoas sentem a necessidade de expor sua vida privada por meio da *word wide web*, ou através de participações em programas de *reality shows*. Os direitos fundamentais não são suscetíveis de renúncia pela, mas podem ser objetos de autolimitações, desde que não esbarrem no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. (Sylvestre, 2013, p. 238)

Talvez se esteja diante de um retrocesso social pensar dessa forma, pois, invariavelmente, existe um exército de pessoas que não querem ter suas vidas rechaçadas, mas, pela evolução do mercado de consumo virtual, praticam negócios jurídicos por meio da *internet*. Historicamente, de acordo com Sylvestre (2013, p. 222), “a noção de *right to privacy*, delineada no final do século XIX, já não mais responde aos anseios do conteúdo do direito à privacidade numa sociedade de informação”, pois, atualmente, “se observam elementos que possuem vocação para ameaçar os direitos fundamentais referentes à vida privada” (SYLVESTRE, 2013, p. 222).

Zelar e respeitar a privacidade das pessoas é dever de todos os envolvidos nas relações jurídicas, pois, consoante Sylvestre (2013, p. 229) “possui o direito à privacidade um ‘efeito de irradiação’ que deve ser observado por toda ordem jurídica, não se restringindo à relação indivíduo-Estado, ou seja, deve ser observado também nas

relações entre particulares.”. Espera-se que, com a nova lei, seja dado um importante passo para adequação do Brasil a uma realidade mundial.

CONCLUSÃO

Ao longo do estudo, verificou-se que a utilização indevida dos dados pessoais dos usuários, cuja inserção de informações se dá em ambiente virtual, atinge diametralmente a relação de confiabilidade que se deve ter na empresa ao lhe confiar suas informações, de modo que a autorização do tratamento desses dados, ou seja, sua divulgação ou uso diverso do inicialmente pactuado revela uma estratégia que distância o dever social da empresa e aproxima das estratégias predatórias da atividade comercial.

Diante de uma infinidade de situações que mascaram a intenção das empresas em colher seus dados pessoais sensíveis, o que restou evidenciado foi que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais objetiva exatamente que a intimidade e privacidade das pessoas sejam protegidas diante das práticas maliciosas das empresas, diante também da necessidade de se posicionar frente às diversas nações pelo mundo.

A malversação dos dados pessoais por parte das empresas, portanto, deve ser pontualmente combatida conforme os ditames legais. Apesar de se estar na era da superexposição em redes sociais, o direito à intimidade e privacidade, não pode ser lido como algo restrito, mas como princípio constitucional que deve ser universalmente tutelado, a fim de evitar práticas cada vez mais perversas por parte das empresas.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. Xequê Mate. O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. Privacidade e Vigilância. *GPOPAI/USP - Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas Para o Acesso à Informação da Universidade de São Paulo*. São Paulo: GpoPAI, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. *Lei 13.708 de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CARDOSO, Gleissa Mendonça Faria; CARMO, Valter Moura do. Função Social/Solidária da Empresa nos Negócios Virtuais. *Revista Jurídica UNI7*, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 137-157. jul./dez. 2017. Disponível em: <www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/509/371>. Acesso em 17 set. 2018.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba/SC, vol. 1, n. 2, p. 91-108, jul/dez. 2011. Disponível em:

<<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1315/658>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

LIMA, Marco Antonio; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Marco civil da internet: limites da previsão legal de consentimento expresso e inequívoco como proteção jurídica dos dados pessoais na internet. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*. Brasília, vol. 1, n. 2, p. 241-260, jan/jun. 2016. Disponível em:

<<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/831/826>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

SYLVESTRE, Fábio Zech. O direito fundamental à privacidade em face da administração pública: uma análise da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.), CAÚLA, Bleine Queiroz; PAULA, Bruna Souza e CARMO, Valter Moura do (coord.). *Direitos Fundamentais: Uma perspectiva de futuro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 213-238.

EXTRAFISCALIDADE, POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

EXTRAFISCALITY, PUBLIC POLICIES AND THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS

AUTORA

VIRGÍNIA RAMOS CASTILHO
UNIVERSIDADE DE MARILIA
virginia.mestrado@gmail.com

ORIENTADORA

MARISA ROSSIGNOLI
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
mrossinholi@uol.com.br

GT3

RESUMO

O debate sobre políticas públicas como forma de efetivação dos direitos humanos tem ganhado voz e ascensão tanto no meio acadêmico quanto no meio profissional, nas mais diversas áreas de conhecimento. Nesse contexto, são necessárias medidas capazes de garantir a efetivação dos referidos direitos, com a adoção de medidas concretas, planejadas e bem definidas através dos quais, os direitos humanos, mais especificamente, os direitos sociais serão garantidos via políticas públicas sérias, voltadas à população mais vulnerável. Destaca-se, nessa esteira, o direito humano ao desenvolvimento, bem como enfatiza-se, a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis orçamentárias que não observam aos mínimos legais exigidos de investimento em áreas como, por exemplo, saúde e educação. O presente trabalho debaterá a realidade dos direitos sociais, tendo em vista que, todo e qualquer ser humano independentemente da sua condição biológica, étnica ou cultural tem direito e acesso a uma vida digna trazendo à baila a discussão das políticas públicas como forma eficaz de se alcançar o mínimo existencial enfatizando a importância do princípio da solidariedade, pois há grande relação entre políticas públicas e a realização de direitos, especialmente dos direitos sociais, o que também demanda atuação por parte do Estado, enquanto poder público/ator de políticas públicas.

Palavras-chave: Extrafiscalidade. Políticas Públicas. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The debate on public policies as a way of realizing human rights has gained a voice and a rise both in academia and in the professional world, in the most diverse areas of knowledge. In this context, measures are needed to guarantee the realization of these rights, with the adoption of concrete, planned and well defined measures through which human rights, more specifically, social rights will be guaranteed through serious public policies aimed at the population more vulnerable. In this vein, the human right to development is emphasized, as well as the possibility of controlling the constitutionality of budget laws that do not comply with the legal minimums required for investment in areas such as health and education. The present work will discuss the reality of social rights, considering that every human being, regardless of their biological, ethnic or cultural condition, has the right and access to a dignified life, bringing to the fore the discussion of public policies as an effective way of to achieve the existential minimum emphasizing the importance of the principle of solidarity, because there is a great relationship between public policies and the realization of rights, especially social rights, which also demands action by the State, as a public power / public policy actor.

Keywords: Extrafiscality. Public policy. Human rights.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade fazer uma análise sistemática da função da extrafiscalidade da norma tributária como meio eficaz de implementação de políticas públicas e, conseqüentemente, a efetivação dos direitos humanos fundamentais. O Estado Social, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, apresenta uma imensa diversidade de demandas que acompanha as transformações sociais e, conseqüentemente, as transformações da legislação e/ou de sua interpretação.

Não será tratado no presente trabalho, sobre a crise do Estado do Bem Estar Social, bem como se, é viável ou não vivermos num Estado que apresenta diversas deficiências em virtude das demandas sociais.

No Estado Moderno, a política pública tem sido implementada por meio da função extrafiscal do tributo, que tem como objetivos: a redistribuição da renda, a defesa da economia nacional, estimular ou inibir determinados comportamentos do mercado, a orientação dos investimentos para setores produtivos mais adequados ao interesse público e a promoção do desenvolvimento regional.

Para que haja efetivação dos direitos humanos por meio de políticas públicas são necessárias medidas eficazes para garanti-las. Existe uma relação entre políticas públicas e a realização de direitos, particularmente, dos direitos humanos fundamentais.

Para a realização do sistema social, exarado numa sociedade pós-moderna, a tributação tomou um lugar de destaque, atuando, não somente numa frente de indução comum de comportamentos, bem como ferramenta de redistribuição de renda que permite o fortalecimento social.

DESENVOLVIMENTO

1 FINALIDADE EXTRAFISCAL DO TRIBUTO

O Estado Contemporâneo tem se tornado um agente interventor no desenvolvimento e no bem-estar social, se distanciando da figura de mediador dos debates sócias. Com isso, a atividade financeira do Estado passou a ter natureza

extrafiscal, sendo utilizada não somente em sua natureza fiscal, como também política, social e econômica.

O tributo, por sua vez, relaciona-se com a distributividade de renda e o alinhamento da política com a economia. É por meio da função extrafiscal do tributo que o Estado busca ordenar as relações sociais e econômicas interferindo, no mercado, por exemplo, não visando a obtenção de recursos a fim de financiar o máquina Estatal, contudo, atuando sobre o contexto econômico, na tentativa de alterar o cenário social, por meio de gastos seletivos ou a sua retenção.

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, “a forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatórios, dá-se o nome de extrafiscalidade”. (CARVALHO, 1997, p.14.)

Portanto, a extrafiscalidade caracteriza-se pelo exercício da cobrança de um tributo com finalidade diversa da simples arrecadação de recursos financeiros para financiar despesas estatais, mas para buscar o interesse público, com manifesto desejo de correção de situações sociais ou econômicas anômalas.

Gouvêa afirma que “(...) a tributação tem dupla finalidade: a) auferir recursos para que o Estado subsista; e b) garantir a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, os verdadeiros fins do Estado.” (GOUVÊA, 2006, p.38)

Assim, o sustento da atividade Estatal, seja para angariar recursos para subsistência da máquina estatal, seja para a garantia da realização dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, depende da característica do Estado Fiscal, significando, nos ensinamentos de Nabais “uma separação fundamental entre estado e economia e a consequente sustentação financeira daquele através da sua participação nas receitas da economia produtiva pela via do imposto.” (NABAIS, 1998, p.196)

A extrafiscalidade apoia-se na tendência moderna em orientar os indivíduos ao interesse coletivo, visando a organizar a vida de maneira equânime, para que haja um nivelamento dos tipos e modos de viver, pois há a necessidade de analisar a relevância do princípio do bem comum e do interesse público, aspecto sob o qual incide a finalidade extrafiscal da norma legal.

Os efeitos extrafiscais da norma tributária, que é utilizada como instrumento financeiro visa a provocação de alguns resultados econômico-sociais, como controlar a inflação e o desemprego, restaurar a prosperidade, proteger a indústria nacional, buscar o desenvolvimento econômico, entre outros objetivos, tendo em vista, o intuito de estimular atividades, setores econômicos ou regiões, para que a nação possa efetivar os direitos humanos fundamentais, por meio desses estímulos ou inibição à determinados tipos de comportamentos.

2 EXTRAFISCALIDADE E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme exposto no item anterior, a extrafiscalidade é um importante instrumento de busca de justiça social, por meio de suas finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras e inibidoras de determinados comportamentos, com vistas à realização de outros valores consagrados na Carta Magna.

Assim, é plenamente cabível a assertiva de que princípios inseridos na norma constitucional, como a justiça, bem comum e segurança jurídica, relacionados aos

direitos fundamentais, estão presentes na imunidade e isenção tributárias, cuja natureza é extrafiscal.

Não podemos olvidar que as imunidades tributárias são normas de proteção de outros direitos fundamentais e constituem direitos e garantias insertos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. De forma geral, as isenções e imunidades estimulam comportamentos reduzindo a carga tributária, verificando-se o caráter extrafiscal da norma.

Os institutos das isenções e das imunidades (extrafiscalidade) tem sido meio hábil à implementação de políticas públicas estimulando ações afirmativas, indutoras e coibidoras comportamentais, para a realização do fim maior, ou seja, valores constitucionalmente consagrados, como o direito à educação, à saúde, à moradia, etc. As políticas públicas representam instrumentos de ação dos governos para implementação de direitos fundamentais positivos, aqueles que exigem uma prestação positiva do Poder Estatal.

Nesse diapasão, nos ensinamentos de Schoueri (2005, p. 01) diz-se que “o Estado Contemporâneo tem como característica ser a sua fonte de financiamento de origem predominantemente tributária, especialmente decorrente de impostos.”

Silva, (2006, p. 08):

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Para Zanetti (2011) as políticas públicas funcionam como instrumentos de união e empenho, em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses, se tornando um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular, *verbis*:

Para assegurar os direitos sociais do cidadão são necessários um conjunto coerente de ações de iniciativa dos poderes públicos e das sociedades que irão garantir, através das políticas sociais, os direitos referentes à saúde, à previdência e à assistência social. Abranger os direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (SIQUEIRA Apud ZANETTI, 2009 p. 15).

O Estado é responsável por planejar, garantir e efetivar diretrizes capazes de satisfazer os direitos dos cidadãos e assegurar qualidade de vida a toda a sociedade. É por meio da norma tributária extrafiscal que o Estado Social utilizando-se do instrumento financeiro provocando esses resultados econômico-sociais.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, chega-se à conclusão que há outra faceta dos tributos, a extrafiscal, que vai além de mero esforço arrecadatório do Estado, que se estende à finalidade de incentivar, inibir determinados comportamentos a fim da busca incessante pelo desenvolvimento social e econômico.

É por meio da norma tributária extrafiscal que o Poder Público orienta as políticas públicas para a consecução dos direitos humanos fundamentais. Assim, para que o Estado possa assegurar uma vida digna ao cidadão, só será possível, através da garantia de acesso aos direitos fundamentais, tais como os imprescindíveis à subsistência humana, o direito à vida, liberdade e saúde.

As políticas públicas são ferramentas governamentais que visam atender as demandas sociais e o Estado desempenhará sua função social, quando o fizer de maneira a garantir a efetivação dos direitos humanos, mais especificamente, os direitos fundamentais sem os quais o ser humano não tem condições de viver com dignidade. Isso só será possível por meio das políticas públicas efetivas, que atendam os anseios da sociedade, externadas através de demandas, as quais, quando realizadas pelo Estado, este, por sua vez, estará desempenhando sua função social.

É na extrafiscalidade que o Estado encontra amparo legal, substancial e material para a realização desse íterim, de forma eficaz, possibilitando aos cidadãos acesso a seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A Extrafiscalidade do Direito Tributários*. Belo Horizonte. Del Rey, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 198.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. edição - São Paulo: Malheiros, 2006.

ZANETTI, Tânia Maria. *A efetivação dos direitos sociais através das políticas públicas*. UFSC/ 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/efetiva%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-sociais-atrav%C3%A9s-das-politicas-p%C3%ABlicas> - Acesso: 04/07/2018.

POLÍTICAS PÚBLICAS NACIONAIS DE EDUCAÇÃO E CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO SOB A ABORDAGEM DO CICLO DE POLÍTICAS.

NATIONAL PUBLIC POLICIES OF EDUCATION AND CONTRIBUTION TO DEVELOPMENT UNDER THE POLICY CYCLE APPROACH.

AUTOR:
OCIMAR BARROS DE OLIVEIRA
Email: aspex37@yahoo.com.br

ORIENTADORA:

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA
Instituição de ensino: Unimar/SP
Email: jussara@bflaw.adv.br

GT3 – ESTADO DEMOCRÁTICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

RESUMO

Líderes mundiais reuniram-se na sede da ONU em 2015 e juntos construíram um plano de ação para erradicar a pobreza, proteger o planeta e garantir que as pessoas alcancem a paz e a prosperidade. A agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável contém dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). O presente trabalho faz uma análise das políticas públicas educacionais brasileiras e da conformidade destas com as metas do ODS 4, que trata da educação de qualidade. Na primeira parte do trabalho serão abordadas as ideias de Stephen Ball sobre a “abordagem do ciclo de políticas” para análise de políticas educacionais. Na segunda parte aborda-se a educação como fator de efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento do indivíduo na teoria de José Joaquim Gomes Canotilho, bem como na perspectiva de potencializar a capacidade do indivíduo por meio da educação como fator de liberdade, oportunidades de inserção no mercado de trabalho e obtenção de renda, conforme teoria de Amartya Sen. Em seguida, é realizada uma análise do impacto das políticas públicas desenvolvidas através do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) e a (des)conformidade com o ODS 4 da Agenda, que prevê: ambientes de aprendizagem seguros, inclusivos e eficazes; ampliação do número de bolsas de estudo para os países em desenvolvimento e aumento do contingente de professores qualificados, inclusive por meio de cooperação internacional. O método de pesquisa utilizado é dedutivo, combinado com pesquisa bibliográfica e documental. Como resultados preliminares nota-se que, embora haja avanços, necessário se faz o aprimoramento das políticas públicas a fim de promover o desenvolvimento através de uma educação de qualidade, nos moldes propostos pela Agenda 2030.

Palavras Chave: Agenda 2030. Ciclo de políticas. Plano de Desenvolvimento da Educação.

ABSTRACT

World leaders gathered at UN headquarters in 2015 and together they have built a plan of action to eradicate poverty, protect the planet and ensure that people achieve peace and prosperity. The 2030 Sustainable Development Agenda contains seventeen Sustainable Development Objectives (ODS). The present work analyzes Brazilian public education policies and their compliance with the goals of ODS 4, which deals with quality education. The first part of the paper will address Stephen Ball's ideas on the "policy cycle approach" for educational policy analysis. The second part deals with education as a factor of effectiveness of the fundamental right to the development of the individual in the theory of Jose Joaquim Gomes Canotilho, as well as in the perspective of enhancing the capacity of the individual through education as a factor of freedom, opportunities for insertion in the labor market and obtaining income, according to Amartya Sen's theory. After an analysis of the impact of the public policies developed through the Education Development Plan (PDE) and the (non) conformity with ODS 4 of the Agenda, which provides: safe, inclusive and effective learning environments; expanding the number of fellowships for developing countries and

increasing the number of qualified teachers, including through international cooperation. The research method used is deductive, combined with bibliographical and documentary research. As preliminary results it is noted that, although there is progress, it is necessary to improve public policies in order to promote development through quality education, as proposed by Agenda 2030.

Keywords: Agenda 2030. Policy cycle. Education Development Plan.

INTRODUÇÃO

Líderes mundiais reuniram-se na sede da ONU em 2015 e juntos construíram um plano de ação para erradicar a pobreza, proteger o planeta e garantir que as pessoas alcancem a paz e a prosperidade. A agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável contém dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). O presente trabalho faz uma análise das políticas públicas educacionais brasileiras e da conformidade destas com as metas do ODS 4, que trata da educação de qualidade.

No Brasil, os estudos de avaliação de políticas públicas são oriundos principalmente das áreas de Ciência Política e Administração pública. Autores como Viana (1996), apresentam uma discussão sobre políticas públicas priorizando o entendimento das fases de construção da agenda, formulação, implementação e avaliação de políticas, além da descrição dos principais modelos analíticos utilizados.

As políticas educacionais não necessariamente focalizam-se apenas no governo central, mas em todas as suas instâncias (federal, municipal e estadual) e espaços (órgãos centrais e intermediários do sistema e unidades escolares) (VIEIRA, 2006)

Dada a importância das políticas públicas voltadas para a melhoria da educação no Brasil, o presente trabalho se propõe a analisar como o Plano de Desenvolvimento da Educação e as diversas ações que a ele estão ligadas podem contribuir para o alcance das metas estabelecidas no ODS 4 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, propostos pela Organização das Nações Unidas – ONU.

O presente estudo será realizado especialmente à luz da teoria do Ciclo de Políticas de Stephen Ball, que demonstra uma análise da dinâmica das políticas públicas voltadas para a educação. Perpassa, ainda, uma abordagem da educação como fator de efetivação do direito fundamental do desenvolvimento do indivíduo, conforme proposto por José Joaquim Canotilho, já que o direito à educação de qualidade é um dos direitos sociais contemplados pela Carta Constitucional Brasileira de 1988. Aborda-se também no presente trabalho o papel emancipador da educação, como fator de liberdade, oportunidade de inserção do indivíduo no mercado de trabalho e, conseqüentemente a obtenção de renda, conforme preconiza Amartya Sen.

DESENVOLVIMENTO

Stephen Ball, sociólogo inglês, dedicado ao estudo e análise de políticas sociais educacionais, postula que a criação das leis e políticas nacionais costuma seguir um protocolo, ou seja, segue um processo de empréstimo e cópia de fragmentos de outros contextos de investigação, de melhoria das condições existentes, de adoção de tendências e modas, processo que ele denomina de bricolagem. Tal processo leva, frequentemente, à formação de políticas frágeis, que são recriadas no contexto da prática. Por isso, Ball (2006) defende que a análise política deve ser realizada sob cuidadosa pesquisa regional, local e organizacional, para que seja possível compreendermos os processos envolvidos na tradução das políticas na prática.

A utilização da abordagem do ciclo de políticas proposta por Stephen Ball e colaboradores (BALL, 2006). No ciclo de políticas são enfatizados os processos micropolíticos e as ações dos profissionais que lidam com as políticas no nível local, havendo a necessidade e relevância de se articular os processos macro e micro na análise das políticas educacionais.

A proposta de Ball incorpora as noções de rede de políticas e arena de políticas para explicar a dinâmica do campo de produção de políticas, que mobiliza sujeitos, grupos sociais, espaços e discurso, de modo a permitir uma abordagem metodológica que potencialize as relações entre local/ global e entre os fatores econômico, político e cultural (OLIVEIRA; DESTRO 2005).

Ball e Bowe (apud MAINARDES, 2006, p. 49) fizeram uma proposta caracterizando a política como um ciclo contínuo amparada em cinco contextos principais:

1) o contexto de influência: onde ocorre a elaboração da política pública e os discursos políticos são construídos. Nesse processo, as partes interessadas disputam a definição e propósitos sociais da educação; os conceitos adquirem legitimidade e formam um discurso de base para a política

2) o contexto de produção de texto: Podem surgir em vários formatos tais como textos legais oficiais, comentários formais ou informais sobre os textos oficiais, vídeos, entre outros; e podem ser interpretados de várias formas.

3) o contexto da prática: é constituído pelas escolas e pelos indivíduos que dela participam de modo direto; nesse contexto, a política está sujeita à interpretação e recriação, produzindo efeitos e consequências que podem representar mudanças e transformações significativas na política original. Envolve disputas de ideias, de interesses, entre outros.

4) o contexto dos resultados (efeitos): tomam corpo as questões que envolvem justiça, igualdade e liberdade individual. Nele são analisados os impactos das políticas e interações com desigualdades existentes.

5) o contexto da estratégia política: identificar um conjunto de atividades políticas e sociais que seriam necessárias para lidar com as desigualdades da política investigada, tenham sido elas criadas ou reproduzidas (MAINARDES, 2006).

Neste contexto, a disputa por poder se estabelece nos discursos advindos das várias forças políticas que estabelecem nas arenas políticas, numa luta pela legitimação do discurso produzido e, além disso, os textos, por nem sempre terem seu significado claro, estão submetidos a interpretações e reinterpretações de sentidos, nos diferentes contextos, marcados por diversos interesses. Ou seja, há uma constante recontextualização, isto é, os textos assinados pela esfera oficial, ou não, produzidos e difundidos em diversos contextos, são fragmentados e recriados em processos contínuos (DIAS, 2009) tendo, portanto, alterados os sentidos e significados atribuídos pelos diferentes sujeitos participantes nas várias fases da sua produção e significação.

Ball se utilizou do conceito de recontextualização para argumentar que a maior parte das políticas são constituídas de empréstimos e cópias de ideias de outros locais, aproveitando-se de abordagens localmente testadas e experimentadas, remendando-as e reconfigurando-as através de complexos processos de influência, de produção de textos, de disseminação e de recriação no contexto da prática, sendo esses textos alterados ao incorporarem novos sentidos e significados, tornando-se híbrido.

Além do conceito de recontextualização, o conceito de comunidades epistêmicas, composta por redes de profissionais com reconhecida competência em

determinada área ou setor para certas políticas, segundo Antoniades (2003 apud DIAS, 2009, p. 63), também permeia a abordagem do ciclo de políticas de Ball.

Para a análise das políticas educacionais, a abordagem do ciclo de políticas de Ball é interessante por deslocar, como foco de análise, unicamente ou preponderantemente o papel do Estado e do governo, propondo uma análise mais ampla, que articule os processos macro e micro, o global e o local e, principalmente, que considere o papel dos sujeitos, das instituições, do contexto histórico, econômico e social envolvidos em todas as fases das políticas públicas.

Amartya Sen defende que oportunidades sociais de educação e saúde complementam as oportunidades individuais de participação econômica e política.

O que as pessoas podem efetivamente realizar é influenciado pelas oportunidades econômicas, pelas liberdades políticas, pelos poderes sociais e por condições de possibilidades como a boa saúde, a educação básica e o incentivo e estímulo a suas iniciativas.

É frequentemente questionado se certas liberdades políticas e sociais (como liberdade de participação ou discordância políticas, ou as oportunidades de receber educação básica) são, ou não, indutoras de desenvolvimento.

As oportunidades sociais estão relacionadas com os dispositivos que as sociedades organizam em favor da educação, dos cuidados de saúde, etc., que têm influência na liberdade concreto dos indivíduos e melhoria da qualidade de vida. O analfabetismo pode ser um obstáculo de monta à participação nas atividades econômicas, ou à participação política.

As normas consagradas dos direitos sociais, econômicos e culturais implicam, além disso, uma interpretação das normas legais de conformidade com a “constituição social, econômica e cultural”.

Para Canotilho existe uma relação indissociável entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos, liberdades e garantias. Se os direitos econômicos, sociais e culturais pressupõem a “liberdade”, também os direitos, liberdades e garantias estão ligados a referentes econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido se afirma que o paradigma estruturante da ordem jurídico-constitucional é o paradigma da “liberdade-igual”. A liberdade igual aponta para a igualdade real o que pressupõe a possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais.

A liberdade igual torna indispensável uma tarefa de distribuição/redistribuição dos “bens sociais” entre: 1) classes e extratos das populações; 2) entre nações; 3) entre gerações.

Como a distribuição primária de bens sociais não conduzem automaticamente à “liberdade igual”, surge o tema problema do Estado “distribuidor de prestações sociais”. Entre essas prestações sociais encontra-se a educação de qualidade como pressuposto ao desenvolvimento, no moldes do ODS 4 da Agenda 2030.

CONCLUSÃO

Embora a pesquisa esteja em sua fase inicial, destaca-se como conclusão inicial o fato de que a educação no Brasil, não obstante tenha conseguido avanços no sentido de reduzir consideravelmente o analfabetismo e de promover um aumento considerável na oferta e acesso a uma educação profissionalizante de nível técnico ou superior, ainda tem muito que avançar e conquistar.

O PDE – Plano de desenvolvimento da Educação congrega vários projetos e ações que visam conferir melhorias significativas à educação, mas enfrenta vários

problemas que estão na estrutura da educação brasileira, desvio de verbas em decorrência da corrupção, mal aparelhamento das escolas públicas, má remuneração dos professores e falta de investimento na qualificação dos mesmos.

Entre os dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, propostos pela ONU, figura o ODS 4 que visa assegurar uma educação inclusiva, equitativa e de qualidade, além de promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos e todas.

O ODS 4 da Agenda 2030 é subdividido em metas a serem atingidas até 2030, que estipulam, em suma: a promoção de uma educação inclusiva, igualitária e baseada nos princípios de direitos humanos e desenvolvimento sustentável. A promoção da capacitação e empoderamento dos indivíduos, visando ampliar oportunidades para crianças, jovens e adultos, expostos a situações de vulnerabilidade, terem acesso ao caminho do desenvolvimento pela educação. Sem olvidar a melhoria das instalações que proporcionem ambientes de aprendizagem seguros, não violentos, inclusivos e eficazes para todos.

Na contemporaneidade, toda ação de governo pauta-se numa concepção sistêmica de atuação, que se traduz em políticas públicas e no seu conjunto de programas e ações. No Brasil, por exemplo, na área de educação, o Governo Federal através do Ministério da Educação (MEC) vem desenvolvendo sua política nacional de educação, consubstanciada no Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) e em seus programas como PROUNI, Universidade Aberta, FUNDEB, Piso Salarial Nacional do Magistério, IDEB, REUNI, IFET, entre outras iniciativas.

Para que se possa atingir as metas propostas pelo ODS 4 da ONU, no que diz respeito à educação o Brasil faz-se necessário incrementar as políticas públicas e o investimento na Educação, para que todo brasileiro e brasileira tenham direito de acesso e permanência na escola e que sejam contemplados com uma educação libertadora, emancipadora e que possa inseri-los no mercado de trabalho que está cada vez mais exigente, seletivo e concorrido.

REFERÊNCIAS

BALL, S. J. Sociologia das políticas educacionais e pesquisa crítico-social: uma revisão pessoal das políticas educacionais e da pesquisa em políticas educacional. *Currículo sem fronteira*, v.6, n. 2, p. 10-32, Jul/Dez. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6ª edição. Livraria Almedina: Coimbra, 1993.

DIAS, R. E. *Ciclo de Políticas curriculares na formação de professores no Brasil (1996-2006)*. 2009, 248 f. Tese (Doutorado em Educação) Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.curriculo-uerj.pro.br/imagens/pdfTeses/CICLO_DE_P_71.pdf. Acesso em: 12 out. 2013.

MAINARDES, J. *A organização da escolaridade em ciclos no brasil: uma análise sobre processos de implementação*. Porto Alegre, Ver. Brasileira de Política e Administração da Educação

OLIVEIRA, O. V.; DESTRO, D. S. *Política curricular como política cultural: uma abordagem metodológica de pesquisa*. Rio de Janeiro, Revista Brasileira de Educação, n.28, p. 140-150, Jan/Fev/Mar/Abr, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

VIANA, A.L. Abordagem metodológicas em políticas públicas. Rio de Janeiro: *Revista de Administração Pública*, V. 30, n.2, p. 5-43, mar/abr, 1996.

VIEIRA, S. L. Política(s) e gestão da educação básica: revisitando conceitos simples. Porto Alegre, *Revista de Políticas e Administração da Educação – RBPAE*, v.23, n. 1, p. 53-69, jan/abr, 2006.

TERCEIRIZAÇÃO: REFORMA TRABALHISTA E SUAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES E MODIFICAÇÕES JURÍDICAS

TERMINATION: LABOR REFORM AND ITS MAIN AMENDMENTS AND LEGAL MODIFICATIONS

Luciano Soares Bergonso

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Secretário de Governo e Administração do Município de Assis. Advogado. E-mail: bergonso.adv@gmail.com

Profa. Dra. Walkiria M. H. Ferrer

Doutora em Educação pela Unesp. Docente permanente do programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília. E-mail: walkiriamf@terra.com.br

RESUMO

O presente estudo, a partir dos métodos principiológicos, apresenta reflexões sobre os princípios constitucionais, bem como as novas regras da reforma trabalhista quanto ao objeto da terceirização. Neste mesmo sentido, esse tema será bastante abordado decorrente a decisão do STF quanto a aceitação da terceirização da atividade considerada como “fim” nas relações de trabalho. Entretanto, observa-se que na prática, a reforma trabalhista vem ofertando o índice de afastamento dos vínculos empregatícios nas relações de trabalho, podendo assim, transformar os contratos em uma espécie de “pejotização” contratual, com regras taxadas entre as próprias partes sem o objetivo do contrato de trabalho assinado.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Terceirização. STF.

ABSTRACT

The present study, based on the principles, presents reflections on the constitutional principles, as well as the new rules of the labor reform regarding the object of outsourcing. In this same sense, this issue will be approached as a result of the STF decision regarding the acceptance of the outsourcing of the activity considered as "end" in labor relations. However, it is observed that in practice, the labor reform has been offering the index of distance from employment relationships in labor relations, and can therefore transform the contracts into a sort of contractual "pejotization", with rules that are taxed among the parties themselves. purpose of the signed work contract.

Keywords: Labor Reform. Outsourcing. STF.

INTRODUÇÃO

Diante da recente reforma trabalhista bem como das inovações trazidas com a mesma, a terceirização no cenário atual passou por enormes transformações efetivamente na prática da realização das relações de trabalho, seja ela nas diversas atividades funcionais, bem como junto a área do direito público.

Com base na Súmula 331 do C. TST, entendia-se por terceirização lícita aquela relação decorrente da atividade meio da tomadora, o que na reforma trabalhista tal conceito não mais se aplica, podendo ser analisada como prestação de serviço à terceiros, inclusive nas atividades consideradas como atividade-fim.

Nesta atual conjuntura da reforma já em prática em nosso País, a empresa terceirizada, responsável pela prestação de serviços a terceiros, passou a se dedicar, por força da reforma, à execução de serviços determinados e específicos.

Verifica-se que com a aprovação da reforma trabalhista, na prática, os vínculos empregatícios poderão ser transformados em uma chamada de “pejotização”, ou seja, uma transformação de relação de emprego para com inúmeras empresas constituídas ate mesmo pelos próprios trabalhadores, com regras taxadas na própria legislação atual

Já quanto à relação dos contratos terceirizados junto ao ente público, com a nova reforma, também sofreram alterações, tendo em vista que o próprio STF declarou e julgou a não responsabilidade por encargos trabalhistas decorrente de contratos com empresas terceirizadas.

Muitos são os entendimentos jurisprudenciais da alta Corte do judiciário trabalhista, quando recentemente decidiu que os contratos celebrados e findos antes da entrada em vigor da reforma trabalhista, devem respeitar e observar o entendimento firmado na Sumula 331, item I.

Ademais, o próprio STF declarou a constitucionalidade da contratação de serviços terceirizados aquelas atividades consideradas como específicas e determinadas, chamadas de atividade-fim.

1 DA SISTEMÁTICA DA TERCEIRIZAÇÃO E A NOVA DEFINIÇÃO APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Com a reforma trabalhista vigente em nosso país sob a Lei n.º13.467/2017, a qual alterou a Consolidação das Leis do Trabalho e as Leis n.º6.019/1974 (trabalho temporário), n.º8.036/1990 (Fundo de Garantia do Tempo de Serviços) entre outras, deu outra moldagem sobre o presente assunto da terceirização, quando, em detrimento de julgados e decisões de nossos Tribunais, autorizou a negociação e contratação de trabalho considerado como específico, entre empresas.

O conceito legal da terceirização é meramente a transferência de trabalho entre o contratante (tomador) com o contratado (prestador do serviço), inclusive com sua atividade principal e de forma ampla.

Para o Autor Sérgio Pinto Martins:

Terceirização deriva do latim tertius, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. Terceiro é o intermediário, o interveniente. No caso, a relação entre duas pessoas poderia ser entendida como a realização entre o terceirizante e o seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria fora dessa relação, daí, portanto, ser terceiro. A terceirização, entretanto, não fica restrita a serviços, podendo ser feita também em relação a bens ou produtos. (MARTINS, 2005, p. 19)

Com toda normatização da reforma trabalhista, atualmente fica superada a distinção entre atividades-fim e atividades-meio, anteriormente adotada pela Sumula 331, item III do próprio Tribunal Superior do Trabalho.

Em período anterior a reforma, considerava terceirização lícita aquela que desenvolvia atividade entre tomador e prestador de serviços, os considerados exclusivamente como atividade-meio, nos exatos termos da Sumula 331, bem como de forma ilícita, as atividades consideradas como atividade-fim, ou em caso de subordinação estrutural do trabalhador com o tomador de serviços.

A referida norma da reforma, promoveu alterações diretas em diversos dispositivos legais, no presente a Lei n.º6.019/74, a qual trata de trabalho temporário, passando ainda a regulamentar as relações de trabalho praticadas no âmbito das empresas de prestação de serviços à terceiros.

No atual cenário jurídico, a empresa terceirizada, responsável pela prestação dos serviços a terceiros, passou a se dedicar, à execução de serviços considerados determinados e específicos, passando assim, como lícita a contratação de empresas terceirizadas a desenvolver atividades consideradas como principal da tomadora.

Frisa-se que a contratação da terceirização do serviço considerado principal do tomador, não possui os requisitos de empregado da CLT, ou seja, o princípio da pessoalidade e da subordinação direta entre os representantes dos tomadores e os empregados prestadores de serviços.

Para que não ocorra relações de trabalho que afrontem aos princípios constitucionais, foi criada duas regras no sentido de coibir excessos e exageros em contratações terceirizadas, com a única finalidade de se evitar a chamada “pejotização”, como também a “marchandage” (mercantilização do trabalho humano).

A primeira regra se deu quando o legislador pontuou a proibição de recontratar os trabalhadores já com vínculos empregatícios, nos últimos 18(dezoito) meses antes da vigência da Lei 13.467/2017. Já a segunda regra, é com relação ao funcionário que tenha rescindido seu contrato após a vigência da reforma trabalhista, sem a observância do transcurso do prazo de 18 (dezoito) meses contados de sua demissão.

Essas foram as regras de que foram tomadas para evitar o fenômeno da mercantilização do trabalho humano, a qual foi muito comum no cenário de trabalho de nosso País.

Entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal, já se posicionou pela inaplicabilidade das novas regras incorporadas a terceirização de serviços, aos casos existente, regido e extintos, sob a lei n.º6.019/74, por afrontar o direito adquirido do empregado junto as condições de trabalho mais vantajosas ao operário.

Desta forma, ficou amplamente decidido que os contratos celebrados e findos antes da entrada em vigor da Lei n.º13.429/2017, devem continuar a observar o entendimento jurisprudencial firmado no item I da Sumula 331 do TST.

2 DO POSICIONAMENTO DO STF E A TERCEIRIZAÇÃO

Para Alice Monteiro de BARROS, terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, à sua atividade principal. Desta forma, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio.

Entretanto, o STF encerrou os julgamentos as quais se identificavam com as referidas questões entre contratação de atividade-fim e atividade-meio.

Com o julgamento do RE 958.252, foi analisado a constitucionalidade da contratação de prestadores de serviços aos quais desenvolverão atividades consideradas

como atividade-fim, ou seja, terceirização e legalidade na contratação de serviços das atividades principais da empresa.

Na ocasião, por maioria dos votos (07 a 04), o STF entendeu pela constitucionalidade da terceirização da atividade-fim, sendo fixado a seguinte tese de repercussão geral: “*É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho ente pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da contratante*”.

Entretanto é válido afirmar que, até a vigência da reforma trabalhista não existiu norma legal a qual impedia a terceirização da atividade-fim, obtendo apenas interpretações adotadas pelo TST, junto a Sumula 331, a qual restringia a contratação da terceirização da atividade-fim.

Assim, após a decisão consolidada pelo STF, ficou evidente que as contratações de serviços terceirizados tornam-se irrestrito a possibilidade das contratações das atividades empresariais, seja quanto a atividade “meio” ou atividade “fim”.

CONCLUSÃO

Verifica-se que o direito do trabalhador, em todos os aspectos relacionados a reforma trabalhista, ficou amplamente amparado em princípios constitucionais que beneficiam o bem maior da relação de trabalho, ou seja, o próprio empregado.

Nesse sentido, as terceirizações existentes em nosso cenário jurídico, sempre ficaram refém de ausência de legislação pertinente ao presente assunto da contratação das atividades consideradas como atividade-fim.

Desta forma, várias alterações formaram os novos entendimentos da Sumula 331 do TST, quando também ficou declarado que o não pagamento dos créditos salariais devidas ao trabalhador, a responsabilidade deve ser transferida à tomadora de serviços, de forma subsidiária, sem exceção de qualquer verba pendente.

Ademais, com a decisão do STF quanto à regularidade e licitude da contratação de terceirizados quanto as atividades-fim, trouxe algumas regras no sentido de coibir a contratação em massa de trabalhadores, evitando a chamada “pejotização” e extinção dos contratos de trabalho existente entre empresa e trabalhador.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 48
- DE MORAES, Paulo Ricardo da Silva. Terceirização e Precarização do Trabalho Humano. *Revista TST*. Brasília. Vol 74. N, 4 out/dez 2008.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. São Paulo. Atlas. 2012.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DO FUTURO FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE FUTURE

AUTOR: ROGÉRIO LUÍS MARQUES DE MELLO. rogmello1@gmail.com

ORIENTADORA: SAMYRA H. D. F. NASPOLINI-UNIMAR.

samyranaspolini@gmail.com

RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar os vários conceitos de modernidade e a nova realidade vivenciada na atualidade, observando os respectivos impactos já existentes ou imaginados na realização dos direitos humanos fundamentais. A par da discussão terminológica relacionada aos direitos fundamentais e respectivas dimensões históricas, importa verificarmos as mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas - relacionadas, por exemplo, ao fenômeno da globalização, ao hiperconsumo, às novas tecnologias e aos novos riscos - e que resultaram no surgimento de novos e variados direitos. A globalização, ao minimizar barreiras para o relacionamento entre os diversos Estados, nem sempre foi benéfica, gerando possibilidade de dominação de mercados, destruição de culturas e ampliação de desigualdades; o hiperconsumo revolucionou o próprio capitalismo, gerando uma busca desenfreada pelo bem-estar material e pela felicidade, também repercutindo na amplificação das desigualdades e do subconsumo; as novas tecnologias geraram um impacto abrangente no modo de vida das pessoas, levando a mudanças de paradigma sem precedentes na economia, nos negócios, na sociedade e nos relacionamentos entre os indivíduos; obviamente, nesse cenário de significativas transformações, os novos riscos criados e perigos resultantes gerando a perspectiva de falta de controle das situações e ansiedades. Enfim, nesse contexto, pretendeu-se responder à seguinte pergunta: diante das novas características da modernidade, quais são os mais recentes direitos fundamentais em discussão? Na esteira dessa mesma pergunta, buscou-se definir, detalhadamente, os principais atributos de cada um desses novos direitos, seus respectivos conceitos e parâmetros atuais de controvérsias, mormente através da discussão doutrinária e jurisprudencial em construção no Brasil. Como hipótese, tem-se que a nova dinâmica social resultante das intensas transformações ocorridas nos últimos anos tem gerado a proliferação de inúmeros direitos fundamentais, com perspectiva do surgimento de novos direitos para o futuro. Através do emprego de método dedutivo, detida análise bibliográfica e prognóstico das principais mudanças ocorridas na atualidade procurou-se, não em um exercício de futurologia mas na investigação das exigências hodiernas de convivência humana adequada, indicar ao menos e conclusivamente, os principais campos de interesse e bens jurídicos relacionados aos direitos fundamentais do futuro.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais. Futuro. Mudanças sociais.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the various concepts of modernity and the new reality that we are experiencing today, observing the respective existing or imagined impacts on the realization of fundamental human rights. Along with the terminological discussion related to fundamental rights and their historical dimensions, we must check the social changes that have occurred in the last decades - related, for example, to the phenomenon of globalization, hyperconsumption, new technologies and new risks - of new and varied rights. Globalization, by minimizing barriers to the relationship between

the different States, has not always been beneficial, generating the possibility of market domination, destruction of cultures and widening inequalities; hyperconsumption has revolutionized capitalism itself, generating an unbridled search for material well-being and happiness, also affecting the amplification of inequalities and underconsumption; the new technologies have generated a comprehensive impact on people's way of life, leading to unprecedented paradigm shifts in the economy, business, society and relationships between individuals; obviously, in this scenario of significant transformations, the new risks created and resulting hazards generating the perspective of lack of control of situations and anxieties. Finally, in this context, it was intended to answer the following question: in view of the new characteristics of modernity, what are the most recent fundamental rights under discussion? In the wake of this same question, we sought to define, in detail, the main attributes of each of these new rights, their respective concepts and current parameters of controversies, mainly through the doctrinal and jurisprudential discussion under construction in Brazil. As a hypothesis, the new social dynamics resulting from the intense transformations that have taken place in recent years has led to the proliferation of innumerable fundamental rights, with the prospect of the emergence of new rights for the future. Through the use of a deductive method, a bibliographical analysis and a prognosis of the main changes that have taken place in the present time, it was sought, not in an exercise of futurology but in the investigation of the current requirements of adequate human coexistence, to indicate at least and conclusively the main fields of interest and legal goods related to the fundamental rights of the future.

Keywords: Fundamental rights. Future. Social changes.

INTRODUÇÃO

Diante das intensas e profundas transformações por que passa a sociedade nos tempos atuais verificam-se, em igual medida, inovações e mudanças relacionadas aos direitos humanos fundamentais. Importante, nesse contexto, verificar as principais mudanças ocorridas nas últimas décadas e que impactaram, sobremaneira, no modo de vida das pessoas nos mais diversos aspectos: emprego, consumo, relacionamentos, privacidade, comunicação etc. Vários são os autores que analisam a modernidade, suas características e influências na sociedade atual e a investigação desses pontos de vista possibilitam, em grande medida, o delineamento adequado desses novos direitos fundamentais, bem como um modesto prognóstico das principais tendências e demandas jurídicas relacionadas à proteção de direitos no futuro.

Objetivou-se, nestes termos e também através de um esforço evolutivo das dimensões dos direitos fundamentais, vislumbrar novos direitos em discussão, suas principais características e pontos controvertidos, oferecendo o posicionamento atual da doutrina e jurisprudência sobre o tema, mormente no Brasil.

Adotou-se, para tanto, o método dedutivo e detida análise bibliográfica de obras de referência sobre a modernidade e os direitos fundamentais, bem como da jurisprudência atualizada sobre os mais novos direitos em discussão.

DESENVOLVIMENTO

De acordo com Klaus Schwab (2016), características marcantes da atualidade revelariam o início de uma quarta revolução industrial, com início na virada do século XXI e baseia-se na revolução digital, tendo por principais características: a velocidade, que evoluiria em ritmo exponencial e não linear; a convergência de várias

tecnologias, com a mudança de paradigmas relacionados à economia, aos negócios, à sociedade e aos indivíduos; ainda, o impacto sistêmico e disruptivo, com a transformação de sistemas inteiros entre países e no seu interior.

Por sua vez, Giddens (1991) denomina a modernidade como reflexiva, em que não se tem apenas a incorporação do novo mas, principalmente, a flexibilidade como base da reprodução do sistema, gerando autoconhecimento e dinamismo nas relações humanas. As transformações e os riscos criados geram repercussões nas mais diversas áreas como no contexto do trabalho, da privacidade, da violência, da natureza, da liberdade de expressão, da família, da democracia, gerando um mundo em crescente descontrole.

Para Bauman (2001), é na modernidade que padrões, códigos e regras que vigoravam de modo estável anteriormente, passam a adquirir novos sentidos; nela, associamos leveza à mobilidade e à inconstância; assim como os fluidez que não se fixam no espaço e nem se prendem no tempo, essa nova modernidade é caracterizada como líquida, exigindo o derretimento dos padrões de dependência e interação para o novo domínio da velocidade, da transitoriedade, do portátil e do substituível como recursos de poder.

Para Ulrich Beck (2011), o conceito de uma “vida feliz”, anteriormente, correspondia à constituição de uma família, casa, carro, educação para os filhos e elevação do padrão de vida; hoje refere-se à “realização pessoal” e à “busca da própria identidade”, o que repercute no labirinto do auto desconcerto e da auto indagação (“sou realmente feliz?”), conduzindo a novos caminhos de autorrealização. Nesse contexto, a importância dos direitos fundamentais, com crescente autoconfiança e participação dos cidadãos, é amplificada como reforço e poder de resistência às intervenções indesejadas em áreas como a liberdade de imprensa, a privacidade etc.

Para Gilles Lipovetsky (2007), na segunda metade do século XX, surge uma nova modernidade, coincidente com a “civilização do desejo” e baseada na substituição das economias de produção pelo capitalismo de consumo. E dentro dessa nova realidade, uma nova revolução: surge uma nova fase do capitalismo de consumo, a sociedade do hiperconsumo com centralidade da economia na figura do consumidor. Nessa nova sociedade, a busca pelo bem-estar material é acompanhada de uma demanda exponencial por conforto psíquico e busca da felicidade.

Bobbio (2004) vincula o nascimento de novos direitos às mudanças sociais, sendo que essa multiplicação ocorre, basicamente, de três formas distintas: porque aumentou a quantidade de bens que, entende-se, devem ser tutelados; foi estendida a titularidade de direitos a sujeitos diversos; por que o homem passa a ser visto em termos específicos, considerados aspectos concretos de sua personalidade como a criança, o velho, o doente etc.

A par dos direitos fundamentais historicamente classificados em três gerações – primeira, direitos civis e políticos; segunda, direitos que exigem papel ativo do Estado como saúde, educação, habitação etc.; terceira, direitos de solidariedade, titularizados pela comunidade, como o meio ambiente equilibrado, a paz e autodeterminação, interessa-nos mais de perto os direitos recentemente classificados em novas dimensões. Sobre a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides (2004) entende que, a par da globalização política, há também a globalização dos direitos fundamentais, repercutindo no direito à democracia, no direito à informação e no direito ao pluralismo como necessários ao futuro da cidadania e à liberdade dos povos. Para Norberto Bobbio (2004), direitos de quarta geração referir-se-

iam aos efeitos traumáticos da manipulação genética, seus limites e consequências para o futuro; ainda, as decorrências do progresso tecnológico e a capacidade do homem de dominação ou criação de novas ameaças. Para Antonio Carlos Wolkmer (2013), os direitos de quarta geração referem-se aos “novos” direitos relacionados diretamente com a vida humana, referentes à biotecnologia, a bioética e a regulação da engenharia genética englobando, por exemplo, a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intrauterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética ("clonagem"), contracepção e outros. Indo ainda mais longe, alguns autores referem-se a uma quinta geração dos direitos fundamentais. Paulo Bonavides (2008) assevera que, assim como a liberdade foi adotada em certo momento histórico como característica da primeira geração, a paz deve caracterizar a quinta geração de direitos fundamentais, coroando o espírito de humanismo que habita as regiões sociais e perpassa todo o Direito. Para Wolkmer (2013), seriam direitos de quinta dimensão aqueles advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral, considerando seu extraordinário impacto sobre a sociedade e sobre os bens culturais e seu potencial massificador no campo digital. Flávio Martins (2017), por sua vez, sustenta que os direitos dos animais são direitos fundamentais de quinta geração considerados os mesmos desafios intelectuais gerados pelas dimensões anteriores, em suma, por que se os animais são capazes de sofrer, seus interesses são relevantes e, nestes termos, eles são sujeitos de direitos fundamentais. Por fim, destaque-se posicionamento de Fachin e Silva (2012) pugnando pela existência de uma sexta dimensão de direitos fundamentais relacionada à água potável: ainda que componente do meio ambiente equilibrado e inicialmente disposta nos direitos de terceira geração, merece ser destacada justificando o nascimento de um novo direito fundamental, considerando sua escassez e fenômenos relacionados como a desertificação, a poluição etc.

Surgem, ainda, outros direitos resultante das transformações por que passa a sociedade. A felicidade, por exemplo, é entendida como direito constitucional implícito decorrente do regime e dos princípios por ela adotados nos termos do que dispõe o art. 5º, § 2º da Constituição Federal, o que legitimaria e até vincularia a atuação positiva dos órgãos no seu reconhecimento, declarando-o, uma vez que se encontra apenas subentendido no texto constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017). Jurisprudencialmente, o direito à felicidade foi suscitado em casos relacionados à orientação sexual, com a equiparação da união homoafetiva às entidades familiares, constituindo-se em natural decorrência do princípio da dignidade humana – por exemplo, a ADPF 132 (STF, 2011).

A privacidade, consistente anteriormente no direito de ficar só, sofreu intenso desenvolvimento na atualidade, mormente no que tange ao seu alcance e conteúdo, em razão de fenômenos como a globalização e a inovação tecnológica. Considerando, como os demais direitos fundamentais, não se tratar direito absoluto, sofre restrições especialmente frente ao direito à informação e a liberdade de imprensa. Dependendo da conduta do titular, por exemplo, caso exponha sua imagem e conduta ao público, não poderá questionar eventual divulgação, o mesmo acontecendo em relação àquelas pessoas que vivem da exploração de sua imagem ou atuam na vida política. Uma segunda limitação consiste na preponderância do direito à informação frente ao direito à privacidade, em um juízo de proporcionalidade, entendendo o STJ que imagens e informações verdadeiras veiculados pela imprensa são de interesse público. No mundo atual, de inovações tecnológicas exponenciais e facilidade de acesso a grande

quantidade de informações de modo instantâneo, discute-se a possibilidade de transformação do interesse público de fatos ocorridos no passado, pelo decurso do tempo, em fatos desinteressantes na atualidade e, portanto, protegidos pelo direito à privacidade. Haveria, nesse sentido, o direito ao esquecimento, possibilitando o impedimento da divulgação e a eliminação do registro desses fatos pretéritos desinteressantes, passando a exigir uma autorização do seu titular para que continuasse a constar de qualquer banco de dados (RAMOS, 2018). Nesses termos, o STJ reconheceu o direito ao esquecimento no Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ, com o impedimento de que o programa Linha Direta, da Rede Globo, veiculasse reportagem treze anos após a chacina da Candelária, com a exposição da imagem e do nome de pessoa absolvida por negativa de autoria, mas inicialmente incriminada (STJ, 2013).

Após a ocorrência de regimes ditatoriais haveria a necessidade de adequações e dispositivos de restauração do Estado de Direito, com a instalação da chamada justiça de transição, consistente, basicamente: no direito à verdade ou memória; direito à reparação das vítimas; dever de responsabilização dos autores de violações aos direitos humanos e a democratização das instituições protagonistas da ditadura. Na busca de punição dos responsáveis por eventuais abusos durante o período da ditadura militar no Brasil (1964-1985), a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou, em 2010, o caso “Gomes Lund X Brasil”, declarando inválida a Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6683/79), entendendo que referida legislação não se compatibiliza com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao acobertar crimes cometidos pelos agentes do Estado. Em 2014, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320/DF questionando a desídia do Estado brasileiro no cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e requerendo a imediata inaplicabilidade da Lei da Anistia, o que não foi julgado, até o momento, pelo STF (MAZZUOLI, 2018).

A dignidade da pessoa humana e a vedação à tortura, assim como os demais direitos fundamentais, constituir-se-iam em direito relativo e, nestes termos, poderiam ser relativizadas. Isso é o que propõe a teoria americana do *Ticking-Time Bomb Scenario* ou Cenário da Bomba Relógio quando, na iminência de um ataque importante, tais direitos poderiam ceder frente a outros direitos de maior importância, no caso concreto. Ainda que polêmico, grande parte da doutrina considera o caráter relativo do direito à dignidade da pessoa humana mas que, por tratar-se de meta princípio, somente em casos excepcionalíssimos poderiam ser relativizados (MARTINS, 2017).

Ainda, logo após o ataque às torres gêmeas em 11 de setembro de 2011, na cidade de Nova Iorque, os EUA editaram o *Patriot Act*, legislação que passou a tratar o direito à privacidade como mero obstáculo à segurança pública, sendo frequentemente posto à margem por atos legislativos emergenciais e que assegurou aos agentes estatais o poder para rastrear e-mails, vigiar o uso da internet e grampear ligações telefônicas, tudo independentemente de ordenação judicial (FINGER, RUARO, RODRIGUES, 2011).

Por fim, outro direito em discussão consiste na garantia indenizatória quando alguém deixa de lucrar em razão da chamada perda de uma chance ou perda da oportunidade. Diante de pergunta mal formulada em programa televisivo cuja prêmio final era de um milhão, o STJ (2005) entendeu pela impossibilidade de prestação por culpa do devedor e, nestes termos, impôs-lhe o dever de indenizar o agente naquilo que razoavelmente deixou de lucrar, pela perda da oportunidade.

CONCLUSÃO

Diversas mudanças sociais impactam a sociedade atual, gerando demandas por direitos fundamentais até então inexistentes ou pouco desenvolvidos. Doutrinariamente, são alegadas dimensões de direitos fundamentais e, nestes termos, diversos direitos relacionados: à democracia no âmbito de um mundo globalizado e tecnológico; à manipulação genética e aspectos relacionados à vida humana como aborto, eutanásia, reprodução assistida, clonagem, transplantes etc.; o direito à paz; os direitos resultantes das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral; os animais como sujeitos de direitos fundamentais; o direito fundamental à água potável. Não se descarta, ainda, de outros direitos em discussão pela jurisprudência, como: o direito à felicidade; ao esquecimento; à verdade ou à memória; à possibilidade de tortura em casos extremos (*Ticking-Time Bomb Scenario*); o direito à privacidade como mero obstáculo à segurança pública, sendo frequentemente posto à margem por atos legislativos emergenciais ou atos estatais independentemente de ordenação judicial; a teoria da perda da chance, quando diante de uma oportunidade perdida, surge a chance de indenização; ainda, a teoria da perda de uma chance, que consistiria em ato ilícito e, nestes termos, passível de reparação indenizatória.

Ainda que surjam, inevitável e brevemente, novos direitos fundamentais controvertidos, imagina-se que, em grande medida, repercutirão os vários temas desafiadores ora colacionados.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, nº 3. abr-jun 2008. p. 82-93.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2012.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 5. Ed. São Paulo: Método, 2018.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro; FINGER, Brunize. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n.53, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STF. *ADPF 132*. Rel. Min. Ayres Britto. DJe-198, 14 out 2011. Vol-02607-01 PP-00001. Julgado em 5 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em: 18 out 2018.

STJ. *RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097* - RJ (2012/0144910-7), Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 28 maio 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf> . Acesso em: 17 out 2018.

STJ. *RECURSO ESPECIAL Nº 788.459* - BA (2005/0172410-9). Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgamento em: 08 nov 2005. DJ 13 mar 2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=592103&num_registro=200501724109&data=20060313&formato=PDF . Acesso em: 20 out 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013.

O USO DAS IMPRESSORAS 3D PRINTING NA ÁREA DA CONSTRUÇÃO CIVIL: PERSPECTIVAS EM UMA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

THE USE OF 3D PRINTING PRINTERS IN THE AREA OF CIVIL CONSTRUCTION: PERSPECTIVES IN A SOCIAL TRANSFORMATION

GT3 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Silvia Nerilo⁷

Sílvia Ferreira Paterlini Nerilo

Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR
silvianerilo@gmail.com

Maria Aparecida Carvalho Iunes

Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR
iunescida@gmail.com.

Resumo:

Este ensaio visa apresentar o uso das impressoras 3D Printing na construção civil, fabricando casas com mais rapidez a um custo mais acessível, fazendo com que seja possível encontrar uma solução para a falta de moradias, problemática presente em muitos países. Demonstrar-se-á que esse tipo de tecnologia, aliada à demanda existente, poderá ser uma alternativa viável, de baixo custo e de produção em grande escala na construção dessas moradias, que poderão ter como destinatários vítimas desabrigadas de catástrofes naturais (enchentes, terremotos, tsunamis), refugiados, população de baixa renda e eventuais moradores de rua, invasões e sem-teto. A questão mostra-se relevante tendo em vista o momento em que estamos vivenciando, com o número crescente de refugiados principalmente no norte do Brasil. Demonstrar-se-á que o direito fundamental a uma moradia digna, prevista na Constituição Federal, bem como na

Declaração dos Direitos Humanos é fruto da junção de diversos outros direitos atrelados à dignidade da pessoa humana. Desse modo, pretende-se demonstrar que referida tecnologia poderá ser uma alternativa para dirimir as desigualdades sociais. Utilizar-se-á o método hipotético dedutivo com o auxílio de doutrinas, legislação pertinente, artigos científicos, como também uso de meios eletrônicos (internet).

Palavras-chaves: Moradia digna. Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Construção Civil. Impressora 3D.

Abstract:

This essay aims to present the use of 3d printing printers in civil construction, making homes more quickly at a more affordable cost, making it possible to find a solution to the lack of housing, problematic present in many countries. It will be demonstrated that this type of technology, coupled with the existing demand, could be a viable, low-cost and large-scale production alternative to the construction of these dwellings, which may have as recipients homeless victims of disasters Natural (floods, earthquakes, tsunamis), refugees, low-income population and possible homeless people, invasions and squatters. The issue is relevant in view of the moment in which we are experiencing, with the increasing number of refugees mainly in northern Brazil. It will be demonstrated that the fundamental right to decent housing, provided for in the Federal Constitution, as well as in the Declaration of Human Rights, is the result of the junction of several other rights linked to the dignity of the human person. In this way, it is intended to demonstrate that such technology could be an alternative to settle social inequalities. The hypothetical deductive method with the aid of doctrines, relevant legislation, scientific articles, as well as the use of electronic means (Internet) will be used.

Keywords: Decent housing. Fundamental rights. Dignity of the human person. Construction. 3d printer.

INTRODUÇÃO

As Impressoras 3D Printing já são uma realidade cada vez mais presente na sociedade atual, e, na construção civil já está colaborando na construção de casas. Casas estão sendo projetadas e construídas de forma rápida e segura, a um custo bem menor.

É sabido que o problema de moradia está presente em quase que na maioria dos países do mundo; e não seria diferente aqui no Brasil. Outro ponto relevante a se destacar é o problema com as catástrofes naturais, ao qual inúmeras casas são atingidas, ficando as famílias, as pessoas sem terem onde morar, sendo assim, uma solução rápida, segura e com um custo acessível para morarem.

Relevante, também, a questão dos refugiados que também se encontram em situação de abandono, não havendo lugares suficientes para abriga-los na maioria das vezes com suas famílias; tendo como alternativa o uso das impressoras na fabricação das moradias, de forma a não ocuparem muito espaço e a rapidez com que ficam prontas; outro ponto relevante nos grandes centros urbanos, onde o crescimento populacional toma números alarmantes.

Neste trabalho, antes de mais nada, procura-se apresentar uma possível solução para se tentar diminuir o problema da moradia presente em todo mundo, um direito garantido a todos presentes no ordenamento jurídico brasileiro(CF/88), bem como na Declaração Universal de Direitos Humanos e outras legislações vigentes.

Os cidadãos têm direito a uma moradia digna com proteção e zelo. O que não vem acontecendo com a maioria da população que em muitos casos moram em

condições sub-humanas, ou simplesmente não tem uma casa para habitar; correndo os mais diversos riscos já sabido. Será utilizado neste ensaio o método hipotético-dedutivo, bem como a utilização de bibliografias, legislações pertinentes ao assunto proposto, bem como artigos científicos e meios eletrônicos.

DESENVOLVIMENTO

O problema em questão - a falta de moradia – não atinge somente este ponto, a desigualdade social, não ter um lar, mas traz muito mais além, consequências mais graves e danosas ao indivíduo; há uma discriminação para quem não tem uma residência fixa, não conseguindo na maioria das vezes um emprego, as crianças não conseguem estudar, afetando a economia e o desenvolvimento social de um país.

O direito à moradia digna foi reconhecido e implantado como pressuposto para a dignidade da pessoa humana, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Posteriormente, através da Emenda Constitucional nº 26/00, referido preceito foi recepcionado e propagado na Constituição Federal de 1988. O texto do artigo 6º recebeu a seguinte redação: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

A impressora 3D vem através de seu uso na construção civil agregar para se tentar dirimir as desigualdades sociais e o problema da moradia, de maneira rápida, pois em 48(quarenta e oito) horas estão prontas as moradias, a um custo barato (em torno de R\$32 a R\$ 109 mil reais) e seguras tanto quanto uma residência tradicional. Hoje construtoras e ONGs já estão utilizando deste método mostrando que é uma realidade possível.

A demanda do aquecimento global, as mudanças climáticas de forma drástica, pessoas ribeirinhas, ou que moram em cidades praianas, e moradores de encostas que com as chuvas torrenciais correm sérios riscos devido a estas alterações climáticas de ficarem sem suas residências.

Além disso, o crescimento populacional, outro ponto relevante, em que a uma previsão de que a população humana crescerá para quase 10 bilhões de pessoas até 2050. Hoje, 1 entre 8 pessoas moram em favelas e cortiços urbanos, e até 2025, “é provável que 1,6 bilhão necessitará de moradia adequada a um preço acessível”, segundo o Relatório Cidades do mundo de 2016 do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (UN – HABITAT). O relatório pede para que no futuro os imóveis residenciais sejam colocados no centro da agenda urbana, para tratar desse enorme desafio global (PERHACH, PAULETTE, 2016).

O professor de engenharia da Universidade do Sul da Califórnia e diretor do Centro de Tecnologias de Fabricação Automatizada Rápida, é um dos muitos incentivadores à procura de uma forma de minimizar as crises habitacionais do futuro: “De alguma forma, temos que tratar da questão do abrigo, que está na base da pirâmide das necessidades”, diz o professor. Esta tecnologia construiria uma casa em um dia e reduziria o custo da construção em 30%.

No estado social de Direito tem-se que o Estado participa efetivamente da vida de seus cidadãos ao garantir a esses o chamado mínimo existencial que são direitos essenciais para a manutenção da vida digna. Uma vida digna jamais seria possível sem alimentação, moradia e lazer, bens de consumo somente passíveis de aquisição através da produção e circulação de recursos financeiros, aos quais cabe ao Estado gerir de

maneira democrática para viabilizar o fundamento de existência da República Federativa do Brasil (ZANIN, 2015, p.141-153).

No Brasil a falta de moradia é só mais um dos nossos problemas sociais. A maioria da população não possui casa própria, e grande parte da população de baixa renda não possui moradia digna, sequer moradia. É necessário destacar que a questão perpassa a ideia de se ter um teto; ter para onde retornar no final do dia, após uma jornada de trabalho desgastante, um local onde possa estar com a família, todas essas situações descritas compõem parte do que podemos construir da definição de dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Viu-se com a presente pesquisa, que a utilização de nova tecnologia, a exemplo das impressoras 3D, constitui forma viável e acessível para tentar combater o problema da moradia que assola não só a população brasileira, mas pessoas no mundo inteiro, seja por problemas econômicos, seja por outras questões.

Para o indivíduo se desenvolver minimamente, ao lado de outros direitos que compõem àquele diretamente ligado à sobrevivência, a moradia digna prevista na Constituição e posteriormente ratificada por meio de tratados internacionais constitui o início do que se pode considerar como pressuposto da dignidade da pessoa humana.

É importante salientar que essa pesquisa coloca não somente o ser humano dentro do contexto para o qual se direciona tais direitos – mas toda sua família, outra base importante para formação do indivíduo. A utilização dessas impressoras, num contexto social de afirmação de políticas públicas, como as já implantadas por meio de programas governamentais, que, diga-se, encontram-se em déficit de efetividade, diante de um projeto que inclua conscientização e socialização, poderá ser uma ferramenta valiosa para construção de moradias populares a baixos custos para os governos.

Ademais, constatou-se que, para cada indivíduo que almeje se integrar na sociedade e poder desenvolver suas capacidades, e aqui aponta-se estudo, trabalho, lazer, é salutar que possua moradia, tendo em vista que essa condição – a de ter um lar – faz parte do que se aproxima de poder ter sua própria sobrevivência digna.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 24/05/2018.

LEE, DAVID. *As casas impressas em 3D que ficam prontas em 24 horas*. Tecnologia UOL (BBC Tecnologia). Disponível em: www.tecnologia.uol.com.br. Acesso em 26/05/2018.

PERHACH, PAULETTE. *Casa do futuro poderá ser impressa em 3D e até voar*. Folha de São Paulo (New York Times). Disponível em: www.1folha.uol.br. Acesso em 25/05/2018.

SOUZA, Jamille Fernanda Ferreira de Souza. Efetividade dos Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988. In: *Sistema Constitucional de Garantias e seus mecanismos de proteção*. Editora Boreal. Birigui. São Paulo, 2013.

ZANIN, Luciana Yoshihara Arcangelo. A Proteção Constitucional dos Direitos Sociais. In: *VI Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da Universidade de Londrina*. Tema: “Estado Liberal e Intervenção nas Atividades empresariais e pessoais”.

GT 02: Direitos Fundamentais, Direitos Sociais e Estado Democrático de Direito, ISSN 2179-0760, p.140-164, 2015.

DIREITO AO ANIMAL OU ANIMAL TEM DIREITOS?

RIGHT TO ANIMAL OR ANIMAL RIGHTS?

GT3 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

CRISTIANE ANGÉLICA DE PAIVA PAULA, email: cristianedireito@hotmail.com

PAULO ROBERTO PEREIRA DE SOUZA, UNIMAR, email: prps33@gmail.com

RESUMO

Os problemas ambientais adquirem proporções amplas na atualidade, inclusive com a crescente categorização de animais como raros ou extintos. Muito se discute sobre as relações homem-natureza, temática que se insere em dois eixos principais denominados biocentrismo e antropocentrismo e que influenciou diretamente o aumento dos problemas ambientais, e quais as formas de compatibilizar crescimento e sustentabilidade. Assim, tendo em vista a crescente conscientização sobre os limites do crescimento humano e a indispensabilidade dos serviços ecossistêmicos para a sobrevivência humana, mister discutir se há uma mudança de paradigma no Direito Brasileiro que considera que a proteção dos animais e natureza se pauta na utilidade destes para o homem ou, ainda, se há uma tendência de reconhecimento dos direitos inerentes aos animais e à natureza. Para analisar esta questão emblemática pautou-se em pesquisas bibliográficas e análise do Resp 1.713.167/SP. Concluiu-se que há uma tendência no reconhecimento dos direitos dos animais, mas ainda há uma relação muito tênue com a visão utilitarista ambiental.

Palavras-chave: Antropocentrismo. Biocentrismo. Sustentabilidade.

ABSTRACT

Environmental problems are now widespread, including the increasing categorization of animals as rare or extinct. There is much discussion about human-nature relations, thematic that falls into two main axes called biocentrism and anthropocentrism and that directly influenced the increase of environmental problems, and the ways of making growth and sustainability compatible. Thus, in view of growing awareness about the limits of human growth and the indispensability of ecosystem services for human survival, we must discuss whether there is a paradigm shift in Brazilian law that considers that the protection of animals and nature is based on the utility of these for man, or if there is a tendency to recognize the rights inherent to animals and nature. To analyze this emblematic issue was based on bibliographical research and analysis of Resp 1,713,167 / SP. It was concluded that there is a trend in the recognition of animal rights, but there is still a very tenuous relationship with the utilitarian environmental view.

Keywords: Antropocentrism. Biocentrism. Sustainability.

INTRODUÇÃO

Desde os anos de 1970, houve uma intensa discussão a nível internacional, através de Conferências da Organização das Nações Unidas (ONU), sobre os rumos do crescimento e sua colisão com as questões ambientais, o que levou à conclusão de que os problemas ambientais eram decorrentes das ações desmedidas dos homens e que a capacidade de suporte da Terra seria superada caso mantido os moldes de crescimento. As sociedades passaram a se deparar com situações como degelo de geleiras, aquecimento global, aumento do nível dos mares, perda de território, extinção de espécies da fauna e flora, entre outros. Toda esta problemática colocou em pauta as relações homem-natureza, surgindo o movimento pelos direitos dos animais.

A temática sobre o reconhecimento dos direitos dos animais não é recente, tendo sido objeto de análise por Peter Singer (1973), Tom Regan (1986/1987) entre outros. Contudo, no Brasil, o estudo do tema é incipiente, devendo ser analisado, no presente momento, principalmente em decorrência de uma nova postura do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Resp 1.713.167/SP, que marca uma ruptura com a visão extremamente antropocêntrica até então predominante.

Deste modo, busca-se analisar a decisão jurisprudencial, avaliando suas implicações em termos teóricos e práticos em relação ao reconhecimento do direito dos animais.

DESENVOLVIMENTO

Predomina no direito brasileiro ainda uma visão antropocêntrica, segundo a qual o homem é figura no centro de todas as preocupações em relação a sustentabilidade. Sobre o assunto se posiciona Fiorillo (2012, p. 70) que “[...] o direito ambiental possui uma necessária visão antropocêntrica, porquanto o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria”.

No mesmo sentido, Antunes (2014, p. 19) informa que

Pretende-se que o Direito Ambiental representa a ruptura do antropocentrismo na ordem jurídica. Sustenta-se que, ao proteger a vida, em especial a vida animal e vegetal, o Direito Ambiental teria reconhecido novos sujeitos de direito que, conjuntamente com o ser humano, passariam a ocupar o núcleo central do mundo jurídico. Em meu ponto de vista, tal raciocínio é primário, pois deixa de considerar uma questão essencial e inafastável, que é o fato de que o Direito positivado é uma construção humana para servir propósitos humanos. O fato de que o direito esteja evoluindo para uma posição na qual o respeito às formas de vida não humanas seja uma obrigação jurídica cada vez mais relevante não é suficiente para deslocar o eixo ao redor do qual a ordem jurídica circula. A obrigação jurídica de respeito aos animais e às demais formas de vida é principalmente a expressão de um movimento de “humanização” dos animais cujas dimensões crescentes têm implicado o aumento do arco protetivo.

No entanto, conforme mencionam Morato Leite e Ayala (2000, p. 117), postula-se uma antropocentrismo alargado, pois:

É obvio que a visão antropocêntrica, centrada na posição em que o homem tratava o ar puro como *res nullius*, está superada, e hoje este

bem é considerado *res omnium*, e assim deve ser entendido. Advoga-se a superação de um antropocentrismo do passado e a inclusão de valores, como por exemplo a bioética, na proteção jurídica do meio ambiente.

Apesar de todas estas visões sobre a relação ética homem-meio ambiente, há que se ter em mente o que Herman Benjamin (2011) analisa, que as concepções não antropocêntricas possuem o intuito não de equiparar os direitos dos homens com os direitos dos animais, mas de reconhecer que o meio ambiente possui um valor intrínseco, tais teorias combatem a ideia de que o ser humano é externo ao meio ambiente, pelo contrário, consideram que o homem é parte integrante de todo o ecossistema onde vivem e convivem, o que deve se dar de forma harmônica. Uma das principais características desta corrente é o reconhecimento de direitos não-humanos.

E nesta discussão se insere o Resp 1.713.167/SP, cujo relator foi o Min. Luiz Felipe Salomão, julgado em 19 de junho de 2018. Em decisão inovadora, a quarta turma do STJ reconheceu o direito a guarda compartilhada de um cachorro yorkshire no caso de dissolução conjugal. E assim, a aplicação analógica do instituto de guarda compartilhada da criança ao animal de estimação.

Apesar de o Código Civil dispor em seu art. 82 c/c art. 1.228 que o animal é equiparável a coisa e, portanto, objeto de apropriação, no acórdão analisado, o STJ deixa claro que as relações interpessoais entre pessoas e animais são dignas de tutela, afastando a ideia de que se trata de mera futilidade, uma vez que a pós-modernidade altera as bases das relações. Vale destacar o trecho do acórdão:

[...] os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

[...]

A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal.

Conforme se depreende do acórdão do STJ, tem-se que, apesar de não analisar profundamente a natureza jurídica dos animais, no caso, cachorros, abre a possibilidade de afastamento da lei civil para considerar o animal como senciente, ou seja, o animal possui sensibilidades e seu bem-estar deve ser considerado.

Ainda, vale destacar os dizeres do Min. Luiz Felipe Salomão em seu voto: “é notório o crescimento exponencial, em todo o mundo, do número de animais de estimação no âmbito das famílias e, cada vez mais, são tratados como verdadeiros membros destas”. Contudo adverte o ilustre Min.

[...] não se pretende aqui humanizar o animal, tratando-o como pessoa ou sujeito de direito. Também não é o caso de efetivar-se alguma equiparação da posse de animais com a guarda de filhos. Os animais, mesmo com todo afeto merecido, continuarão sendo não humanos e, por conseguinte, portadores de demandas diferentes das nossas.

[...]

buscando atender os fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, independentemente do nomen iuris a ser adotado, penso que a resolução deve, realmente, depender da análise do caso concreto, mas será resguardada a ideia de que não se está diante de uma "coisa inanimada", sem lhe estender, contudo, a condição de sujeito de direito. Reconhece-se, assim, um terceiro gênero, em que sempre deverá ser analisada a situação contida nos autos, voltado para a proteção do ser humano, e seu vínculo afetivo com o animal.

Enfim, esta decisão impõe importante marco teórico, pois reflete que a visão antropocêntrica, a qual considera o animal como coisa e objeto, sem qualquer valor intrínseco, está cedendo espaço para uma visão mais mitigada.

CONCLUSÃO

As relações homem-natureza influenciaram e continuam influenciando a amplitude dos danos ambientais vivenciados pelas sociedades. Muito se discute que as soluções para os problemas estão diretamente relacionadas com questões éticas, dentre as quais se enquadram o antropocentrismo e o biocentrismo.

A fauna e flora sempre tiveram um tratamento jurídico de coisa e que estariam a livre uso e disposição do ser humano, o que aos poucos vai se alterando e cedendo lugar a uma doutrina pós-moderna que tendencia reconhecer seus valores intrínsecos e suas capacidades de serem titulares de direitos.

Deste modo, a decisão do STJ, em sede do Resp 1.713.167/SP, vem ao encontro de toda uma teoria que visa modificar os moldes de crescimento e reconhecer que o homem e natureza devem conviver em harmonia e que a coisificação dos animais não reflete mais a realidade pós moderna.

Por isso, somente é possível um desenvolvimento que seja efetivamente sustentável se houver uma mudança de paradigma e ética ambiental, ou seja, modificação do próprio ser humano e reconhecimento de novos sujeitos como detentores de direitos.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16º ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BENJAMIN, Antonio Herman. A NATUREZA NO DIREITO BRASILEIRO: COISA, SUJEITO OU NADA DISSO. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 31. n. 1, pp 79-96, 2011.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinaridade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 113-136, jan. 2000. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15418>>. Acesso em: 15 out. 2018. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.
- REGAN, Tom. *The case of animal rights*. In: Fox M.W., Mickley L.D. (eds) *Advances in Animal Welfare Science 1986/87*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- SINGER, P. *Animal Liberation*. In: Garner R. (eds). *Animal Rights*. London: Palgrave Macmillan, 1973.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1713167 /SP*. Relator: Luis Felipe Salomão, julgado em : 19 de jun. De 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717000&num_registro=201702398049&data=20181009&formato=PDF> . Acesso em 15 de out. De 2018.

JUSTIÇA E EQUIDADE SOB A ÓTICA DOS MECANISMOS ADEQUADOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

JUSTICE AND EQUITY UNDER THE OPTICS OF THE MECHANISMS SUITABLE FOR THE COMPREHENSION OF ACCESS TO JUSTICE

ALDO ARANHA DE CASTRO - aldodecastroadv@hotmail.com
GT3 – Estado Democrático de Direito e Direitos Fundamentais

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma abordagem geral em relação à justiça e à equidade, para garantir a convivência de toda a sociedade em harmonia. Infelizmente, isso nem sempre é possível pois, quando há mais de uma pessoa envolvida, pode surgir os conflitos, e é necessário encontrar meios para que tais conflitos sejam resolvidos. Por esse motivo, deve-se destacar e estudar mecanismos para solucionar os litígios ocorridos entre as partes, trazendo o menor sacrifício possível. Quando se fala em resolver conflitos, há de se trazer, de preferência, soluções que busquem a pacificação entre as partes. Há meios de solução de conflito, como a arbitragem e o processo, mas, se possível, deve-se tentar um meio autocompositivo, com especial destaque à conciliação e à mediação (mesmo quando se estiver diante de um processo), para restabelecer a comunicação entre as partes e fazer com que elas cheguem à solução e

saiam satisfeitas, garantindo a efetividade da tutela jurisdicional. Desse modo, a conciliação e a mediação podem ocorrer judicialmente ou extrajudicialmente, e sempre na tentativa de trazer um resultado justo e bom para ambas as partes. O trabalho será desenvolvido através da metodologia dedutiva, e com pesquisa em doutrina e artigos científicos. A pesquisa sobre o tema se faz importante, para a busca da efetivação da justiça e a garantia de preservação de toda a sociedade.

Palavras-chave: Justiça. Equidade. Meios para a solução de conflitos.

ABSTRACT

The present work aims to make a general approach in relation to justice and equity, to guarantee the coexistence of the whole society in harmony. Unfortunately, this is not always possible because, when more than one person is involved, conflicts can arise, and it is necessary to find ways to resolve such conflicts. For this reason, it is necessary to highlight and study mechanisms to solve the disputes between the parties, bringing the least possible sacrifice. When it comes to resolving conflicts, solutions should preferably be sought to seek peace between the parties. There are ways of solving conflicts, such as arbitration and the process, but if possible, a self-contained means should be tried, with special emphasis on conciliation and mediation (even when faced with a process), to re-establish communication between the parties and have them arrive at the solution and leave satisfied, guaranteeing the effectiveness of the judicial protection. In this way, conciliation and mediation can occur judicially or extrajudicially, and always in an attempt to bring a fair and good result for both parties. The work will be developed through deductive methodology, and with research in doctrine and scientific articles. The research on the subject is important, for the search of the effectiveness of justice and the guarantee of preservation of the whole society.

Keywords: Justice. Equity. Means of conflict resolution.

INTRODUÇÃO

A sociedade vive em constante evolução e, para tanto, precisa de mecanismos que garantam a convivência harmoniosa entre as mais diversas pessoas (pois cada uma é diferente da outra, com suas particularidades, seus costumes, seus pensamentos etc.). Assim, para que o convívio possa se estabelecer, é necessário o estabelecimento de regras mínimas, condutas básicas e elementares, que tutelem a vida dos cidadãos.

Nesse momento, vem uma indagação difícil de ser respondida categoricamente: o que é justiça? E essa não é uma questão fácil de ser respondida, pois há diversos conceitos para tal e, muitas das vezes, cada ser humano tenta ver o que seria justo para si, no caso concreto, sem pensar que há um universo todo ao seu redor (surge aqui, o egocentrismo).

Há a necessidade de se estudar mecanismos para regularem a vida dos indivíduos, protegerem a soberania estatal e garantirem a ordem do Estado Democrático de Direito. Aqui, faz-se necessário conhecer alguns parâmetros do que seja justiça, e do que vem a ser a equidade para, após, indicar quais meios podem, de fato, garantir a concretização do acesso à justiça a todos.

DESENVOLVIMENTO

Como alicerce do presente trabalho, cumpre-se inicialmente fazer uma análise acerca do que seja justiça, conceito frequentemente indagado por muitos, mas muitas

vezes trazidos com as visões do que cada um entende por justiça (se fôssemos levar em consideração cada conceito de justiça que o indivíduo fala, teríamos mais de sete bilhões de conceitos). Nessa parte, vale a pena apresentar alguns conceitos de justiça, não para trazê-los como verdade absoluta, mas para garantir que, de modo fundamentado e alicerçado, cada um possa formar sua convicção e compreensão de justiça.

Primeiramente, a Constituição Federal de 1988 traz diversas passagens em que utiliza o termo de “justiça”, diversos para falar sobre as funções e órgãos do Poder Judiciário, mas em três pontos, ela se aproxima ao objetivo aqui desenvolvido, e são eles o preâmbulo (que, embora não tenha força normativa, traz um ideal a ser buscado, e deve ser atentado), o artigo 170 (que fala da ordem econômica, mas que deve atender à justiça social e, dentre os princípios que o regem, há o da busca pela redução das desigualdades sociais e regionais) e o artigo 193 (que trata da ordem social, que “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”).

Para John Rawls (2000, p. 03), a “justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”. Aqui, ele comenta a justiça como instituição, não devendo restringir seu significado a uma coisa só, é necessária uma análise ampla do conceito, para se ter sua real compreensão.

A justiça pode ser tida também como a razão de decidir, pois envolverá o Poder Judiciário, ou mesmo mecanismos externos, que proporcionarão auxílio às partes, para chegar à resolução de suas contendas. Para a decisão do juiz, ele deve ter liberdade e respeitadas as suas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios). Desta feita, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009, pp. 270-271) diz que, “[...] na garantia da liberdade, a independência jurídica do juiz exige a independência política”.

Não é possível fazer a justiça com as próprias mãos pois, em regra, é vedada a autotutela ou autodefesa no ordenamento jurídico brasileiro. Somente de modo excepcional é possível, como nos casos da legítima defesa (no âmbito penal), do direito de greve (no âmbito trabalhista) e da defesa direta da posse (no âmbito cível); assim, apenas com algumas excepcionalidades, essas e algumas outras (poucas na verdade) é que se pode exercer a autotutela, mas em regra, é vedado. Assim, conforme Paul Ricoeur (2008, p. 252), há uma transição, e a justiça como instituição surge (antes existia a justiça apenas como virtude).

Michael J. Sandel, por sua vez, traz em seu estudo algumas abordagens sobre a justiça, Conforme se pode observar:

Uma delas diz que justiça significa maximizar a utilidade ou o bem-estar – a máxima felicidade para o maior número de pessoas. A segunda diz que justiça significa respeitar a liberdade de escolha – tanto as escolhas reais que as pessoas fazem em um livre mercado (visão libertária) quanto as escolhas hipotéticas que as pessoas deveriam fazer na posição original de equanimidade (visão igualitária liberal). A terceira diz que a justiça envolve o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum. (SANDEL, 2012, p. 321).

A primeira abordagem é baseada nas ideias de Jeremy Bentham, principal expoente do utilitarismo, e guarda relação com o raciocínio moral consequencial; já a segunda, cujo principal precursor foi Immanuel Kant, guarda relação com o ceticismo e

o raciocínio moral categórico. Por fim a terceira ideia, é a que melhor pode preservar o conceito de justiça, pois alinha os conceitos de virtude e de bem comum, para se colher os frutos e fazer a justiça para todos.

Em sequência, de forma sintetizada, vale destacar que equidade é “o procedimento emprestado para corrigir a generalidade da lei, bem como as lacunas decorrentes da omissão do legislado. É um procedimento que se aplica em decorrência do erro ou falha da justiça legal: por esta razão, é superior a ela” (BOITEUX, 2011, p. 332).

Assim, a equidade busca proteger os cidadãos, para garantir a qualidade de vida a todos, com a preservação da liberdade, da igualdade e da solidariedade. Assim, é possível formar uma sociedade mais justa e fraterna ou, pelo menos, com o cometimento de menos injustiças.

Uma vez analisados os conceitos de justiça e equidade, resta ainda uma pergunta: como efetivar e concretizar o acesso à justiça a todos?

Há alguns meios, tanto heterocompositivos, através do processo e da arbitragem, como autocompositivos, cujas modalidades que se destacam são a mediação e a conciliação.

É necessário restabelecer a comunicação e o diálogo entre as partes, por isso, mesmo que judicialmente, deve-se prezar pela tentativa de conciliação e de mediação, pois são os modos onde a chance de sucesso serão maiores, não apenas para ter um resultado, mas sim, um resultado justo, que seja de bom grado para ambas as partes.

As diferenças entre a mediação e a conciliação, trazidas por Fredie Didier Jr. (2017, p. 308), e destacadas no artigo 165, §§2º e 3º do Código de Processo Civil de 2015, podem ser observadas da seguinte forma:

O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que *não* havia vínculo anterior entre os envolvidos.

O mediador exerce um papel tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados [...]. (itálico do autor).

Assim, a conciliação e a mediação buscam aproximar as partes para a solução das controvérsias, o que, estatisticamente, é muito mais proveitoso para se garantir a efetividade dos acordos e dos resultados obtidos, além de permitir às partes um amadurecimento para que possam resolver os conflitos que surgem.

CONCLUSÃO

Abordar a questão da justiça e dos meios para a concretização do acesso à justiça são importantes, e eles não podem ser estudados sem a devida proximidade com

os direitos humanos, pois a sociedade deve ser preservada, devem ser garantidos os direitos básicos a toda e qualquer pessoa, com o menor prejuízo possível, para quaisquer das partes que esteja em controvérsia ou saia com resultado considerado “negativo”, do ponto de vista de se ter atribuído responsabilidade.

Deste modo, é extremamente necessário considerar conceitos do direito internacional dos direitos humanos, de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte, bem como, é necessário respeitar preceitos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, que deve se fazer presente em todo e qualquer momento.

Somente assim, será possível alcançar uma sociedade justa e fraterna, que preze pelos mais saudáveis preceitos, como liberdade, igualdade, solidariedade e, assim, comungar dos mesmos objetivos, para buscar o bem comum. Assim, o Brasil evolui como nação e a pessoa evolui como cidadão.

REFERÊNCIAS

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. “*Variações sobre o conceito de equidade*”. In. Adeodato, João Maurício, et. Alii (orgs.) *Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Júnior*. Quartier Latin, 2011, p. 332.

BRASIL. *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL* – Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>>. Acesso em 19 de outubro de 2018

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO FEDERAL*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>>. Acesso em 19 de outubro de 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder; a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2009.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RICOEUR, Paul. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

INSTRUMENTOS DE POLÍTICA E CONTROLE DE EXPANSÃO URBANA NO ESTADO BRASILEIRO

POLICY INSTRUMENTS AND CONTROL OF URBAN SPRAWL IN THE BRAZILIAN STATE

GT 3 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

LEONARDO DE CARVALHO PEIXOTO

Mestrado - Unimar - leodecp@gmail.com

PAULO ROBERTO PEREIRA DE SOUZA
Orientador - Unimar – prps33@gmail.com

Resumo

O presente estudo, valendo-se do método dedutivo e procedimentos histórico e funcionalista, baseados em pesquisa bibliográfica e com referencial teórico na sustentabilidade dos três pilares, procurou demonstrar que o município como ente federado mais descentralizado do Estado brasileiro possui instrumentos de política e controle da expansão urbana que visem melhor qualidade de vida para os habitantes das cidades e construam uma área urbana capaz de conciliar a economia, o meio ambiente e a justiça social produzindo a sustentabilidade. Instrumentos como o plano diretor, a lei de uso ocupação de solo e o zoneamento ambiental podem ser eficazes para a gestão ambiental dos municípios que deve sempre almejar a qualidade de vida dos habitantes. A possibilidade de os municípios instituírem tais instrumentos localmente é que é o eixo principal desse trabalho, pois se anseia com esse estudo colaborar efetivamente para que os municípios brasileiros agreguem tais políticas em seu ordenamento jurídico e geográfico. Inicialmente procurou-se esclarecer o papel do município como ente federado através de um breve relato sobre sua competência constitucional dentro da perspectiva federativa presente na Constituição de 1988. Em seguida traçou-se as diretrizes e conceitos de cada instrumento de política e controle de expansão urbana possíveis dentro da legislação brasileira para a consecução da finalidade de gerar um cidade sustentável. Foram apresentadas as características de cada instrumento e sua finalidade, além de sua interligação com o referencial da sustentabilidade. Por fim demonstrou-se que o município brasileiro deve adotar os instrumentos indicados no estudo para que possa haver uma melhor gestão municipal com fulcro numa cidade sustentável, capaz de trazer qualidade de vida aos seus habitantes conciliando as questões econômicas, ambientais e sociais. Traçou-se, ainda, como conclusão os desafios para sua implementação nos municípios brasileiros.

Palavras-chave: Meio Ambiente; Município; Sustentabilidade.

Abstract

This study, using the deductive method and historical and functional procedures, based on bibliographical research and theoretical framework on sustainability of the three pillars, sought to demonstrate that the municipality as Federated entity more the Brazilian State has decentralised policy instruments and control of urban sprawl for better quality of life for the inhabitants of cities and build an urban area capable of reconciling the economy, the environment and social justice producing sustainability. Instruments such as the master plan, the law of soil occupation use and environmental zoning can be effective for environmental management of counties that must always aspire to the quality of life of the inhabitants. The possibility the municipalities introduce such instruments locally is the main axis of this work, because it yearns to collaborate effectively to study the Brazilian municipalities add such policies in your jurisdiction and geographical. Initially sought to clarify the role of the municipality as Federated entity through a brief account about your constitutional jurisdiction within the federal perspective present in the Constitution of 1988. Then traced the guidelines and concepts of each policy instrument and control urban sprawl possible within the

brazilian legislation for the achievement of the purpose of generating a sustainable city. Was presented the characteristics of each instrument and your purpose, besides your interconnection with the benchmark of sustainability. Finally showed that the municipality/County should adopt the instruments indicated in the study so that there could be a better municipal management with Fulcrum in a sustainable city, able to bring quality of life for its inhabitants reconciling the issues economic, environmental and social. Drew, as a conclusion the challenges to your implementation in the Brazilian municipalities.

Keywords: Environment; Municipality; Sustainability.

INTRODUÇÃO

O município é o ente mais descentralizado do sistema federativo brasileiro, por isso as políticas urbanas são componentes estratégicos para a efetivação da sustentabilidade. A partir dessa premissa é que a presente pesquisa foi concebida, ou seja, como efetivar a sustentabilidade nos municípios brasileiros com base no Estado Democrático de Direito.

A presente pesquisa foi realizada utilizando o método de abordagem dedutivo porque parte das teorias e leis gerais que serão aplicadas ao tema para se chegar à conclusão e métodos de procedimentos histórico e funcionalista; empregando a técnica da documentação indireta, visto que a pesquisa foi bibliográfica.

Assim são apresentados instrumentos de política e controle da expansão urbana a partir de uma visão municipalista, para que se possa entender a importância da atuação municipal como ente federativo mais descentralizado capaz de dar efetividade à sustentabilidade.

A sustentabilidade nesse esboço de pesquisa será tratada com referencial na linha dos três pilares proposta por ELKINGTON (2012, p.33-135), onde está alicerçada na economia, meio ambiente e justiça social.

1. INSTRUMENTOS DE POLÍTICA E CONTROLE DE EXPANSÃO URBANA NO ESTADO BRASILEIRO

O município possui diversas prerrogativas constitucionais e legais, porém pouco as utiliza de maneira a efetivar uma política e um controle concreto da expansão urbana. A favelização é um exemplo da ausência do ente municipal nesta seara.

Constitucionalmente cabe ao ente municipal a execução da Política Nacional Urbana, dessa forma é a partir deste ponto que o presente estudo pretendo demonstrar quais instrumentos os municípios brasileiros podem se valer para darem aos seus respectivos habitantes qualidade de vida com sustentabilidade.

[...] é no Município que nascemos, trabalhamos, nos relacionamos, ou seja, é nele que efetivamente vivemos. Na verdade, é o Município que passa a reunir efetivas condições de atender de modo imediato às necessidades locais, em especial em um país como o Brasil, de proporções continentais e cultura diversificada. [...] (FIORILLO, 2004, p.70-71).

A utilização de mecanismos para dar maior qualidade de vida no meio urbano é medida impopular no círculo político brasileiro, pois os instrumentos utilizados para controlar a expansão urbana podem desagradar possíveis eleitores, todavia inadmissível

é que as cidades continuem crescendo desordenadamente, causando degradação da qualidade de vida de seus habitantes e caminhando em desfavor da sustentabilidade.

Apesar deste fato “nunca se viu, desde o Império, um Município com tanta autonomia e prerrogativas. Portanto o Município brasileiro atual é uma unidade federativa, tal qual a União, o Distrito Federal e os Estados-Federados”. (MALUF, 2006, p.108).

Os artigos 1º e 18 desta Constituição colocam o Município como ente federado:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Art. 18 A organização político administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Como unidade federativa descentralizada e capaz de atuar pontualmente o Município, independentemente de seu tamanho geográfico ou de sua população, deve se preocupar em colocar em prática políticas e controles de expansão urbana, não só para efetivar a sustentabilidade e a qualidade de vida de seus habitantes, bem como para melhor gestão municipal.

A legislação brasileira atribui aos municípios a possibilidade de implantar instrumentos capazes de realizar a política e o controle da expansão urbana, especialmente após promulgação da lei n.10.257 de 10 de julho de 2001, denominado de Estatuto das Cidades, visando cidades mais sustentáveis, como expresso no inciso I, do artigo 2º do referido Estatuto: “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.”

Para efetivação da cidade sustentável o município dispõe de três instrumentos básicos de política e controle da expansão urbana: Plano diretor, lei de uso e ocupação do solo e zoneamento ambiental do município.

1.1 PLANO DIRETOR

O plano diretor está previsto nos artigos 39 à 42 da Lei n.10.257/2001 (Estatuto das Cidades), servindo para planejamento das cidades e é obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, sendo “(...) criado por lei municipal e dispõe sobre as diretrizes e estratégias para o desenvolvimento urbano e econômico da cidade e orienta os investimentos públicos. Em outras palavras, é uma lei municipal que cria um sistema de planejamento e gestão da cidade (...)” (SIRVINSKAS, 2017, p.777).

Este plano deve ser revisado a cada dez anos e necessita previamente de ouvir a população em audiências públicas para ser aprovado, ou seja, é um programa de médio prazo para o município onde a população deve participar para sua instituição e revisão.

Aos municípios que possuem população inferior a vinte mil habitantes é facultada a aprovação de plano diretor. Sua promulgação, contudo é de extrema importância, para os pequenos municípios já que são a maioria no Brasil. Conforme o IBGE, em 2006 somente 1.611 dos 5.564 municípios brasileiros possuíam mais de vinte mil habitantes (SIRVINSKAS, 2017, p.782). A instituição de plano diretor aos pequenos municípios seria uma forma de melhoria da qualidade de vida de seus

habitantes quanto a utilização do espaço urbano, além de ser instrumento de consecução da sustentabilidade.

O plano diretor deverá conter as diretrizes e critérios para o desenvolvimento do município, ordenação da ocupação dos espaços urbano e rural, considerando as áreas para ocupação e expansão urbana. A localização preferencial e restrição de atividades econômicas: o comércio, indústria e serviços; o sistema viário e terminais; os sistemas de transportes (rodoviário, ferroviários, hidroviário, aeroviário); a densidade populacional; a preservação do patrimônio histórico e artístico; a preservação de mananciais, solo fauna e flora; os níveis e padrões admissíveis de poluição ambiental; o uso de energias alternativas; a drenagem de águas pluviais; o abastecimento de água; a destinação final de resíduos domésticos, industriais, hospitalares, tóxicos e perigosos.

Todos estes pontos são fundamentais para a consecução da sustentabilidade com base nos pilares econômico, ambiental e social.

1.2 LEI DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO

Os municípios poderão implantar isolada ou conjuntamente com o plano diretor uma lei municipal que regulamente o uso e a ocupação do solo urbano com intuito de conciliar as atividades econômicas, a qualidade de vida dos habitantes e o meio ambiente.

“O parcelamento do solo tem por finalidade disciplinar a ocupação das áreas urbanas, a fim de dar cumprimento às funções sociais da cidade, ordenando adequadamente os espaços de ocupação, de lazer e as áreas verdes”. (SIRVINSKAS, 2017, p.787)

O parcelamento do solo pode se dar através do loteamento ou desmembramento. O loteamento é “a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes” (§1º do artigo 2º da lei n.6.766/79) e o desmembramento é “a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes” (§1º do artigo 2º da lei n.6.766/79).

Essa lei municipal deve estabelecer possíveis usos dos espaços e condições de ocupação; zonas específicas de uso do solo em função da densidade populacional, localização, finalidade, dimensão e volume das construções; e parâmetros urbanísticos para a ocupação do território, tudo isso visando um melhor ordenamento do solo urbano.

A lei n. 6.766 de 19 de dezembro de 1979 descreve o processo de aprovação dos projetos de parcelamento do solo e define a competência municipal para disciplinar e fiscalizar.

A instituição de uma lei de uso e ocupação do solo pelos municípios configura mais um instrumento capaz de garantir sustentabilidade através dos pilares econômico, ambiental e social, pois o ordenamento da ocupação urbana produz melhor organização e controle dentro das cidades para que não haja degradação da qualidade de vida urbana.

1.3 ZONEAMENTO AMBIENTAL DO MUNICÍPIO

O zoneamento ambiental através de lei municipal visa o reconhecimento da qualidade ambiental e convivência da comunidade com o meio ambiente, sendo um dos instrumentos previstos na Política Nacional do Meio Ambiente, lei n.6.938 de 31 de

agosto de 1981, conforme inciso II de seu artigo 9º; além de estar previsto na alínea “c”, do inciso III, do artigo 4º do Estatuto das Cidades.

Trata-se de “um disciplinamento de ocupação e destinação de áreas geográficas para que elas atendam à sua vocação geoeconômica e ecológica” (MILARÉ, 2007, p.535), devendo considerar as áreas urbana e rural do município e ser confeccionado antes da elaboração do plano diretor, para que estes instrumentos se conciliem e se completem na execução da política e controle da expansão urbana.

O zoneamento deve conter a identificação e mapeamento das áreas representativas, permitindo a qualificação das diversas zonas e a indicação das atividades, usos e tipos de ocupação proibidos, condicionados ou permitidos, com objetivo principal de prevenir danos decorrentes de inundações, deslizamentos de encostas e outros prejuízos causados pelo uso inadequado do solo.

Esse é mais um instrumento que obedece os pilares da sustentabilidade e tem como escopo a utilização do solo de acordo com sua vocação natural, produzindo proteção aos habitantes e conseqüentemente harmonizando as questões econômicas, ambientais e sociais.

CONCLUSÃO

A proposta de estudo visa demonstrar que o município, como ente federado descentralizado, possui instrumentos legais para garantir uma maior qualidade de vida da população em suas cidades, utilizando de instrumentos legislativos simples para construir uma política e controle da expansão urbana com base na sustentabilidade dos três pilares.

Os desafios estão em convencer os legislativos municipais e a população local sobre a importância de terem instituídos em suas cidades esses instrumentos, além de fazer com que o executivo municipal aplique através de ações executivas concretas o implemento dos três instrumentos apresentados nesse estudo.

Por fim acredita-se que a efetivação desses instrumentos nos municípios é um grande passo no atingimento das cidades sustentáveis.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 out 2018.

_____, *Lei n.6.766 de 19 de dezembro de 1979* (Parcelamento do Solo Urbano). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm. Acesso em 12 out 2018.

_____, *Lei n.6.938 de 31 de agosto de 1981* (Política Nacional do Meio Ambiente). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em 12 out 2018.

_____, *Lei n.10.257 de 10 de julho de 2001* (Estatuto das Cidades). Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 12 out 2018.

ELKINGTON, John. *Sustentabilidade, canibais com garfo e faca*. São Paulo: M.Books do Brasil Editora, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

**O INSTITUTO DO CREDENCIAMENTO COMO FORMA DE
INEXIGIBILIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, SOB A LUZ DO
DIREITO FUNDAMENTAL DA LEGALIDADE**

**THE INSTITUTE OF ACCREDITATION AS A FORM OF INEXIGIBILITY OF
THE BIDDING PROCEDURE, UNDER THE LIGHT OF THE FUNDAMENTAL
RIGHT OF LEGALITY**

GT3 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

BRUNO PASTORI FERREIRA - Universidade de Marília – UNIMAR
bruno.pastori@hotmail.com

DANIEL BARILE DA SILVEIRA – UNIMAR
danielbarile@hotmail.com

RESUMO

O tema deste resumo é estabelecer a viabilidade jurídica da contratação direta de terceiros pela Administração Pública, mediante inexigibilidade de licitação, através do instituto do credenciamento, assegurando o direito fundamental do cidadão ao primado da legalidade. O credenciamento não é uma hipótese de inexigibilidade prevista na Lei n.º 8.666/93, sendo assim, não existe ordenança legal autorizativa para que o gestor público contrate diretamente através deste instituto. Diante disso, o credenciamento poderia ser utilizado pelo agente público para contratar diretamente um terceiro, sem desrespeitar o princípio da legalidade? É sabido e tradicional que o princípio da legalidade reveste-se de um direito fundamental do cidadão, uma vez que o Estado deve/pode atuar dentro das balizas da legalidade, garantindo a segurança de uma atuação imparcial, impessoal e proba. Além do disso, tal princípio está pautado no Estado de Direito, submetendo a todos ao império da lei. O objetivo é demonstrar que apesar deste instituto não ter previsão legal, a Administração Pública poderá se valer do credenciamento para contratar diretamente, mediante inexigibilidade, sem ofender o princípio da legalidade. Justifica-se a lavra desse resumo, uma vez que a Administração Pública não pode atuar fora dos limites da lei e o credenciamento não é um mecanismo previsto na Lei n.º 8.666/93, contudo é aceito pela jurisprudência e doutrina brasileira, como meio apto à contratação direta mediante inexigibilidade. Com isso, não haverá desrespeito ao direito fundamental do cidadão, pois a conduta da Administração Pública, apesar de não estar positivada no ordenamento jurídico, é legal e se coaduna

com sistemática das contratações públicas diretas. Será observado um procedimento bibliográfico e documental, por meio de um método dedutivo e com uma abordagem qualitativa.

Palavras-chaves: CREDENCIAMENTO. CONTRATAÇÃO DIRETA. LICITAÇÃO PÚBLICA.

Abstract: The theme of this summary is to establish the legal feasibility of direct contracting of third parties by the Public Administration, through unenforceable bidding, through the accreditation institute, ensuring the fundamental right of the citizen to the primacy of legality. Accreditation is not a hypothesis of non-enforceability provided for in Law No. 8.666 / 93, therefore, there is no legal order authorizing the public manager to contract directly through this institute. Given this, could accreditation be used by the public agent to directly hire a third party, without disrespecting the principle of legality? It is well known and traditional that the principle of legality is a fundamental right of the citizen, since the State must/can act within the bounds of legality, guaranteeing the security of an impartial, impersonal and probative action. Moreover, this principle is based on the Rule of Law, subjecting everyone to the empire of law. The objective is to demonstrate that although this institute has no legal provision, the Public Administration may use the accreditation to contract directly, through unenforceability, without offending the principle of legality. It is justified to draw up this summary, since the Public Administration can not act outside the limits of the law and accreditation is not a mechanism provided for in Law No. 8.666 / 93, however it is accepted by Brazilian jurisprudence and doctrine as a means suitable for direct contracting through unenforceability. With this, there will be no disrespect to the fundamental right of the citizen, because the conduct of the Public Administration, although not positived in the legal system, is legal and is consistent with the system of direct public contracting. Will be observed bibliographic and documentary procedure will be observed, through a deductive method and with a qualitative approach.
Keywords: ACCREDITATION. DIRECT CONTRACTING. PUBLIC BIDDING.

INTRODUÇÃO

É consabido que a Administração Pública para contratar com terceiros, necessita de realizar um procedimento licitatório, no escopo de garantir a competitividade, isonomia, legalidade e demais princípios correlatos.

Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 em seu artigo 37, XI, assim determina:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Complementando, a Lei n.º 8.666/93 em seu artigo 2º expõe que “[...] as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.”

Nada obstante, a própria lei alhures estabelece circunstâncias de inexigibilidade de licitação, ou seja, situações, autorizada por lei, que a possibilita a Administração Pública contratar diretamente com o particular, sem a necessidade da realização de um certame público licitatório.

É o que se depreende do artigo 25, da Lei n.º 8.666/93:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Nota-se que, o credenciamento não está inserido nas hipóteses jungidas no dispositivo legal. Diante disso, razoável perquirir, o credenciamento é uma hipótese legal de inexigibilidade de licitação? O gestor público poderia se valer do credenciamento para contratar diretamente um terceiros, sem ferir o princípio da legalidade?

Não se pode olvidar que o alcaide deve ter sua atuação pautada na Lei, respeitando sempre a fonte legislativa, expurgando qualquer conduta pessoal na governança pública, retirando o caráter de subjetividade e parcialidade de seus feitos, uma vez que é um direito fundamental do cidadão, que o Estado atue dentro das balizas da legalidade.

De mais a mais, o Brasil é um Estado de Direito devendo submeter-se as ordenanças legais que foram criadas, dentre as quais, a Lei n.º 8.666/93.

DESENVOLVIMENTO

O instituto de credenciamento, de acordo com a revista produzida pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (2010, p.02):

[...]pode-se conceituar o instituto do credenciamento como sendo o procedimento administrativo que visa à contratação de prestadores de serviços mediante requisitos estabelecidos previamente no edital de

convocação, quando determinado serviço público necessita ser prestado por uma pluralidade de contratados simultaneamente.

[...] O instituto do credenciamento visa à contratação de todos aqueles que preencherem os requisitos determinados em edital. Não há que se falar em ordem de preferência sob justificativa alguma. Qualquer empresa que cumpra com as exigências editalícias e que aceite o valor predeterminado deve ser contratada pela Administração. Caso contrário, não será própria a utilização do credenciamento.

Nesse diapasão, o Tribunal de Contas da União (TCU) no informativo de Licitações e Contatos n.º 227 (2015, p. 01) estabelece que “[...] adota-se o credenciamento quando a Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços.”

Assim, o credenciamento corresponde a uma variável da inexigibilidade de licitação por meio da qual a Administração Pública, em procedimento administrativo, diante da universalidade de possíveis contratados, preestabelece as condições inerentes à futura contratação, fixando os pressupostos mínimos legais a ser preenchidos pelos prestadores interessados em realizar determinados serviços.

Face à impossibilidade de escolher apenas um contratante, bem como diante da ausência de possibilidade de selecionar a melhor proposta financeira, permite-se o credenciamento de todos os interessados na prestação do serviço.

A despeito de não se enquadrar propriamente como um certame de cunho tipicamente concorrencial e nem buscar a melhor proposta à Administração Pública, cuida-se de procedimento em que se dá absoluta vazão aos valores insculpidos nos princípios da isonomia, da impessoalidade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, dentre outros aplicados aos procedimentos licitatórios em geral, uma vez que o credenciamento possibilita a participação de todos os interessados, que preencherem os requisitos previstos no edital convocatório, com ampla divulgação da lei interna do certame.

Malgrado não estar descrito no tipo legal do artigo 25, da Lei n.º 8.666/93, conforme visto acima, o credenciamento é uma possibilidade de inexigibilidade licitatória, que justifica a contratação direta pela Administração Pública, não ferindo qualquer preceito do axioma principiológico que rege o funcionalismo público, em especial o princípio da legalidade, com efeito, respeita-se o direito fundamental do cidadão, senão vejamos.

Para que haja a contratação direta mediante inexigibilidade de licitação, a Administração Pública deve comprovar a inviabilidade de competição entre os pretensos concorrentes, sob pena de caracterizar burla ao procedimento licitatório, corolário configurar improbidade administrativa em desfavor do gestor público.

Nessa linha, Di Pietro (2016, p. 435) preleciona que “[...]a inexigibilidade é decorrência da inviabilidade de competição.

O credenciamento caracteriza-se como uma hipótese de inviabilidade de competição, pois a Administração Pública possui o alvedrio em contratar todos os terceiros que tiverem interesse, desde que cumpridos os requisitos assoalhados no instrumento convocatório credenciador.

Nesse sentido, o TCU assim se manifestou:

TC-034.565/2011-6

[...] 5.3 embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no caput do referido dispositivo legal, porquanto a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão.

Forçoso consignar que, na hipótese de credenciamento, a inviabilidade de competição não reside no fato da Administração Pública não possuir alternativas em contratar com pluralidade de fornecedores, “[...] mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados.”

Jacoby Fernandes (2008, p. 533 e 534) estabelece que:

[...] Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação.

Nesse prumo, Justen Filho (2016, p. 572) expõe que:

[...] Nas hipóteses em que não houver exclusão, a Administração poderá adotar um sistema de credenciamento, por meio dos quais os possíveis interessados comprovarão o preenchimento dos requisitos exigidos. [...] Nas hipóteses de ausência de exclusão, a Administração deverá estabelecer, em ato regulamentar, o objeto e as condições da futura contratação, os requisitos exigidos dos particulares interessados em contratar e todos os procedimentos pertinentes à contratação. [...] Anote-se que o credenciamento não se confunde com o contrato administrativo. O credenciamento é um ato administrativo prévio à contratação. O sujeito que obtém o credenciamento ainda não foi contratado. A contratação é um ato jurídico bilateral, que será aperfeiçoado em momento posterior ao credenciamento.

Assim, é possível a contratação direta pela Administração Pública mediante o instituto do credenciamento, pois haverá a inviabilidade de competição, ante a pluralidade de possíveis contratados, não se afigurando, nesses casos, a conduta mais eficiente a realização de um procedimento licitatório comum.

Impende observar que no credenciamento, não haverá avaliação objetiva se um possível contratado prestará um serviço de maneira mais ou menos técnica ou se o seu preço é mais ou menos vantajoso para a Administração Pública, importa apenas se o Credenciante está apto a prestar serviço público ou não, e o estará desde que observe os requisitos lecionados no edital.

CONCLUSÃO

Destarte, pode-se enquadrar o credenciamento como contratação direta sob a forma de inexigibilidade, mesmo que o instituto não esteja previsto no caput do art. 25 da Lei Federal n.º 8.666/933, sendo um meio legal posto à disposição da Administração

Pública, corolário garantindo o cumprimento o direito do cidadão ao primado da legalidade e o cumprimento pelo Estado de Direito de suas próprias leis.

Para tanto, é necessário analisar o caso concreto e constatar a existência de uma universalidade de possíveis contratados, que observem os pressupostos mínimos legais, os quais sejam: a.) na impossibilidade de escolher apenas um contratante; b.) a ausência de possibilidade de selecionar a melhor proposta financeira; c.) na universalidade de possíveis contratados, desde que observados os pressupostos mínimos legais; d.) na vantajosidade para a Administração Pública; e.) na vantajosidade para a população diretamente interessada.

Por fim, colaciona-se o entendimento do TCU que sustenta que “[...]a figura do credenciamento parece se ajustar bem a essa realidade. A administração tem o interesse de contratar todos que se enquadrem nas condições definidas pelo Poder Público, caracterizando uma situação de inexigibilidade de licitação.”

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988*, Brasília, DF, out. de 1988.

BRASIL. *Lei n.º 8.666/93*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, Brasília, DF, jun. de 1993.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. ACÓRDÃO Nº 408/2012 – TCU – Plenário. Processo n.º TC-034.565/2011-6. GRUPO II - CLASSE VII – Plenário. Natureza: Representação. Entidade: IRB-Brasil Resseguros S/A. Interessado: Pedro Braz dos Santos. Unidade Técnica: 9ª Secretaria de Controle Externo. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília. 2011.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. ACÓRDÃO Nº 1215/2013 – TCU – Plenário. Processo n.º Processo n.º TC 019.179/2010-3. Grupo II – Classe VII – Representação. Interessado: Laboratório Bauru de Patologia Clínica S/C Ltda. Unidade: Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo (SES/SP). Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília. 2010.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. Informativo de Licitações e Contratos n.º 227 do Tribunal de Contas da União. Sessões de 9 e 10 de dezembro de 2014. Disponível em <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/idSisdoc_10650444v4-56%20-%20LC_PUBLICACAO_227_2016_2_29.pdf>. Acesso em: 09 out. 2018.

Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. v. 76, n.º 03, jul., ago., set., 2010. Disponível em <<http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1027.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2018.

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO USO DE BANHEIRO
FEMININO POR TRANSEXUAL: UMA ANÁLISE DOS FATOS EM
JULGAMENTO PELO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 845.779/SC**

**THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND
THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE USE OF FEMALE
BATHROOM BY TRANSEXUAL: NA ANALYSIS OF THE FACTS IN
JUDGMENT BY THE EXTRAORDINARY REMEDY No. 845.779 / SC**

PAULO ARTHUR GERMANO RIGAMONTE

paulorigamonte.adv@gmail.com

DANIEL BARILE DA SILVEIRA

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

danielbarile@hotmail.com

RESUMO

Este trabalho apresentou uma discussão sobre os fatos e argumentos expostos a julgamento no Recurso Extraordinário nº 845.779/SC, cuja relatoria coube ao Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Essa discussão recaiu sobre dois grandes entraves doutrinários: verificar se é possível a aplicação imediata ou mediata dos direitos fundamentais à relação interprivada destacada, e sob quais fundamentos jurídicos; e eleger a melhor solução em vista do princípio da proporcionalidade, outrora dissecado em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade). O objetivo foi ressaltar os instrumentos através dos quais os direitos fundamentais podem ser horizontalizados nas relações privadas, e como ocorre a ponderação entre esses direitos diante de colisões que, de uma forma ou de outra, exigem deles certa sobreposição, mas sem esvaziar o âmbito de aplicação dos demais direitos fundamentais, como se princípios fossem. Nessa tarefa, o principal enfoque foi dado na análise da proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade), na medida em que é nesta fase do princípio da proporcionalidade em que se distingue se a medida restritiva atinge ou não atinge o conteúdo essencial do direito fundamental, ou seja, o núcleo essencial que dá vazão ao direito, sem o qual dele não sobraria nada. Os resultados obtidos não puderam ser outros senão, em primeiro lugar, pela eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais em virtude do desequilíbrio existente entre os indivíduos casuísticos, quais sejam: o transexual e o Shopping Center; aliada à inexistência de legislação ordinária capaz de emprestar semelhante eficácia aos direitos fundamentais em questão. Em segundo lugar, o resultado indicou que a medida restritiva objeto da questão, em que pese ter passado pelos filtros da “adequação” e da “necessidade”, não obteve êxito em relação à “razoabilidade”, sobretudo porque não foi capaz de manter o conteúdo essencial dos direitos fundamentais do art. 5º, I e X, da Constituição Federal, esvaziando-lhes seus significados constitucionais. Por fim, impende destacar que foi adotado o método dedutivo de abordagem, com ênfase na técnica de pesquisa bibliográfica, em especial pela construção doutrinária em torno da eficácia dos direitos fundamentais titularizados pelos indivíduos frente ao Estado e frente aos sujeitos privados detentores de poder social.

Palavras-chave: Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade. Recurso Extraordinário nº 845.779/SC.

ABSTRACT

This paper presented a discussion of the facts and arguments put to trial in Extraordinary Appeal nº 845.779 / SC, whose report was the responsibility of the Minister Rapporteur Luís Roberto Barroso. This discussion fell upon two major doctrinal obstacles: to ascertain whether the immediate or indirect application of fundamental rights to outstanding inter-branch relations is possible, and on what legal grounds; and to choose the best solution in view of the principle of proportionality, once dissected in adequacy, necessity and proportionality in the strict sense (reasonableness). The objective was to emphasize the instruments through which fundamental rights can be horizontalised in private relations, and how the rights between these rights can be weighed against collisions that, in one way or another, require a certain overlap, but without depleting the scope of other fundamental rights, as if principles were. In that task the main focus was on the analysis of proportionality in the strict sense (reasonableness), since it is at this stage of the principle of proportionality that it is distinguished whether or not the restrictive measure reaches the essential content of the fundamental right, or that is, the essential nucleus that gives discharge to the law, without which nothing would be left of it. The results obtained could only be, first, by the immediate or direct effectiveness of fundamental rights due to the existing imbalance between the casuistic individuals, namely: the transsexual and the Shopping Center; together with the absence of ordinary legislation capable of lending such effectiveness to the fundamental rights in question. Secondly, the result indicated that the restrictive measure at issue, despite having undergone the "adequacy" and "necessity" filters, was not successful in relation to "reasonableness", in particular because it was not able to maintain the essential content of the fundamental rights of art. 5, I and X, of the Federal Constitution, depriving them of their constitutional meanings. Finally, it is important to emphasize that the deductive method of approach was adopted, with emphasis on the technique of bibliographical research, especially by the doctrinal construction around the effectiveness of the fundamental rights securitized by the individuals in front of the State and in front of the private individuals who hold social power.

Key-words: Horizontal effectiveness of fundamental rights. Principle of proportionality. Extraordinary Appeal nº 845.779 / SC.

INTRODUÇÃO

Trata-se da análise dos fatos expostos a julgamento no Recurso Extraordinário nº 845.779/SC, a fim de verificar se, através das teses que sustentam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é possível haver incidência desses direitos entre os particulares envolvidos, bem como qual a melhor solução em vista do princípio da proporcionalidade.

A relevância do tema encontra respaldo na eficácia dos direitos fundamentais previstos na ordem constituinte, na medida em que é necessário discutir os mecanismos através dos quais mencionados direitos podem ser aplicados aos indivíduos frente ao Estado e frente àqueles que detêm parcela considerável do poder social.

Para tanto, é preciso eleger o método dedutivo de pesquisa com foco na técnica de pesquisa bibliográfica, sobretudo diante da necessária leitura e análise de obras doutrinárias acerca do tema.

1 EXPOSIÇÃO DO CASO HIPOTÉTICO

Assim como fez o Ministro Relator Luís Roberto Barroso no acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 845.779/SC, lança-se como premissas terminológicas as definições conotativas de sexo, gênero e orientação sexual, a saber:

Sexo, embora seja um conceito disputado, costuma significar a distinção entre homens e mulheres segundo as suas características orgânico-biológicas, como cromossomos, genitais e órgãos reprodutivos. Gênero, por sua vez, designa a diferenciação cultural entre masculino e feminino. Por fim, orientação sexual significa a atração afetivossexual de um indivíduo por determinado(s) gênero(s), dividindo-se em heterossexual, homossexual e bissexual (BRASIL, 2015, p. 3).

Tomadas as cautelas terminológicas, cuida-se agora da tarefa de analisar se à pessoa que, sendo do sexo homem, mas apresentando-se socialmente como pertencente à gênero feminino – *leia-se: transexuais* –, devem ser resguardados os direitos fundamentais de igualdade de tratamento ou reconhecimento e de uma vida privada, previstos, respectivamente, no art. 5º, incisos I e X, da Constituição Federal, na situação específica do uso de banheiro em ambiente privado destinado às pessoas que, sendo do sexo mulher, compartilham do gênero feminino.

Com efeito, essa análise não dispensa a aplicação do princípio da proporcionalidade, levado à cabo a fim de verificar, diante da colisão entre os direitos das mulheres e os direitos dos transexuais, qual deles ressairá.

Outro problema que cabe ser enfrentado é, se antes do comparativo entre os direitos colocados em colisão, é possível sustentar um dever-ser por parte do ente privado em relação aos direitos fundamentais titularizados entre particulares no âmbito da horizontalidade de suas relações.

Destarte, é aconselhável que, em respeito à metodologia da presente pesquisa, analise-se primeiro a situação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para, em um segundo momento, contrapor os direitos fundamentais em colisão sob a égide do princípio da proporcionalidade.

2 AFINAL, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PODEM SER HORIZONTALIZADOS NO CASO HIPOTÉTICO EM APREÇO?

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem sido discutida sob o enfoque de três teorias: uma delas sustenta a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais; outra dispõe acerca da eficácia indireta ou mediata desses direitos, chamada de eficácia irradiante ou reflexiva; uma terceira corrente se esteia na eficácia imediata dos direitos fundamentais, contanto que observados determinados critérios de excepcionalidade, complementando a segunda corrente.

Diante da existência das referidas divergências doutrinárias, aplicar ou não aplicar os direitos fundamentais do art. 5º, incisos I e X, da Constituição, no caso em vértice, é questão que não se resolve sem a opção por uma delas.

Com efeito, a opção se dá pela tese da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais, de modo que a aplicação destes dependerá “da existência de uma norma

de direito privado e da forma como esta dispõe sobre as relações entre os particulares” (SARLET, 2018, p. 399), e mais: quando se verificar que “o legislador ordinário estabeleceu cláusulas gerais e conceitos indeterminados que devem ser preenchidos pelos valores constitucionais, de modo especial os contidos nas normas de direitos fundamentais” (SARLET, 2018, p. 399).

Contudo, ainda que inexista lei ordinária ou cláusulas gerais e conceitos indeterminados, será possível a aplicação dos direitos fundamentais diretamente na esfera privada, desde que se esteja diante de relações manifestamente desiguais entre indivíduos e detentores de poder social. Cuida-se, pois, da eficácia diagonal dos direitos fundamentais.

No caso em apreço, em que pese não existir qualquer dispositivo de lei ordinária que concretize os direitos fundamentais do art. 5º, I e X, da Constituição, na relação entre o transexual e o Shopping Center, certo é que existe notável desequilíbrio entre as partes, isto é, entre o indivíduo e o detentor de poder social. Por isso, é perfeitamente sustentável a aplicação dos direitos fundamentais diretamente à relação.

3. UMA SOLUÇÃO PARA O CASO EM VISTA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade se desdobra em três elementos: (i) a adequação ou conformidade, que condiz com a viabilidade ou idoneidade técnica da medida restritiva em alcançar o fim almejado; (ii) a necessidade, ou seja, a opção pela medida menos restritiva, que consiste em examinar a igualdade de adequação dos meios e se os meios alternativos restringem em menor medida o direito; (iii) a proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade, que exige um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins colimados (BONAVIDES, 1997). Um outro pressuposto, ainda, pode ser observado através da exigência de que toda restrição deve ter uma justificação constitucional (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

Em primeiro lugar: a limitação do uso do banheiro feminino é adequada a fim de garantir a privacidade das mulheres que o utilizam? Se for dada a vazão *prima facie* à privacidade dessas mulheres, então todo e qualquer incômodo gerado poderá ser evitado oferecendo exclusividade no uso do banheiro. Caso contrário, fosse adotada uma limitação *a priori* desse direito, poderia se dizer que a privacidade abrange tão somente o uso interno das cabines do banheiro, não o espaço público destinado ao trânsito e lavagem de mãos (BONAVIDES, 2006). Contudo, não é este último o posicionamento adotado quando se fala na utilização da ponderação, já que estar-se-ia confundindo a teoria interna dos limites aos direitos fundamentais com a teoria externa. Portanto, cuida-se de medida adequada.

Em segundo lugar: é necessária a limitação do uso? Aqui, além do completo impedimento do uso do banheiro público por pessoas que se identificam no gênero feminino, porém possuem o sexo homem, existem duas outras medidas possíveis: ou exigir que essas pessoas se apresentem também na condição de “mulheres”, exigindo-se que elas se submetam à procedimento cirúrgico; ou oferecer outro banheiro destinado a essas pessoas, classificando-as como não-masculinas e não-femininas. Uma intervenção cirúrgica viola a autonomia da vontade e a integridade física do indivíduo, ao passo que

a construção de um terceiro banheiro mais contribui para a discriminação da pessoa do que para sua integração social. Portanto, trata-se de medida necessária.

Em terceiro lugar: é razoável a limitação do uso? Noutros termos: que sobra da igualdade de reconhecimento do transexual? Que sobra de sua vida privada se ele for obrigado a utilizar o banheiro masculino? Tanto a igualdade de tratamento quanto a vida privada se confundem, neste caso, na autodeterminação do transexual, vale dizer, no direito de escolher quem ser, o que fazer, o que usar, como usar, sem que haja constrangimentos do Estado ou de terceiros. Dizer que ele é obrigado a usar o banheiro masculino mesmo ele não se identificando como tal é esvaziar por completo o direito de igualdade entre ele e aquela pessoa que, sendo mulher, identifica-se igualmente como pertencente ao gênero feminino. E mais: obrigar o transexual a utilizar um banheiro masculino é esvaziar todo o conteúdo do seu direito a uma vida privada, isto é, de construir sua imagem como pessoa pertencente ao gênero feminino.

Portanto, cuida-se de medida que, apesar de adequada e necessária, não encontra razoabilidade alguma, haja vista ser capaz de esvaziar por completo o núcleo essencial do direito de igualdade de tratamento ou reconhecimento e do direito à vida privada do transexual. Assim, permitir que ele utilize o banheiro feminino é ainda a melhor das opções, segundo o princípio da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Em casos que exigem a análise da aplicação dos direitos fundamentais em relações privadas não prescinde da opção prévia por uma tese que justifique esse exercício, haja vista os diferentes resultados que cada uma delas pode incorrer. No caso em testilha, a mais adequada, assim porque resguarda eficácia aos direitos fundamentais na mesma medida em que respeita a livre iniciativa e a livre concorrência, corolários da autonomia privada, é a tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais, complementada pela eficácia diagonal deles em casos excepcionais.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, antes mesmo de sua aplicação, é preciso partir do dogma de que os direitos não possuem limites imanentes, pelo contrário, são *prima facie* ilimitados, exigindo um exercício de proporcionalidade para que, aos poucos e casuisticamente, construa-se esses limites.

Com efeito, no caso em vértice, apesar da medida restritiva transpassar os filtros da adequação e da necessidade, ela deixa ao largo a razoabilidade, na medida em que fere o conteúdo essencial dos direitos fundamentais do art. 5º, I e X, da Constituição, nada sobrando desses direitos caso seja restringido o uso do banheiro feminino pelo transexual.

Portanto, eleger a sobreposição dos direitos fundamentais do art. 5º, I e X, da Constituição, titularizados pelo transexual, é a melhor opção, pois restringi-los, de outro lado, em que pese adequado e necessário, não é razoável, isto é, não atende à proporcionalidade em sentido estrito.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucionais*. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, p. 23-51, 2006.

A INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EUTANÁSIA

THE FUNDAMENTAL RIGHTS INDIVISIBILITY AND EUTHANASIA

GT 3 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

AUTOR

Thiago Caversan Antunes

Integrante dos grupos de pesquisa em Processo Civil Transindividual da UEL e em Empresa, Desenvolvimento e Cidadania da UNIMAR. E-mail: thiago@caversan.adv.br.

ORIENTADOR

Lourival José de Oliveira

Professor dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR. Integrante dos grupos de pesquisa em Empresa, Desenvolvimento e Cidadania; em Direito, Globalização e as Novas Relações de Trabalho da UNIMAR; e em Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo da UEL. E-mail: lourival.oliveira40@hotmail.com

Resumo

O estudo que ora se apresenta teve o objetivo de, utilizando o método dedutivo e tomando como sistema de referência o neopositivismo lógico, analisar a eventual possibilidade de opção da pessoa pela eutanásia, diante das características de irrenunciabilidade e de indivisibilidade dos direitos fundamentais. Partiu de uma menção à historicidade e à positividade dos direitos fundamentais. Em seguida, relacionou a característica geral de irrenunciabilidade dos direitos fundamentais e a propriedade de indivisibilidade do conjunto de tais direitos, salientando a inexistência de desnível hierárquico interno. Tratou de uma definição de eutanásia e de sua distinção relativamente à ortotanásia. Por derradeiro, afirmou a aparente inexistência de incompatibilidade da eutanásia, em determinadas circunstâncias, em relação ao rol de direitos fundamentais constante do ordenamento jurídico em vigor.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Eutanásia. Indivisibilidade.

Abstract

The study has as its goal to analyse the possibility of a person's choice for euthanasia.

Using the deductive method and taking as a reference system the logical neopositivism, before the characteristics of non-renounceability and indivisibility of fundamental rights. It started from a reference to the historicity and positivity of fundamental rights' features. It then related the general characteristic of the non-renounceability of fundamental rights and the indivisibility of all these rights, emphasizing the lack of an internal hierarchical difference. It dealt with a definition of euthanasia and its distinction regarding orthothanasia. At the end, it stated that there was no apparent incompatibility of euthanasia in certain circumstances with respect to the list of fundamental rights contained in the legal system in force.

Key-words: Fundamental Rights. Euthanasia. Indivisibility.

INTRODUÇÃO

O estudo que ora se propõe tem o objetivo de analisar a possível tensão entre os direitos fundamentais à vida e à dignidade, tendo em perspectiva a possibilidade ou não, por parte do indivíduo, de opção legítima pela eutanásia, em vista do ordenamento jurídico positivado.

Utiliza o método dedutivo, toma como sistema de referência o neopositivismo jurídico, e se inicia com o tratamento da definição dos direitos fundamentais, exclusivamente para os fins deste estudo, tendo em vista especialmente as características de irrenunciabilidade e indivisibilidade.

Em seguida, analisa eventuais possibilidades de se admitir a eutanásia, no Brasil, diante do arcabouço jurídico vigente, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais.

DESENVOLVIMENTO

Os direitos fundamentais, em particular, distinguem-se dos demais direitos, em geral, principalmente por serem considerados prerrogativas especialmente inerentes aos seres humanos, em virtude de sua própria característica essencial de humanidade, em determinado contexto normativo.

Silva leciona que tal classe de direitos,

[...] além e referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (2000, p. 182).

Os direitos fundamentais, assim, são identificados e distinguidos por uma séria de características, dentre as quais se pode destacar a historicidade e a positividade, e, também, para os fins deste estudo, a irrenunciabilidade e a indivisibilidade.

Puccinelli Júnior assevera que “[...] os direitos fundamentais surgem e se alteram no tempo e no espaço ao sabor das preferências de cada ordenamento positivo, sendo a sua curva evolutiva o resultado final de um processo lento, gradual e contínuo de afirmação da dignidade da pessoa humana em diferentes campos de atuação” (2013).

A análise dos direitos fundamentais, portanto, em cada cenário particular, depende de uma contextualização histórica e social, e a própria conformação de tais direitos depende das circunstâncias peculiares a cada quadro conjuntural – o que explica não apenas o fato de que o rol de direitos fundamentais varia consideravelmente ao longo da história, mas também de que em uma mesma época a visão sobre esses direitos

difere entre povos distintos.

Ao lado da historicidade, é de se salientar a positividade que caracteriza os direitos fundamentais, no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais:

Se o que chamamos em Filosofia de direitos humanos não são real e essencialmente direitos até que ingressem no ordenamento positivado, é quase inevitável reconhecer que o direito positivo tem para eles caráter constitutivo, porque antes são alguma outra coisa, algo não jurídico, algo que não é exatamente direito (1989, p. 115, tradução nossa).

Assim também, Canotilho pondera que

A *positividade* dos direitos fundamentais afirma-se, em primeiro lugar, na consideração desses direitos como *direitos subjectivos*, isto é, como posições ou pretensões individuais juridicamente accionáveis através de procedimentos e processos específicos previstos e regulados na ordem jurídica (2009, p. 82).

Em suma – e até por conta das consequências de seu caráter histórico – só são considerados direitos fundamentais aqueles que o próprio ordenamento jurídico assim qualifica.

Feitas tais considerações, cabe voltar a atenção para duas outras características gerais que distinguem os direitos fundamentais e que se encontram em aparente tensão: a irrenunciabilidade e a indivisibilidade.

Silva opina que “não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados” (2000, p. 185). Logo em seguida, contudo, o autor ressalva que, “quanto ao caráter absoluto que se reconhecia neles no sentido de imutabilidade, não pode mais ser aceito desde que se entenda que tenham caráter histórico” (SILVA, 2000, p. 185).

Neste mesmo sentido, para Cambi, “[...] pode-se afirmar que o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitações voluntárias, desde que não sejam permanentes nem gerais” (2016).

Por outro lado, é necessário ter em perspectiva que a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, como regra geral, relaciona-se também com a sua indivisibilidade.

Pode-se compreender essa característica sob o ângulo de cada direito fundamental, que constitui uma unidade incindível em seu conteúdo elementar, bem como sob o ângulo dos diversos direitos fundamentais, no sentido de que não se podem aplicar apenas alguns dos direitos fundamentais reconhecidos e ignorar outros (ROTHENBURG, 2014).

Piovesan salienta que, “em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si” (2017, p. 92).

Sob a perspectiva da indivisibilidade, tem-se que os direitos fundamentais não se organizam exatamente como “pilha”, em que um direito funciona como fundamento de outros direitos, em uma escalada hierárquica previamente determinada, ou em que

uma nova “geração” de direitos supera uma anterior; mas como “esfera”, de múltiplas “dimensões”, em que os direitos fundamentais têm sua importância determinada pela coerência do arranjo em que se encontram mutuamente apoiados.

Nesse contexto, é que se deve analisar a questão da eutanásia, a partir da compreensão, mesmo do que seja:

Um aspecto essencial da eutanásia é que ela envolve tirar uma vida humana, seja a sua ou a de outro. Também, a pessoa de quem a vida é tirada tem de ser alguém que se acredita estar sofrendo de alguma doença ou ferimento dos quais a recuperação não é razoavelmente esperada. Finalmente, a ação tem de ser deliberada e intencional. Portanto, eutanásia é tomar intencionalmente a vida de uma pessoa presumivelmente sem esperança (RACHELS e RACHELS, 2014, p. 339 e 340).

A doutrina brasileira, todavia, tem tradicionalmente se posicionado no sentido de inviabilidade absoluta da eutanásia, admitindo, contudo, a suspensão das medidas artificiais de manutenção da vida – o que se denominaria ortotanásia (FRANÇA, 2017, p. 547 a 575).

Do mesmo modo que o direito protege a opção da pessoa por tratamentos menos invasivos ou dolorosos, acolhe também sua consciente decisão de não receber tratamento algum. Ainda que a decisão conduza à morte, não se tem, a rigor, eutanásia (SCHREIBER, 2014, p. 57).

Há quem sugira, mesmo, um alegado dever que pairaria sobre cada pessoa individualmente considerada de suportar as próprias dores que, supostamente, seriam indissociáveis da própria condição humana e, assim, também, da própria noção de dignidade (MAGALHÃES, 2012, p. 145 a 150).

Considera-se, contudo, que, diante da inexistência de desnível hierárquico entre direitos fundamentais e levando em conta sua indivisibilidade, não obstante a característica geral de irrenunciabilidade, seria viável a eutanásia quando a manutenção da vida não pudesse se prolongar senão em absoluto desrespeito à mínima dignidade, naqueles casos em que a pessoa está reduzida a uma condição de saúde inevitavelmente dolorosa, sem perspectivas minimamente razoáveis de recuperação.

James Rachels defendeu, ainda em 1986, raciocínio semelhante, que denominou “argumento da compaixão”, segundo o qual a eutanásia seria justificável quando a cessação da vida for o único modo aparentemente viável de se escapar de uma condição dolorosa terrível, sem perspectivas de recuperação (RACHELS e RACHELS, 2014, p. 334).

Segundo a leitura de Marmelstein, “[...] no caso de uma pessoa que já perdeu a vontade de viver e não mais considera que a sua vida seja digna de ser vivida, a balança está tão equilibrada que o melhor é que a escolha recaia sobre o próprio indivíduo, e não no Estado, que não pode se pautar por dogmas religiosos” (2016, p. 445).

Bizzato, contudo, ao tratar da possibilidade de eutanásia, salienta que “a dor por si só não autoriza a eliminação da vida, deve vir acompanhada da impossibilidade de cura” (2000, p. 556).

É de se observar, aliás, que possivelmente a “[...] dor não se restringe somente

ao aspecto físico, podendo acarretar perda de sentido em manter a vida, em função das circunstâncias apresentadas e em caráter irreversível” (DINIZ, 2013, p. 210).

A ideia é de que, conquanto a eutanásia, mesmo nesses casos, seja apenas uma opção, não se pode negá-la à pessoa que se encontra em situação de dor insuportável e sem perspectiva de cura, e isso com base no direito fundamental à dignidade, ao qual, segundo as premissas do trabalho que ora se propõe, não se sobrepõe qualquer outro direito igualmente fundamental, inclusive a vida.

CONCLUSÃO

Pode-se mencionar, como síntese conclusiva do estudo que ora se apresenta, que os direitos fundamentais são marcados pela historicidade e pela positividade, e que não se encontram organizados em desnível hierárquico interno.

Assim, resta evidente que, não obstante a característica geral de irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, a necessidade de conciliar a indivisibilidade do conjunto de tais direitos faz com que, mesmo no contexto normativo vigente, seja possível cogitar que se abra mão, mesmo que definitivamente, de um determinado direito fundamental, quando há incompatibilidade irreversível do exercício concomitante de um outro direito igualmente fundamental.

Nessa perspectiva, é que se pode admitir a possibilidade de eutanásia, quando a vida não puder continuar sendo vivida, senão ao custo do sacrifício da dignidade, e sem perspectiva de reversão do quadro.

Isto não quer dizer que a eutanásia deva ser vista como medida impositiva, nem tampouco que deva ganhar ares de indicação médica, mas simplesmente que diante do ordenamento jurídico em vigor, é reconhecida a possibilidade de opção, por parte da própria pessoa, independentemente dos exames de conveniência do Estado ou das preferências religiosas majoritárias na sociedade.

REFERÊNCIAS

- BIZATTO, José Ildefonso. *Eutanásia e Responsabilidade Médica*. 2 ed. Leme, SP: LED, 2000.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário [e-book]*. São Paulo: Almedina, 2016.
- CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos*. 2009. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/490>>. Acesso em 9 fev. 2018.
- DINIZ, Denise Pará (coord.) *Guia de Qualidade de Vida: saúde e trabalho*. 2 ed. Barueri, SP: Manole, 2013.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MAGALHÃES, Leslei Lester Anjos. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/API/article/download/3516/36>>

38>. Acesso em 8 ago. 2018.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional [e-book]*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RACHELS, James e RACHELS, Stuart. *A Coisa Certa a Fazer: leituras básicas sobre filosofia moral*. 6 ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais [e-book]*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

O DIREITO DE APRECIÇÃO DO DESPORTO E OS REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

THE RIGHT OF SPORTS SCRUNITY AND THE REFLECTIONS OF THE SYMBOLIC CONSTITUTIONALISATION

Márcia Santos da Silva

RESUMO

Passados 30 (trinta) anos do elevar do desporto ao patamar constitucional, um cenário jurídico-normativo em constante ebulição evidencia o longo caminho a ser percorrido em busca da realização deste direito humano social, por todos os seus sujeitos, notadamente pelo apreciador do desporto, visto ter sido o que mais tempo suportou até a publicação de um instrumento normativo em seu prol, o Estatuto do Torcedor. O referido instrumento normativo somente ingressou no mundo jurídico, 15 (quinze) anos após o reconhecimento constitucional do desporto enquanto direito de cada um; foi alvejado por Ação Direta de Inconstitucionalidade que tramitou durante 09 (nove) anos e o êxito final alcançado, significativo da validação máxima pelas três Funções do Estado, não o pôs a salvo de proposta de revogação integral, conforme Projeto de Nova Lei Geral de Desportos. O efervescente cenário jurídico-desportivo nada mais é que decorrência da constitucionalização simbólica; longe de ser um equívoco ou desvio, há de ser compreendida como reflexo do estágio evolutivo do relacionamento entre Sociedade e Estado e do qual defluem os movimentos em prol da concretização da Lei Maior.

Palavras-Chave: Apreciador do Desporto. Estatuto do torcedor. Constitucionalização Simbólica

ABSTRACT

It has been 30 (thirty) years since the sports has been granted a constitutional level, which is a legal and regulatory scenario in constant turmoil. It has shown there is still a long way to go in order to achieve this social human right, by all the individuals, particularly by the sports lover, who has waited longer for the publication of a regulatory instrument on his or her behalf, The Fan Statute. The aforesaid regulatory instrument entered in the legal world just 15 (fifteen) years after the sports constitutional recognition as a right of each individual. It was targeted by Direct

Unconstitutionality Action which followed legal channels during 9 (nine) years. Consequently, the ultimate success was reached, as a result of a maximum validation by the three Functions of the State, which has not prevented an integral proposal of repeal, according to Sports General New Bill. The lively legal sports scenario is a consequence of the symbolic constitutionalisation; which is not a mistake or a deviation, it has to be understood as a reflection of the evolutionary stage of relationship between the Society and the State and from which movements on behalf of implementation of the Supreme Law derive.

Key words: Sports Lover. Fan Statute. Symbolic Constitutionalisation.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento constitucional do direito ao desporto exige dedicada investigação acerca de seus sujeitos e direitos respectivos, bem como, quanto aos processos infraconstitucionais regulamentadores dos ditames insculpidos na Lei Maior.

Compreendida e estendida ao apreciador do desporto a condição de sujeito do fato desportivo, de grande importância é o estudo do instrumento normativo regulamentador deste direito humano social, qual seja, o Estatuto do Torcedor, veiculado pela Lei nº 10.671/2003, assim como seus reflexos e impactos, desde a tardia entrada em vigor até recente proposta de revogação, inserta em Projeto de Nova Lei Geral de Desportos.

O efervescente cenário jurídico-desportivo, decorridos 30 (trinta) anos da constitucionalização do desporto, evidencia as inúmeras barreiras a serem transpostas pela sociedade em busca da concretização do Texto Constitucional.

1 O DIREITO CONSTITUCIONAL DE APRECIÇÃO DO DESPORTO

Há trinta anos o desporto ascendeu ao patamar constitucional, de forma inédita, reconhecido então, como um direito de cada um. O elevar do desporto à categoria de um direito social consagrado pela Lei Maior, deu-se como parte do processo de democratização do País levado a cabo por Assembleia Constituinte comprometida e determinada à produção de um Texto Constitucional que acolhesse a dignidade da pessoa humana como sua viga mestra.

O art. 217 da Constituição Federal, ao reconhecer o desporto enquanto direito de cada um, convoca o intérprete a uma honesta e responsável investigação de sua significação, a fim de se bem compreender o seu exato sentido e alcançar a todos os seus sujeitos. O esporte é incontestável fato social revelador do estágio cultural de cada povo:

Os desportos sublinham o estado de cultura de cada povo. Os fundamentos, as revelações e os resultados das provas desportivas refletem marcas que interessam ao mapa sociológico de qualquer nação. Os desportos põem em cena o grau de cultura atingido por cada povo, sobretudo nas competições de caráter internacional, como são, por exemplo, as que se reúnem no calendário dos Jogos Olímpicos. [...] O estado da cultura de um povo pode ser auscultado através das atividades e preferências desportivas. (LYRA FILHO, 1973, p. 80)

O movimento desportivo, segundo Lyra Filho, pode ser destacado em dois fatos, exibição e competição:

O espírito criador do direito desportivo não se limita à cultura dos que se dedicam à prática do desporto; difunde-se em relação a quantos participam do seu movimento. Ele deve fortalecer a conduta de todos os desportistas, dentro ou fora da área reservada às provas. **O movimento desportivo que o direito observa é realçado à vista de dois fatos: a exibição e a competição.** A competição é a prova que demonstra a capacidade puramente desportiva. **A exibição é o espetáculo, a manifestação do interesse social que a prova desportiva tenha capacidade de animar. Quanto maior a capacidade de animação, maior a capacidade do espetáculo.**(LYRA FILHO, 1952, p. 100, destaque do autor)

Ainda que se considere a diversidade das predileções desportivas ao redor do mundo, é fato incontestável o alcance da esfera jurídica do apreciador:

La capacidad del deporte para generar pasiones y su aptitud para despertar el sentimiento de pertenencia a una colectividad, actuando como indudable cohesionador social, despertaron pronto interes de los poderes públicos, ló que dio lugar, a partir de los años 30 del passado siglo y de la mano dos regímenes totalitários, a unas primeras y burdas intervenciones que tenían por objeto la instrumentalizacion política del potencial dinamizador del deporte. (FERRER, 2010, p. 4)

A regulamentação infraconstitucional por meio de Lei Geral sobre desportos deu-se aos 6 de julho de 1993, com a entrada em vigor da Lei nº 8672, a Lei Zico. Em menos de cinco anos de vigência, a Lei Zico foi revogada pela Lei nº 9.615 de 24 de março de 1998, a Lei Pelé, então vigente Lei Geral sobre desportos no Brasil. A Lei Pelé, em 20 anos de vigência, sofreu 13 (treze) significativas modificações legislativas, estando a tramitar, no corrente ano de 2018, Projeto de Nova Lei Geral do Esporte e que a deve revogar. Essa inegável volubilidade normativo-desportiva para além da instabilidade é reveladora do fenômeno que Professor Marcelo trata em sua obra de mesmo título, a constitucionalização simbólica:

A ‘constitucionalização simbólica’, ao contrário, configura-se somente nas situações em que os procedimentos eleitorais, legislativos, judiciais e administrativos, como também o comportamento dos grupos e indivíduos em geral, descumprem as disposições constitucionais ou delas desviam-se, de tal maneira que o discurso constitucionalista torna-se, antes de tudo, um álibi.(NEVES, 2013, p. 113)

À sociedade, a efetivação deste direito humano social insculpido no Texto Constitucional, aos 05 de outubro de 1988, ainda carece de longa caminhada.

2 LEI Nº 10.671/2003: O ESTATUTO DO TORCEDOR

Aos 15 de maio de 2003, entra em vigor a Lei nº 10.671, dispondo sobre o Estatuto do Torcedor e dando outras providências, após quinze (15) anos do inédito reconhecimento constitucional do desporto como direito de cada um. Constou da exposição de motivos do Projeto da Lei nº 10.671/2003:

A organização desportiva do País integra o patrimônio cultural brasileiro e é de elevado interesse social, impondo ao Poder Público o dever de promovê-lo e protegê-lo, nos termos da Constituição da República.

O torcedor é um elemento importante para sobrevivência e desenvolvimento do esporte, porém, a cada dia, se vislumbram fatos em que seus direitos humanos e de consumidor são flagrantemente desrespeitados.

Trata-se do verdadeiro financiador desse patrimônio, merecendo ter sua paixão reconhecida e valorizada, com a garantia de que as competições que aprecia e participa se constituam em eventos honestos, transparentes e equânimes. (BRASIL, PROJETO DE LEI nº 7.262/2002).

Aos 17 de julho de 2003, foi protocolada no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei nº 10.671 de 15 de maio de 2003, pelo Partido Político Progressista – PP e mais de 20 (vinte) Agremiações Desportivas intentaram o ingresso na condição de *amici curiae* e somente não obtiveram êxito, dada a preclusão consumativa da pretensão. A referida ADI tramitou perante o Supremo Tribunal Federal por 9 (nove) anos e neste ínterim a Lei nº 10.671/2003 chegou a ser alterada pela Lei nº 12.299/2010, estando o Acórdão que por unanimidade confirmou a constitucionalidade do Estatuto do Torcedor, datado aos 23 de fevereiro de 2012, ou seja, transcorridos 24 (vinte e quatro) anos da inserção do desporto como direito de cada um, no Texto Constitucional. Em seu voto, acompanhado por unanimidade, o Ministro Relator da ADI nº 2937, César Peluso, destaca:

O esporte é, aliás, um dentre vários e relevantes direitos em jogo. As disposições do Estatuto homenageiam, *inter alia*, o direito do cidadão à vida, à integridade e incolumidade física e moral, inerentes à dignidade da pessoa humana, à defesa de sua condição de consumidor, ao lazer e à segurança. (BRASIL, STF, ADI 2937, destaque do autor)

Os motivos expostos no Projeto de Lei nº 7.262/2002 e que deu origem à Lei nº 10.671/2003, foram ratificados ao longo de 24 anos, desde a constitucionalização do direito ao desporto até a unânime rejeição do processo declaratório de inconstitucionalidade ao qual foi submetido, ainda assim, a correspondente concretização de seus ditames segue a espera da adequação social aos seus moldes.

3 A TUTELA DOS DIREITOS DO APRECIADOR DO DESPORTO E O EMBLEMÁTICO MANEJO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O estudo do Direito Desportivo pressupõe o desvendar de suas esferas pública e privada, nos exatos termos do comando constitucional insculpido no art. 217 da Constituição. Ao mesmo tempo em que restou assegurado a cada um, o direito ao desporto prestigiou-se a autonomia das entidades de administração e prática, no que concerne à sua organização e funcionamento, assim como a autonomia da *Lex Sportiva* ou Direito Desportivo puro e supranacional.

O §1º, do inciso IV, do art. 217 da Constituição, ao reconhecer e definir a competência da Justiça Desportiva, condicionando o acesso ao Judiciário somente após

o esgotamento de suas instâncias, no que concerne à disciplina e às competições desportivas, estabelece que a mesma há de estar regulada em lei.

O Estatuto do Torcedor é o instrumento normativo regulamentador dos ditames constitucionais, no que concerne ao sujeito do fato desportivo que não sendo praticante, tampouco entidade de administração, concretiza o seu direito ao desporto por intermédio da apreciação, e não faz sentido alijá-lo das demais garantias constitucionais às quais fazem jus os demais sujeitos deste mesmo direito, dentre elas o de uma Justiça Desportiva regulada em lei.

O Código Brasileiro de Justiça Desportiva, além de não constituir o instrumento normativo determinado pela Constituição Federal, visto que se trata de Resolução do Conselho Nacional de Esporte, órgão do Poder Executivo do Estado, estabelece, em confronto com os dizeres do Estatuto do Torcedor:

Art. 133. Proclamado o resultado do julgamento, a decisão produzirá efeitos imediatamente, independentemente de publicação ou da presença das partes ou de seus procuradores, desde que regularmente intimados para a sessão de julgamento, salvo nas hipóteses de decisão condenatória, cujos efeitos produzir-se-ão a partir do dia seguinte à proclamação.(BRASIL. CBJD, MANCILHA, 2012, p. 102)

No final do ano de 2013, questão envolvendo os referidos instrumentos normativos e cujo deslinde perante a Justiça Desportiva implicaria, como de fato implicou, no rebaixamento de agremiação desportiva à divisão inferior, recebeu o seguinte julgamento pelo Tribunal Desportivo da modalidade:

ARTIGO 214 CBJD. ESCALAÇÃO IRREGULAR DE ATLETA. VALIDADE DO ARTIGO 133 DO CBJD. INAPLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL. PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA DA COMPETIÇÃO. **INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DO TORCEDOR.** IMPERATIVIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA NA COMPETIÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. DECIO NEUHAUS - Auditor. (BRASIL. STJD, PROCESSO nº 320/2013, destaque nosso)

Ao apreciador do desporto não é admitida a participação processual perante a Justiça Desportiva:

O Estatuto do Torcedor, diferente do CBJD e da Lei Pelé, não possui qualquer ligação com as partes do processo desportivo, apesar do que se tentou fazer crer ao longo desta causa, seja através da tese apresentada pela Portuguesa em primeira instância, seja através da imprensa publicando artigos jurídicos que pegam carona na tese apresentada pela Portuguesa. (BRASIL. STJD, PROCESSO nº 320/2013, destaque nosso)

Perante a Justiça Comum, as demandas individuais de torcedores não alcançaram melhor sorte:

(...)

Trata-se de ação proposta sem a observância do disposto no art. 217, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, que preleciona a

necessidade da submissão da questão à análise da Justiça Desportiva, sendo certo que, sem a superação de todas as suas instâncias, não se admitirá a propositura de ações perante o Poder Judiciário. (...)

Do exposto, INDEFIRO a petição inicial e JULGO EXTINTO o processo sem análise do mérito, com fundamento do art. 267, incisos I e VI, do CPC. Sem custas na forma da lei. P.R.I.C. São Paulo, 16 de Janeiro de 2014. (BRASIL. TJSP. PROCESSO n° 1000370.2014.8.26.0004)

O emblemático manejo da Ação Civil Pública, instrumento alicerçante da tutela coletiva no Brasil, em favor dos apreciadores do esporte, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, constitui marco histórico e digno de dedicada análise; por seu intermédio deu-se o que se pode chamar de terceira ratificação do Estatuto do Torcedor e legitimação do apreciador enquanto sujeito de direito ao esporte, amparado constitucionalmente

A Promotoria do Consumidor da Cidade de São Paulo, defendendo a tutela coletiva dos interesses do consumidor do esporte, enfrentou a questão da publicidade das decisões da Justiça Desportiva como requisito para sua validade.

No que concerne aos direitos do apreciador do esporte, os bloqueios mencionados por Professor Marcelo Neves apresentaram-se nas mais variadas formas: reconhecimento constitucional tardio, seguido pela regulamentação igualmente tardia; submissão ao controle constitucional concentrado e por fim a rejeição, a desconsideração do conteúdo do texto normativo positivado.

4 O PROJETO DE NOVA LEI GERAL DO ESPORTE E A REVOGAÇÃO DO ESTATUTO DO TORCEDOR

O trigésimo aniversário da Constituição Federal encontrou em curso Projeto de uma Nova Lei Geral de Desportos, materializando a terceira tentativa de regulamentação do art. 217 do Texto Constitucional. Análise quantitativa e qualitativa das alterações legislativas, desde a constitucionalização do direito ao esporte, estando em andamento um novo projeto de Lei Geral e que mais uma vez veiculará mudanças significativas, dentre elas a proposta de revogação do Código Brasileiro de Justiça Desportiva – CBJD e do Estatuto do Torcedor, revelam que a almejada estabilidade nesta seara do Direito ainda está longe de ser alcançada.

A veiculação do CBJD por meio de Resolução do Conselho Nacional de Esporte, órgão do Poder Executivo do Estado, já não obedecia ao ditame constitucional e sua revogação, por óbvio, menos ainda.

Sobre a Justiça Desportiva, consta do Projeto de Nova Lei Geral do Esporte o registro de sua natureza privada, não estatal, estabelecendo-se a liberdade para sua instituição e facultando a adoção de procedimentos de arbitragem, conforme consta do art. 237.(BRASIL, SENADO FEDERAL, PROJETO NLGD n° 68/2017)

A Justiça Desportiva representa a intersecção entre as ordens jurídicas desportiva estatal e não-estatal e alcança a esfera jurídica de todos os sujeitos do fato desportivo; destes, apenas ao apreciador não está assegurada a participação no processo desportivo. O Estatuto do Torcedor, Lei n° 10.671/2003, traz em capítulo específico, a relação do apreciador do esporte com a justiça desportiva, em três artigos, a saber, art. 34, 35 e 36.

O Projeto tratou de diferenciar as figuras do consumidor e do apreciador do esporte, fazendo constar de seu art. 187 a definição de consumidor para fins de

aplicação da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, como sendo aquele que adquire o ingresso ao local das partidas e no art. 228, definiu como torcedor todo aquele que aprecie ou apoie organização desportiva, consumidor ou não. (BRASIL, SENADO FEDERAL, PROJETO NLGD nº 68/2017)

O Estatuto do Torcedor, ao não fazer distinção entre consumidor do evento desportivo e torcedor, estende sua proteção a todos os apreciadores do desporto, quer tenham adquirido ingresso para acesso ao local do evento esportivo ou não e mais, estabelece a presunção da condição de apreciadora do desporto a toda sociedade brasileira, sem prejuízo da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, conforme consta de seu art. 40.

O restringir da garantia protetiva da Lei nº 8.078/90 apenas àqueles que adquirem ingressos para o acompanhamento de partidas no interior das praças de desportos, ao mesmo tempo em que se apregoa a revogação da Lei nº 10.671/2003, configura retrocesso e depõe em desfavor da alegada intenção consolidatória do Projeto de Nova Lei Geral, no que diz respeito ao apreciador do desporto.

CONCLUSÃO

Passados 30 (trinta) anos do elevar do desporto ao patamar constitucional, um cenário jurídico-normativo em constante ebulição evidencia o longo caminho a ser percorrido em busca da realização deste direito humano social.

Dentre todos os sujeitos do fato desportivo, há de se reconhecer as agruras suportadas pela sociedade apreciadora do desporto. O Estatuto do Torcedor somente ingressou no mundo jurídico, 15 (quinze) anos após o reconhecimento constitucional do desporto enquanto direito de cada um; alvejado por Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tramitou durante 09 (nove) anos, o êxito final significativo da validação máxima pelas três Funções do Estado não o pôs a salvo de proposta de revogação integral, conforme Projeto de Nova Lei Geral de Desportos.

Os inúmeros bloqueios tolerados pelo referido instrumento normativo, apresentados nas mais variadas formas: reconhecimento constitucional tardio, seguido pela regulamentação igualmente tardia; submissão ao controle constitucional concentrado e inúmeros episódios de rejeição e desconsideração de seu conteúdo e por fim o risco iminente de revogação revelam que à concretude do Texto Constitucional não basta o elevar do direito a este mais alto posto do ordenamento jurídico nacional, menos ainda que a regulamentação se dê dentro dos trâmites processuais democráticos admitidos pelo Estado de Direito, faz-se necessário que o corpo social evolua e caiba nos preceitos constitucionalizados simbolicamente.

A constitucionalização simbólica, longe de ser um equívoco ou desvio, há de ser compreendida como reflexo do estágio evolutivo do relacionamento entre Sociedade e Estado, e do qual dependem e decorrem os movimentos em prol da concretização dos preceitos eleitos para serem insculpidos na Lei Maior; forçoso admitir que este é o cenário pelo qual transita o direito ao desporto no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 7.262/2002. Dispõe sobre o Estatuto do Torcedor e dá outras providências*. Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichatramitacao?idProposicao=96076>. Acesso em 28 ago. 2018.

_____. Código Brasileiro de Justiça Desportiva in MANCILHA, Hudson Luiz França org. *Coletânea de Legislação Desportiva de Futebol*. Pará de Minas: Virtual Books, 2012.

_____. *Código Brasileiro de Justiça Desportiva – Reformado pela Resolução CNE nº 29, de 10.12.2009*. Instituto Brasileiro de Direito Desportivo. São Paulo: IOB, 2010.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Lei nº 10.671 de 15 de maio de 2003, dispõe sobre o Estatuto do Torcedor e dá outras providências* in MANCILHA, Hudson Luiz França org. *Coletânea de Legislação Desportiva de Futebol*. Pará de Minas: Virtual Books, 2012.

_____. Senado Federal. *Projeto de Nova Lei Geral de Desportos nº 68/2017*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5156310&disposition=inline>. Acesso em 07 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça Desportiva. *Acórdão Recurso Voluntário Processo nº 320/2013*. Pleno. Relator Auditor Décio Neuhaus. Rio de Janeiro, 27 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://cdn.cbf.com.br/content/stjd/acordao/f474fb9801e6b1cef89871b083cb4981.pdf>. Acesso em 22 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2937*. Ministro Relator – César Peluso. Data Julgamento: 23 de fevereiro de 2012. Votação Unânime. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2086302>. Acesso em 08 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Foro Regional IV – Lapa. 1ª Vara do Juizado Especial Cível – *Processo nº 1000370-2014.8.26.0004 – Autor: Adelino de Aguiar Raposo. Requerida: Confederação Brasileira de Futebol e outro*. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em 21 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1014580-24.2014.8.26.0100. 43ª Vara Cível do Foro Central Cível. Ação Civil Pública*. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requerido: Confederação Brasileira de Futebol e outro. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em 21 out. 2015.

CRUZ, Antônio Holzmeister Oswaldo. *A Nova Economia do Futebol: uma análise do processo de modernização de alguns estádios brasileiros*. 2005. 123f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2005.

FERRER, Gabriel Real. *Bases y principios del derecho del deporte*. Master em Derecho Deportivo, Lérida: Espanha, 2010-2012.

LOEWENSTEIN, 1975 *apud* NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

LYRA FILHO, João. *Introdução à Sociologia dos Desportos*. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1973.

_____. *Introdução ao Direito Desportivo*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1952.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

**ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E ESTADO MÍNIMO: PROPOSTA DE
CONCILIAÇÃO**

**WELFARE-STATE AND NIGHT-WATCHMAN STATE: CONCILIATION
PROPOSAL**

AUTOR

GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO

guilherme.pbh@hotmail.com

Aluno (especial) do Curso de Doutorado em Direito da UNIMAR

ORIENTADOR

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA

borgesdeoliveira@usp.br

Docente do Curso de Doutorado em Direito da UNIMAR

RESUMO

A liberdade econômica promove a geração de empregos e riquezas capazes de melhorar a qualidade de vida dos cidadãos. Com uma maior renda disponível, há melhora em vários aspectos da vida do indivíduo, especialmente na educação, segurança, saúde física e mental, gerando o que se entende por “bem-estar”. A Revolução Industrial e as novas descobertas da Medicina e engenharia de alimentos dos últimos anos, especialmente nos períodos pós-guerra, elevaram o padrão de vida mínimo e o que se entende por dignidade humana. Preocupados com os menos favorecidos, as teorias assistencialistas têm difundido a redistribuição de rendas e recursos para gerar bem-estar aos cidadãos. Criar um sistema sustentável, em que o custo ao governo e ao povo atenda a contribuições razoáveis não é tarefa fácil. Economistas e cientistas políticos têm defendido que o Estado Mínimo, com menos interferências e medidas protetivas, garante uma qualidade de vida maior do que o próprio modelo de *Welfare*. Muitos estudos têm concluído que, quanto maior a liberdade econômica, maior a renda *per capita*, o índice de desenvolvimento humano, bem-estar, felicidade e expectativa de vida da população. Será discutido o papel do Estado na economia e livre-iniciativa e até que ponto pode e/ou deve agir para promover o bem-estar de seus cidadãos através de mecanismos redistributivos.

Palavras-chave: Estado Mínimo. Liberdade. *Welfare State*.

ABSTRACT

The economic freedom promotes job creation and riches able of improving the citizens' quality of life. With a bigger income available, there is improvement in various aspects of an individual's life, specially in education, security, mental and physical health, generating what is meant by “welfare”. The Industrial Revolution and the new discoveries in Medicine and food engineering of past years, especially post-war period, raised the minimum standard of living and the understanding of human dignity. Concerned with the disadvantaged, the assistentialist theories have spread the redistribution of income and resources to promote welfare for the citizens. To create a sustainable system, in which the cost to the government and the people meets reasonable contributions is not an easy task. Economists and political scientists have argued that the Night-Watchman State, with less interferences and protective measures,

ensures a bigger quality of live than the Welfare model itself. A lot of studies have concluded that, the bigger the economic freedom, the bigger the per capita income, human development, welfare, happiness and life expectancy. Will be discussed the role of the State on economy and free-initiative and how far can and/or should act to promote the welfare among the citizens using redistributive mechanisms.

Keywords: Night-Watchman State. Freedom. Welfare State.

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país com pouca liberdade econômica. Problemas como integridade do governo e seus gastos, eficiência regulatória e a dificuldade de empreender, o colocaram na posição n.º 153 na lista da de Liberdade Econômica da Fundação Heritage, atrás de países como Uzbequistão e Serra Leoa.

A enorme dificuldade de iniciar uma atividade econômica e obter lucros num período razoável de tempo, aliado à alta carga tributária e aos entraves burocráticos, desestimula possíveis empreendedores e faz com que muitos recorram à informalidade.

Uma população que gera poucas riquezas necessita de muita assistência do Estado, o que acaba gerando enormes gastos públicos para se atingir um padrão de vida minimamente digno. Os mecanismos de distribuição de renda no Brasil devem ser repensados, de modo a melhorar a vida do cidadão, ofertando-lhe maiores oportunidades de empreender, trabalhar e gerar riquezas.

DESENVOLVIMENTO

Seguindo os passos de Angus Deaton, o termo *bem-estar* será utilizado “para designar todas as coisas que fazem bem a uma pessoa, que ajudam a tornar a vida melhor. Abrange bem-estar material, como renda e riqueza; bem estar físico e psicológico, na forma de saúde e felicidade; além de educação e da chance de participar da sociedade por meio da democracia e do Estado de direito.” (2017, p. 33).

Para Outhwaite e Bottomore, o objetivo, no período pós-Segunda Guerra Mundial, era combater os cinco maiores males da sociedade: “a escassez, a doença, a ignorância, a miséria e a ociosidade” (1996).

Para combater as desigualdades sociais, o Brasil, regido por uma Constituição extremamente garantista, adota medidas assistencialistas para promover o desejado bem-estar de seus cidadãos. Ocorre que, do modo que está implementado, o sistema não é viável e tem onerado demasiadamente os cofres públicos.

É papel do Estado, mesmo que em uma postura absenteísta (não regular, não tributar, etc.) permitir que seja fomentada as atividades geradoras de riquezas pelo particular, como a industrialização e o comércio em regiões improdutivas e carentes.

Quanto mais pobre um país, mais difícil se torna sustentar um modelo majoritariamente assistencialista, pois, maiores são os encargos e menores são as contribuições. É o fenômeno identificado por Esping-Andersen na América Latina, em que alguns dos problemas do desgaste dos sistemas de repartição de renda seriam a pouca quantidade de contribuintes e a prevalência da informalidade, com distribuição de renda desigual (1990).

No Brasil, “a situação prevalecente de informalidade e pobreza da força de trabalho” (IVO, 2018) mina os recursos do Estado, e não é difícil imaginar o porquê. Quem mais faz uso dos serviços públicos é a parte da população que não contribui ou contribui muito pouco para os programas sociais.

O próprio Estado não cria condições favoráveis para que o cidadão saia dessa situação de informalidade e produza mais riquezas. A alternativa que tem se mostrado mais eficaz é adotar uma postura de viés libertário, com estímulos e incentivos à livre iniciativa e regulação mínima. O modelo tem mostrado resultados muito satisfatórios em países como Hong Kong, Singapura e Nova Zelândia⁸

A interferência estatal deve ser mínima, mas eficaz e contundente. Deve, por um lado, promover o livre mercado, estimular a indústria e criar um cenário favorável para investidores; por outro, ater-se a questões como a segurança dos cidadãos, com produtos que não forneçam riscos, criar leis que protejam a saúde dos trabalhadores, regulamentar a previdência social de maneira a atender a nova realidade – em que as pessoas vivam mais, podendo contribuir por um período maior etc.

É importante evitar medidas como o protecionismo. O livre mercado eleva o padrão de qualidade dos produtos oferecidos – quanto maior a competição entre os fornecedores, maiores vantagens o cidadão terá na hora de escolher um produto ou serviço. Ademais, empresas ruins e ineficientes não devem ser protegidas: o custo à sociedade é muito alto.

Além do livre mercado, uma alternativa para reduzir a informalidade e melhorar a mão de obra qualificada, é o (tão falado) investimento na educação de base. O Brasil é muito deficiente em investimentos nos ensinos fundamental e médio, mas o ensino superior chega a níveis europeus, como se conclui do estudo “Um Olhar sobre a Educação” da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)⁹. Essa disparidade coloca aqueles com menos oportunidades de estudo (ante a necessidade de trabalhar muito cedo) numa situação difícil de sair.

Uma solução seria a criação de leis que, em conjunto com a iniciativa privada, promovesse cursos de especialização técnica.

Legislações nesse sentido poderiam atrair mais investimentos no país – regras bem definidas trazem segurança jurídica para o mercado.

Um país livre é próspero e rico – quanto maior a liberdade, maior o índice de desenvolvimento humano (é que se verifica ao observar os relatórios de IDH da ONU). A Fundação Heritage, em um estudo realizado sobre a liberdade econômica, demonstrou que, quanto maior a liberdade, maior o padrão de vida e renda *per capita* dos cidadãos¹⁰.

Um estudo realizado por Angus Deaton (2017, p. 46) na China, revela que, quanto maior o PIB *per capita*, maior a expectativa de vida da população. Na ocasião, uma renda de US\$ 5.000,00 dólares ou menos, refletia numa expectativa de vida por volta de 50 anos, ao passo que uma renda de US\$ 40.000,00 dólares ou mais, apresentava uma longevidade de 80 anos ou mais.

Aproveitando o estudo chinês, um exemplo de como a intervenção do Estado na economia e na vida dos cidadãos pode ser extremamente desastrosa é o do “Grande Salto para a Frente” de Mao Tsé-Tung, que ocorreu entre os anos de 1958 e 1960.

Objetivando ultrapassar a produção da União Soviética, o governo chinês criou metas inatingíveis de produção, escravizando sua população a trabalhar em prol

⁸ Disponível em: <https://www.heritage.org/index/ranking> Acesso em: 15.10.2018.

⁹ Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/ocde-brasil-esta-entre-os-que-menos-gastam-com-ensino-primario-mas-tem-investimento-europeu-em-universidade.ghtml>

¹⁰ THE HERITAGE FOUNDATION. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/book/chapter-2> Acesso em: 15.10.2018.

do Estado. O resultado catastrófico foi a morte de 45 milhões de chineses pela fome, enquanto a propaganda oficial vendia a imagem de um povo feliz e de uma economia próspera (TRIGO, 2018).

Outro caso interessante a ser estudado é o de países extremamente pobres da África, que recebem ajuda – quase integral – de outros países, como Estados Unidos, Europa e Reino Unido. Angus Deaton afirma que os governos dependem de seu povo para recolher impostos e funcionar, providenciando serviços. Quando tais governos recebem todo o dinheiro através de ajuda, não há essa correlação, o que é muito corrosivo¹¹.

A simples doação de recursos não promove o desenvolvimento e crescimento econômico de um país. De acordo com um estudo de William Easterly (2018)¹² sobre a ajuda humanitária à África, compreendido entre os anos de 1970 e 1999, quanto maior o socorro, menor o crescimento *per capita*.

O assistencialismo demasiado, conforme se vê, produz indesejável ociosidade – que motivação um indivíduo que recebe tudo que necessita terá de trabalhar, estudar e gerar riquezas? Não se nega a necessidade de tutelar vulnerável, no entanto, ela precisa ser na medida necessária para retirar (esse é o ponto fulcral) o sujeito da situação de vulnerabilidade.

Ademais, por não haver o recolhimento de tributos, o povo não tem a sensação de que suas reivindicações são legítimas a obrigar o governo a tomar as medidas necessárias para tirar todos daquela situação de pobreza e estagnação.

CONCLUSÃO

Como foi apresentado, o Estado deve promover e estimular a liberdade econômica, concentrando e limitando seus esforços em assuntos extremamente relevantes, como a saúde, segurança, educação e economia.

Ao permitir que a livre-iniciativa floresça, sem entraves burocráticos e interferências demasiadas, o Estado Mínimo (ou Minarquia), mostra ser capaz de promover, em uma análise pragmática e histórica, um maior bem-estar social do que o próprio modelo do *Welfare State*.

REFERÊNCIAS

- DEATON, Angus. *A grande saída – Saúde, riqueza e as origens da desigualdade*. Tradução de Marcelo Levy. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2017.
- EASTERLY, William. *Can Foreign Aid Buy Growth?*. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/10/13/why-trying-to-help-poor-countries-might-actually-hurt-them/?noredirect=on&utm_term=.2679cdd9b361 Acesso em: 17.10.2018.
- ESPING-ANDERSEN, G. *The three worlds of welfare capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

¹¹ Disponível em: https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/10/13/why-trying-to-help-poor-countries-might-actually-hurt-them/?noredirect=on&utm_term=.2679cdd9b361 Acesso em: 15.10.2018.

¹² EASTERLY, William. *Can Foreign Aid Buy Growth?*. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/10/13/why-trying-to-help-poor-countries-might-actually-hurt-them/?noredirect=on&utm_term=.2679cdd9b361 Acesso em: 17.10.2018.

G1 – GLOBO. TRIGO, Luciano. Mao e o grande salto para a frente: um catálogo de horrores. Disponível em: <http://g1.globo.com/pop-arte/blog/maquina-de-escrever/post/mao-e-o-grande-salto-para-fome-um-catalogo-de-horrores.html> Acesso em: 16.20.2018.

IVO, Anete Brito Leal. Regimes de Bem-estar e pobreza na América Latina. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792007000200001 Acesso em: 17.10.2018.

OUTHWAITE, W.; BOTTOMORE, T. Dicionário do pensamento social do século XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1996.

THE HERITAGE FOUNDATION. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/book/chapter-2> Acesso em: 15.10.2018.

BIOPOLÍTICA E A MORALIDADE PARALELA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

BIOPOLITICS AND PARALLEL MORALITY IN THE PUBLIC ADMINISTRATION

MATHEUS SILVA DE FREITAS
cartfreitas@gmail.com

PATRÍCIA SILVA DE ALMEIDA
patriciadealmeida3110@gmail.com

JONATHAN BARROS VITA
Orientador - Universidade de Marília
jbvita@gmail.com

RESUMO

O presente artigo teve como propósito analisar os problemas advindos da moralidade paralela no âmbito do exercício das funções públicas, gestado a partir das premissas teóricas de definição de biopolítica originárias na filosofia desconstrutivista de Michel Foucault. Questiona-se acerca da aplicação dos princípios que regem a administração pública, mormente, o princípio da moralidade - definição e aplicabilidade -, analisando a problemática da moralidade paralela as repercussões negativas das ações que violem as atividades desenvolvidas pela administração pública, aptas a corrigir eventuais abusos de poder praticados.

Palavras-chave: Administração pública; Biopolítica; Moralidade administrativa.

ABSTRACT

The purpose of this article is the problems arising from parallel morality in the exercise of public functions, based on then theoretical premises of definition of biopolitics originating from the deconstructivist philosophy of Michel Foucault. It is questioned about the application of the principles governing public administration, especially the principle of morality – definition and applicability -, analyzing the problem of parallel

morality, the negative repercussions of actions that violate the activities developed by the public administration, able to correct eventual abuses of power.

Keywords: Administrative morality; Biopower; Biopolitics; Public administration.

INTRODUÇÃO

Vivemos num contexto socioeconômico marcado por acentuada crise Institucional, por parte do Estado, reveladora de constante violação a valores éticos necessários ao exercício das funções públicas. Sob esse contexto, buscar-se-á analisar a problemática moralidade paralela no exercício das funções públicas, e a sua implicação no âmbito da biopolítica exercido pelo Estado, segundo a visão de Michel Foucault, a qual passamos a descrever.

1 BIOPODER E BIOPOLÍTICA PELA FILOSOFIA DESCONSTRUTORA DE MICHEL FOUCAULT

O Estado tem evidenciado, constantemente, através da história contemporânea, a legitimidade e a tentativa de dirigir as ações humanas.

A evolução social através do cumprimento das expectativas legítimas da coletividade em que se insere, pois seja, do povo que lhe outorgou poder de atuação, sem, contudo, afetar o núcleo decisório daquilo que deva integrar a liberdade existencial, no seu aspecto individual, sendo o exercício do poder do estado, diante de todo esse contexto, naturalmente sofreu mutação, e aqui se inserem as perspectivas de Biopolítica.

Biopolítica (ou biopoder) expressão de Michel Foucault, analisa os diversos núcleos de poder existentes no cerne das relações sociais, seja na relação dos indivíduos entre si, destes em face do Estado, e deste em face daqueles, naquilo que designou como aferição da microfísica do poder. Ademais, identificou a mudança e sofisticação dos instrumentos de exercício do poder a partir da evolução social experimentada - sobretudo - a partir do Século XVIII.

A doutrina jus-filosófica e política clássica focalizava-se na compreensão da definição de poder, suas espécies e características, tal como a natureza jurídica de legitimação do poder do Estado. Michel Foucault, através da análise da microfísica do poder, estuda o elemento “poder” de forma aberta e dinâmica, no cerne das relações sociais, e não como algo estático e centralizado pelo Estado.

Na acepção representa, o biopoder, como o poder exercido sobre a vida humana, em seus aspectos físicos, morais e intelectuais/rationais, através de técnicas que foram sendo aprimoradas - sobretudo - a partir do Século XVII, e que não tem no uso da força e coação física a sua matriz eficaz, mas sim através de estratégias pautadas na indução de comportamentos, visando o atingimento de determinados fins.

O poder disciplinar, a biopolítica, os instrumentos de ensino (Escolas, Faculdades etc), a estrutura e dinâmica das relações socioeconômicas, as ações políticas por parte do Estado, dentre outros fatores, passam a ser vistos como instrumentos aptos a influenciar - decisivamente - o âmbito decisório do ser humano, em todos os aspectos integrantes da sua vida (FOUCAULT, 2008).

A evolução socioeconômica experimentada com o advento da urbanização, o florescimento da primeira Revolução industrial, a necessidade de pacificação social e

organização das relações socioeconômicas como um todo, os reconhecimento dos direitos fundamentais de caráter individual e coletivo, conquistados pelos indivíduos, correspondem a fatores decisivos para a criação das novas tecnologias de poder desenvolvidas e destinadas ao controle - macro e micro - do comportamento humano, a partir de novas perspectivas.

2 A BIOPOLÍTICA À LUZ DA MORALIDADE PARALELA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio da moralidade administrativa, encartado no Art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, deve conduzir a atuação de todo e qualquer agente exerce a função pública, diferindo, em parte, da moral comum, porquanto as ações exercidas no âmbito da Administração Pública são feitas sob a primazia da satisfação do interesse público primário, e não do interesse particular de quem o pratica. É princípio que conduz a uma atuação pautada nas expectativas sociais legítimas, dentro de “padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade, incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração” (ARAÚJO, 2010, p. 79).

A expressão ‘moralidade paralela’ advém dos estudos traçados pelo administrativista Argentino Agustín Gordillo, para quem uma das grandes problemáticas da Administração pública contemporânea corresponde ao efetivo controle das práticas administrativas pautadas não no interesse coletivo, mas sim em interesses escusos do agente público, particulares, muitas vezes de difícil verificação.

Em que pese a estruturação e aprimoramento das instituições e instrumentos de controle dos princípios e regras que pautam o exercício da função administrativa, sobretudo a partir do advento da Constituição Federal de 1988, muitas são as situações em que se mostra inviável a efetiva análise acerca do cumprimento da moralidade administrativa, seja por se tratarem - por vezes - de matérias de alta complexidade, ou, ainda, por corresponderem a questões afetas a relativa discricionariedade que possui o Administrador público. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro aponta: “moral paralela da Administração Pública é um problema crucial de nossa época, por deixar sem qualquer sanção atos que, embora legais, atentam contra o senso comum de honestidade e justiça” (PIETRO, 2008, p. 79).

A dinâmica do exercício da biopolítica - via de regra - não obedece ao processo legislativo para sua execução, estando ligada a estudos estatísticos que subsidiam programas públicos, informações fornecidas a coletividade, ações materiais por parte do Estado, sendo um poder exercido através do processo de conhecimento e controle de informação.

Os dispositivos de segurança, por sua vez, subsidiam a tomada de decisão por parte da Administração pública, determinando ações na área de segurança pública, saúde, vigilância sanitária, educação, transporte, ações publicitárias de conscientização, tal como a verificação dos resultados e satisfação pública acerca das ações adotadas.

Ademais, se inserem na conjuntura da biopolítica as manifestações públicas - por parte do agente do Estado - visando a conscientização e adoção de determinada postura pela sociedade, ou ainda a exposição pública dos motivos que levaram a tomada de decisão e o seu necessário acatamento pela sociedade (BARBOSA, 2009).

Esse processo de exercício do poder pode ser visto sob duas perspectivas, no âmbito da moralidade administrativa. Primeira a da transparência (corolário da publicidade), porquanto é extremamente dificultoso controlar se o agente público

revelou à sociedade os reais motivos que ampararam a tomada de decisão, ou se o foram revelados na sua integralidade. Muitas das vezes, uma atuação supostamente pautada em exercício de racionalidade pelo Estado esconde um motivo oculto, que supostamente “não pode ser revelado”, e se não o pode - em grande parte das vezes - é porque não atende o interesse da coletividade, em afronta direta ao primado da moralidade administrativa.

Segundo o da impessoalidade, porquanto o agente público deve agir em nome e do estado, sem personificar as ações deste. Os agentes públicos eletivos, por exemplo, paulatinamente se apresentam nas redes de comunicação, trazendo a justificação das ações adotadas no exercício da sua função, supostamente com o fim de informar a sociedade. Se utilizam do aparato público para realizar promoção pessoal, em muitos dos casos visando o atingimento de objetivos futuros, como o de lograr êxito em futuras eleições, perpetuando-se no poder.

O seu dificultoso controle, seja por sua efetivação não estar inserida num processo legal puro, seja por decorrer de utilização de mecanismos não formalmente ilegais, mas podemos dizer que moralmente reprováveis pela conjuntura social.

A Constituição Federal representa um grande marco institucional, de estabelecimento de princípios éticos, objetivos a serem alcançados pelo Governante, tal como a criação de instrumentos e órgãos destinados ao controle do cumprimento dos princípios e regras estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Dentre os tantos instrumentos preconizados pelo texto constitucional, calha trazer ao lume a ação popular, instrumento de controle da administração pública promovido pelo próprio cidadão, consoante disposto no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

O aprimoramento do controle dos atos praticados pela administração pública e seus agentes deve ser constante, visando a melhor satisfação do interesse público primário.

Contudo, essa evolução e aprimoramento deve passar - inexoravelmente - pela conscientização social e estabelecimento de padrões éticos reais no cerne das relações sociais brasileiras, com isso impulsionando as ações inerentes ao exercício da gestão pública. Não existe moral artificial, criada pela lei. O que existe é um contexto moral estabelecido pelas relações socioeconômicas, este sim devendo ser aprimorado através da conscientização acerca dos valores republicanos.

CONCLUSÃO

Biopoder foi expressão utilizada por Michel Foucault para designar a sofisticação dos mecanismos de poder exercido sobre a vida humana, em todos os elementos que a compõe. O poder disciplinar e a biopolítica são espécies de biopoder, sem afastar outras espécies e mecanismos de poder integrados nessa compreensão.

A biopolítica corresponde a poder que tem o foco a regulação do povo, enquanto unidade, visando a proteção e o desenvolvimento da vida humana, através de tecnologias de poder que Michel Foucault denominou de dispositivos de segurança, que

nada mais são do que instrumentos de conhecimento que subsidiam a tomada de decisões, através de avaliações, estatísticas, diagnósticos e prognósticos.

O princípio da moralidade administrativa, elevado a condição de valor constitucional que informa o exercício da Administração pública, diversamente da moral comum, significa dizer que o agente público deve pautar sua atuação em completa observância da primazia da satisfação do interesse público primário, que é o da coletividade, vinculado a todos os demais princípios e regras que regem o ordenamento, e mais, seguindo um padrão ético compatível com a função de agir em nome do interesse público. A moralidade paralela na administração pública, corresponde a prática de comportamentos - pelo agente do Estado - visando o atingimento de interesses exclusivamente pessoais, violando todas os princípios e regras que deveriam pautar sua atuação, em completa colisão ao primado da moralidade administrativa.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- BARBOSA, Jonnefer Francisco. Formas e Políticas da vida. Universidade de São Paulo - USP, Campus Marília/SP. *Revista Kínesis*, Vol. I, n° 02, Outubro-2009, p. 106. Disponível em: <<http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Artigo08.Jonnefer.pdf>. Acessado em: 09 jul. 2018.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território, População*. São Paulo: Martins fontes, 2008.
- ARAÚJO JÚNIOR, Evilásio Galdino de. O princípio da moralidade e a mudança de paradigma da Administração Pública brasileira, 2016. *XXI Seminário de pesquisa do CCSA*, Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2016. Disponível em :< <https://seminario2016.ccsa.ufrn.br/assets//upload/papers/195a8e3067138e665bb86537e56ad5f7.pdf>. >. Acesso em: 10 jul. 2017.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

ANÁLISE DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE IMÓVEL URBANA A SUA FUNÇÃO SOCIAL: REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ANALYSIS OF THE FUNDAMENTAL LAW OF PROPERTY URBAN PROPERTY OF ITS SOCIAL FUNCTION: REFLECTIONS ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT

AUTORES

MARCELO MAZIN

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

marcelomazin0777@gmail.com

LAURA REGINA ECHEVERRIA DA SILVA

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

lauraicheverriasilva@gmail.com

ORIENTADORA
WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
nipex@unimar.br

GT 3

RESUMO

Esta breve pesquisa visa tratar do direito fundamental à propriedade, assegurado na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXII), e que sua utilização está delimitada pela função social de tal direito (artigo 5º, inciso XXIII e artigo 182, parágrafo 2º da Carta Magna). Busca-se também observar o aspecto multidimensional, sua repercussão na dignidade da pessoa humana e quais implicações no desenvolvimento sustentável e na política pública habitacional trazida pela Lei 11.977/09 (programa minha casa minha vida). Por meio do método dedutivo e análise documental, conclui-se que os direitos fundamentais positivam valores básicos e necessários à efetivação do mínimo existencial ao indivíduo.

Palavras chaves: Desenvolvimento Sustentável. Direitos Fundamentais. Propriedade.

ABSTRACT

His brief research aims to deal with the fundamental right to property, guaranteed in the Federal Constitution (Article 5, paragraph XXII), and its use is delimited by the social function of such right (Article 5, paragraph XXIII and Article 182, paragraph 2º of the Magna Carta). It also seeks to observe the multidimensional aspect, its repercussion on the dignity of the human person and what implications for the sustainable development and public housing policy brought by Law 11.977 / 09 (program my house my life). Through the deductive method and documentary analysis, it is concluded that fundamental rights positivate basic values and necessary to the realization of the existential minimum to the individual.

Keywords: Sustainable Development. Fundamental rights. Property.

INTRODUÇÃO

O presente projeto possui alta relevância social, pois tem como foco o estudo da efetividade das políticas públicas habitacionais, para implementação do direito de moradia (artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal) às populações mais carentes, Lei 11.977/2009, programa minha casa minha vida-PMCMV, sobre o prisma da função social da propriedade.

Este trabalho também visa contribuir com o estudo do contexto atual da função social da propriedade urbana, seus reflexos multidimensionais e o tratamento da legislação sobre o tema. Também serão verificadas as questões trazidas pelas seguintes legislações: Lei 6.766/1979 (trata do parcelamento do solo urbano), Lei 10.257/2001 (estatuto das cidades), Lei 11.977/2009 (programa minha casa minha vida-PMCMV), e Lei 12.587/2012 (estabelece a política nacional de mobilidade urbana).

A pesquisa foi realizada por meio de estudo bibliográfico, legislativo e jurisprudencial buscando efetuar análise ao tratamento e implementação dados ao direito fundamental à propriedade urbana.

DESENVOLVIMENTO

1 DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE URBANA

A Constituição Federal de 1988 inseriu no artigo 5º, inciso XII o direito à propriedade no rol dos direitos fundamentais.

Direitos fundamentais são aqueles inerentes à pessoa; são direitos mínimos necessários para uma vivência digna, e não podem ser negados, e sim devem ser reconhecidos pela sociedade em geral e pelo Estado (PEREIRA, 2015, p. 112).

A dignidade da pessoa humana possui uma ideia multidimensional, na medida em que congrega várias e distintas facetas da existência humana, autodeterminação, saúde, educação, propriedade, etc (BELTRAMELLI, 2015, p. 32).

Portanto, direito fundamental garante o mínimo existencial para uma vivência digna de vida. São estes universalmente consagrados e garantem o exercício pleno da democracia e contribui para pacificação social.

1.1 Função social da propriedade

Ao longo dos séculos, o conceito de propriedade tem passado por transformações e atualmente se discute acerca da observação do direito à propriedade, em seu caráter coletivo e não meramente individual.

Surgindo como elemento próprio legitimador do exercício do direito de propriedade a sua função social.

Conforme muito bem explicitado, acerca da função social da propriedade, no dicionário jurídico, coordenado pelo professor Ney Alves Veras:

A Constituição Federal vigente prevê no art. XXIII que a propriedade atenderá sua função social. Neste mesmo sentido o diploma civilista proclama em seu art. 1.228, parágrafo primeiro, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Tal comportamento legal evidencia que a propriedade perdera o caráter individualista de outrora, incumbindo ao proprietário empregá-lo para o desenvolvimento social. (VERAS, 2015, p. 243).

Desta forma, os atributos do direito de propriedade, usar, gozar, livremente dispor e reaver de quem injustamente o detenha, estão condicionados a observância do cumprimento da função social do bem e sua utilização de maneira sustentável.

José Issac Pilati afirma que:

O arcabouço da função social da propriedade, que se projeta numa República Participativa, em face de bens coletivos e atores coletivos, com desenvolvimento baseado na sustentabilidade em prol da segurança e do bem de todos, mediante normas de ordem pública e interesse social. A CRFB

não diz o que seja função social, mas deixa claro - em todo contexto - que se trata de princípio ativo que vincula dinamicamente toda tenência, todo poder econômico, todo poder político, e a ordem social. Ativo porque inspira e define papéis às esferas da Federação, aos órgãos públicos, aos particulares e à Sociedade em todas as dimensões que se representam. (PILATI, 2012, p. 101)

Assim, a fruição legítima do direito à propriedade urbana insere-se em um contexto coletivo, do bem estar social da comunidade, ante sua função social.

Isto porque, as normas de direitos fundamentais têm algo de objetivo porque elas não têm efeitos apenas para o indivíduo, mas também para a coletividade (ALEXY, 2015, p. 525).

2 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O Estado tem buscado implementar medidas eficazes de solidarismo social habitacional com políticas públicas, dentre elas a trazida na Lei 11.977/2009 (PMCMV), a qual estabelece o acesso às populações de baixa renda a aquisição do imóvel urbano residencial próprio.

Observa-se ainda, que o tratamento urbanístico atual reflete a preocupação com o desenvolvimento sustentável, Juarez Freitas expõe:

Um novo urbanismo, o das cidades saudáveis, com o cumprimento energético do Estatuto da Cidade e da Lei de Mobilidade Urbana, é outro exemplo robusto de providência sinérgica e sistêmica cogente, à luz da sustentabilidade, seja via regularização fundiária, seja via arquitetura e construção verdes ou incentivo prioritário ao transporte público, seja via urgente contenção das encostas e remoção das pessoas de áreas de risco, devidamente mapeadas. (FREITAS, 2012, p. 37-38)

Portanto, o livre gozo do direito à propriedade urbana e o cumprimento de sua função social, perpassa pelo efetivo desenvolvimento sustentável, no que pertine à dimensão ética, prova, qual seja, prevenção de danos, ambiente limpo e o reconhecimento à solidariedade intergeracional, isto é, a afirmação dos direitos das gerações presentes e futuras.

Desta forma, o direito fundamental à propriedade urbana, garantido constitucionalmente, reflete um aspecto, uma faceta, da dignidade da pessoa humana, como medida assecuratória de condição mínima para uma existência digna.

Ingo Wolfgang Sarlet destaca:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não

passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2006, p. 59)

O legislador brasileiro, reflexo do regime democrático (governo exercido pelo povo por meio dos seus representantes eleitos livremente ou diretamente, artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal), tem buscado, implementar a sustentabilidade e o acesso ao direito fundamental à propriedade urbana, na ordem coletiva, através de normas que facilitem o acesso às moradias à população de baixa renda, fornecendo subsídios, facilitação da documentação, inexistência de recolhimentos de determinados tributos, como, por exemplo, contribuição previdenciária das averbações de construções realizadas.

Ademais, este também é o entendimento de estudiosos como, Sergio Iglesias Nunes de Souza “apesar do direito à moradia ter sua aplicação imediata, surge o dever estatal de proteger e facilitar o seu pleno exercício e as normas infraconstitucionais também devem atuar em conjunto com a norma constitucional, protegendo e facilitando o exercício desse direito” (SOUZA, 2015, p. 73).

Portanto, o legislador tem buscado facilitar o acesso e a regularização da existência de imóveis, conforme se observa na Lei 13. 465/2017, a qual inclusive previu o direito real de laje, regulamentando a sua existência e implicações jurídicas.

CONCLUSÃO

O direito à propriedade é espécie de direito fundamental, o qual implica em uma das facetas do direito à dignidade humana e seu exercício possui relevância social, pois implica em resguardar a segurança e o bem de todos.

Diante do elemento próprio legitimador do exercício do direito de propriedade, qual seja, a sua função social, deve tal direito ser exercido de maneira sustentável.

O desenvolvimento sustentável no plano da sustentabilidade social busca trazer a harmonia necessária para que os seres humanos convivam de maneira saudável e tenham garantidos o mínimo existencial.

Tal sustentabilidade implica no exercício ético, probo seguro do direito de propriedade. Não deve este ser exercido de maneira danosa ao Estado, ao meio ambiente e a sociedade.

Desta forma, não basta a previsão constitucional de um direito, para sua eficácia é necessária que cidadãos e Estado desenvolvam maneiras adequadas para o seu exercício, sendo este de modo responsável e solidário.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos humanos*. 2. ed. Bahia: Jus Podivm, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 02 agos. 2015.
- _____. *Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/Leis/L6766.htm. Acesso em: 02 agos. 2015.

- _____. *Lei n. 10.257 de 10 julho de 2001*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/Leis/L10257.htm. Acesso em: 02 agos. 2015.
- _____. *Lei n. 11.977/2009, de 7 de julho de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/Leis/L11977.htm. Acesso em: 02 de agos. 2015.
- _____. *Lei n. 12.587 de 3 de janeiro de 2012*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/Leis/L12587.htm. Acesso em: 02 de agos. 2015.
- _____. *Lei n. 13.465 de 11 de julho de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/Leis/L13465.htm. Acesso em 06 de outubro. 2018.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- PEREIRA, Cícero Rufino. *Direitos humanos fundamentais. O tráfico de pessoas e a fronteira*. São Paulo: LTr, 2015.
- PILATI, José Isaac. *Propriedade & função social na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. O direito humano da moradia após a emenda constitucional nº 26 e sua análise com o direito de habitação no direito civil. *Revista Argumentum*, – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 16, pp. 73-98, Jan.-Dez. 2015. Disponível em: <http://www.ojs.unimar.br/article/iew/121/28>.
- VERAS, Ney Alves. (Coord.). *Dicionário jurídico*. 1ª. ed. Campo Grande: Contemplar: 2015.

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, DEMOCRACIA E A
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PELOS
REGISTROS PÚBLICOS**

**FUNDAMENTAL RIGHTS, DEMOCRACY AND CONCRETATION
OF THE RIGHTS OF PERSONALITY BY THE PUBLIC RECORDS**

AUTORES

LAURA REGINA ECHEVERRIA DA SILVA
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
lauraicheverriasilva@gmail.com
MARCELO MAZIN
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
marcelomazin0777@gmail.com

ORIENTADORA

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
nipex@unimar.br

GT3

RESUMO

Este estudo visa tratar brevemente dos direitos fundamentais e sua relação com a democracia, bem como, estabelecer mecanismos, através de estudos doutrinários, legais e jurisprudenciais, que evidenciam os direitos da personalidade, aqui tratados, são defesas necessárias à manutenção de direitos inatos ao homem, direitos estes vitalícios, necessários, essenciais, extrapatrimoniais, indisponíveis e absolutos. O objetivo é demonstrar a importância dos registros públicos na concretização dos direitos fundamentais da personalidade da pessoa humana e demonstrar que proporcionam meios indispensáveis para o exercício da personalidade humana, todos estes, em decorrência de lei, possibilita a publicidade, eficácia e segurança dos atos jurídicos. Por meio do método dedutivo e análise documental, concluiu-se que os registros públicos garantem a efetividade do exercício de direitos fundamentais da personalidade e concretizam a democracia, como o direito ao nome, ao registro civil, todos estes constituidores de manifestação democrática dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Democracia. Direitos Fundamentais. Personalidade. Registros Públicos.

ABSTRACT

This study aims to deal briefly with fundamental rights and their relation to democracy, as well as to establish mechanisms, through doctrinal, legal and jurisprudential studies, that show the rights of the personality, treated here, are necessary defenses to the maintenance of human rights innate to man, these vital, necessary, essential, off-balance-sheet, unavailable and absolute rights. The objective is to demonstrate the importance of public records in the realization of the fundamental rights of the personality of the human person and to demonstrate that they provide indispensable means for the exercise of the human personality, all of them, as a result of the law, allows the publicity, effectiveness and security of legal acts. Through the deductive method and documentary analysis, it was concluded that public records guarantee the effectiveness of the exercise of fundamental personality rights and concretize democracy, such as the right to name, to the civil registry, all these constituents of democratic manifestation of fundamental rights.

Keywords: Democracy. Fundamental rights. Personality. Public Records.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema os direitos fundamentais, a democracia e de como os direitos da personalidade são concretizados pelos registros públicos. A Constituição Federal de 1988 traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, III e ao longo do texto constitucional estabelece meios que possam garantir a aplicação das prerrogativas deste fundamento em vários aspectos.

Neste trabalho serão tratados aspectos relacionados aos registros civis de nascimento e óbito, direito ao nome e domicílio.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, realizada a partir da análise da doutrina especializada, legislação e jurisprudência.

O texto final foi baseado nas ideias e concepções de autores como: Cícero (2015), Sarlet (2015), Habermas (2003), Hironaka (2018), Loureiro (2014), Vieira (2012), Wald (2011), Freitas (2012) e entendimento jurisprudencial.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, realizada a partir da análise da doutrina especializada, legislação e jurisprudência.

DESENVOLVIMENTO

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

Direitos fundamentais são aqueles, frutos de evoluções históricas, que visam assegurar a dignidade pessoa humana, o respeito a direitos mínimos que suprem a existência digna do ser humano, além de limitar o poder estatal em face da liberdade individual.

Assim, os “direitos fundamentais são aqueles inerentes à pessoa; são direitos mínimos necessários para uma vivência digna, e não podem ser negados, e sim devem ser reconhecidos pela sociedade em geral e pelo Estado” (PEREIRA 2015, p.112).

Os direitos fundamentais tem como núcleo essencial a dignidade da pessoa humana, ou seja, a noção de pessoa como sujeito individual de direitos e deveres (SARLET, 2015, p.59).

A Constituição Federal consagra no rol dos direitos e garantias fundamentais os atos necessários ao exercício da cidadania, artigo 5º, LXXVII. A Lei nº 9.265/96 regulamentou tal inciso e em seu artigo 1º, VI, considerou como um dos atos necessários ao exercício da cidadania o registro civil e nascimento e o assento de óbito.

A palavra democracia deriva do grego “demo kracia” e significa governo do povo. Tal forma de governabilidade expressa que o Estado será governado conforme a vontade de seu povo, ou seja, é instrumento exteriorizador da autodeterminação da sociedade.

Ressalta Ingo Wolfgang Sarlet que se reconhece uma relação de interdependência e reciprocidade entre os direitos fundamentais e a democracia e afirma:

Além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente. (SARLET, 2015, p. 63)

Portanto, os direitos fundamentais concretizam o princípio da dignidade humana e legitimam o Estado Democrático e asseguram o respeito a princípios universais consagrados no ordenamento jurídico interno e no plano internacional.

Nesse sentido, Habermas dispõe,

[...] a idéia do Estado de direito pode ser interpretada então como a exigência de ligar o sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social, portanto, da implantação fática de interesses privilegiados. (HABERMAS,2003, P. 190)

Assim, o Estado Democrático deve representar os interesses de todos e não de classes de pessoas privilegiadas, as quais, inclusive, possuem acessos facilitados ao poder, bem como não deve ceder às forças extremistas, sob pena de prejuízos aos direitos fundamentais.

2 REGISTROS PÚBLICOS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Desta forma, verifica-se que os registros públicos são instrumentos necessários para resguardar direitos fundamentais consagrados na Carta Magna e concretizar direitos da personalidade, como o direito ao nome, por exemplo, bem como preservar patrimoniais, como o direito à propriedade (artigo 5º, XXII), dentre outros.

Observa-se que na ocorrência de fatos jurídicos relevantes na vida e morte da pessoa humana, faz-se necessário o registro de tais acontecimentos, gerando a publicidade, tornando os fatos conhecidos de terceiros, trazendo segurança jurídica e eficácia para os atos ou negócio jurídico deles decorrentes, como por exemplo o registro de nascimento de um filho, do óbito do cônjuge etc.

Nesse sentido, o registro público de fatos jurídicos relevante à pessoa humana efetiva o exercício dos direitos da personalidade. Estes direitos representam direitos fundamentais, ou seja, o mínimo existencial.

Portanto, os requisitos mínimos necessários para o exercício da vida digna, bem como representam um conjunto unitário, dinâmico e evolutivo dos bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual (HIRONAKA, 2018, 323).

Assim, aos direitos da personalidade também são conhecidos como direitos personalíssimos, protegem aspectos da natureza humana, possuem caráter extrapatrimonial.

Portanto, são os direitos da personalidade indissociáveis do indivíduo, decorrem de um direito pré-existente à ordem jurídica, são perpétuos e inatos ao ser humano, pois o acompanham durante toda a vida e se estendem até para depois de sua morte, quando garantem a herança, a memória e honra do morto. São indisponíveis, ou seja, não podem ser renunciados ou alienados pelo seu titular, possuem caráter extrapatrimonial, pois fazem parte da essência da pessoa humana de modo perpétuo.

Tais direitos são também imprescritíveis, eis que não se extinguem pela ausência de seu exercício. Porém, a pretensão de reparação do dano decorrente de sua violação, ou seja, a responsabilização civil do responsável pela lesão aos direitos da personalidade, prescreve no prazo de 3 (três) anos, conforme preceitua o artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, do Código Civil.

Por fim, são absolutos, porém, quando sua aplicação esteja em rota de colisão com outros direitos de mesma natureza, após sopesados e ponderados os direitos, podem ser mitigados para que ocorra uma adequação necessária na aplicação dos mesmos, em cada caso concreto.

Neste contexto, passando-se a tratar dos aspectos relativos aos registros civis da pessoa humana, observa-se que no artigo 5º, LXXVI, da Constituição Federal, está expresso que são gratuitos para os reconhecidamente pobres, nos termos da lei o registro civil de nascimento e a certidão de óbito. Já o artigo 5º, LXXVII reforça a ideia de que são gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, motivo pelo qual os Tribunais tem afastado a exigência de comprovação de pobreza para a concessão de tais registros.

É sabido que o surgimento da pessoa natural se dá com o seu nascimento com vida, momento este em que ocorre a aquisição da personalidade.

☐ Conforme Loureiro o nascimento é um fato biológico com importantes consequências jurídicas e sociais, daí a necessidade de seu registro e publicidade, para que a comunidade tenha conhecimento da existência do novo indivíduo. (LOUREIRO, 2014, p.53).

Assim, após o fato biológico do nascimento da pessoa natural torna-se necessário dar publicidade ao seu nascimento com vida ou não, nestes casos, os instrumentos legais são os registros públicos de tais fatos, sendo estes: a lavratura do assento de nascimento (relato de nascimento de pessoa com vida, art. 50 da Lei 6.015/73), lavratura dos assentos de nascimento e óbito (relato de que a pessoa faleceu na ocasião do parto, tendo entretanto respirado, art. 53, parágrafo 2º da Lei nº 6.015/73) e assento de óbito (relato de que a pessoa nasceu morta, art. 53, parágrafo 1º da Lei nº 6.015/73).

Diante da importância de tais registros a Constituição Federal, conforme supra exposto, trouxe no rol dos direitos individuais a garantia da gratuidade de tais atos, já que estes são garantidores da dignidade da pessoa humana (preceito fundamental da República Federativa do Brasil, art.1º, III da Constituição), já que é o registro de nascimento e morte de uma pessoa. Os registros de nascimento e óbito são instrumentos de acesso para o exercício dos demais direitos da personalidade humana.

2.1 Direito ao nome

O direito ao nome é um elemento concreto que distingue um indivíduo dos demais. O nome fornece um sinal identificador pessoal e familiar ao indivíduo na sociedade.

Portanto, tem-se que o nome é um atributo da personalidade que torna a pessoa única, podendo esta ser lembrada, inclusive, após a sua morte.

Prenome é o primeiro nome que pode ser simples ou composto, pode ser de livre escolha dos pais, porém a Lei nº 6.015/73, a qual trata dos Registros Públicos, veda prenomes suscetíveis de expor ao ridículo seus portadores, artigo 55, parágrafo único, proibindo aos Oficiais do Registro Civil o registro de tais nomes.

Nesse sentido, sendo o nome uma extensão da imagem da pessoa em sociedade, não pode este lhe causar prejuízos que lhe afetem a dignidade, causando sofrimento ao seu portador.

Sobrenome são os apelidos de família, o identificador familiar do indivíduo, carrega sua origem, a sua ancestralidade.

A Lei nº 6.015/73 esclarece que o prenome é definitivo, imutável (artigo 58), porém traz exceções, como, por exemplo, quando a alteração do nome é necessária em decorrência de fundada coação ou ameaça a pessoa que colaborou com a apuração de crime (artigo 58, parágrafo 7º da Lei 6015/73). Neste caso a alteração do nome será decorrente de autorização judicial.

Tal regra da imutabilidade do prenome tem origem nos princípios da segurança jurídica, na transparência e estabilidade que regem os atos da vida civil, abrangendo também tal imutabilidade o sobrenome.

Portanto, os direitos fundamentais refletem o desejo democrático de seu povo e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Por isso é necessário a concretização destes como forma de eficácia e materialização da justiça social.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que os direitos fundamentais estão inter-relacionados com a democracia, pois refletem os anseios sociais e sem aqueles não há efetivamente Estado Democrático de Direito.

Assim, para se dar efetividade aos direitos fundamentais da personalidade tem-se os registros públicos, estes são instrumentos efetivadores do exercício de direitos e garantias fundamentais, concretiza a cidadania.

Dessa forma, constatou-se que o registro público dos direitos da personalidade fazem parte do núcleo de dignidade humana, pois uma vez levados aos assentos fatos decorrentes da vida humana, exemplo: nascimento, óbito etc., a efetividade destes se irradiam por toda a sociedade civil.

Assim, nota-se necessário informar e conscientizar aos cidadãos em geral acerca da importância da feitura dos assentos nos Registros Públicos, para que seja assegurada a publicidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, em prol da proteção da dignidade da pessoa humana e respeito aos direitos da personalidade dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 1800*. Constitucional. Atividade Notarial. Natureza. Lei 9.534/97. Registros Públicos. Atos Relacionados ao Exercício da Cidadania. Gratuidade. Princípio da Proporcionalidade. Violação Não Observada. Precedentes. Improcedência da Ação. Partes: Associação dos Notários e Registradores do Brasil-Anoreg/BR e Francisco João Andrade e outro, Presidente da República, Congresso Nacional. Brasília, DF, 11 de junho de 2007. Disponível em <<https://www.stf.jusbrasil.com.br/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1800-df>>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.189.158-SP. Direito Civil. Nome de Família. Supressão por Motivos Religiosos. Ausência de Previsão Legal. Inadmissibilidade. Recorrente E M F S e outros. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2010. Disponível em <https://www.stj.jus.br/docs_internet/informativo/RTF/Inf460.rtf>.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos teoria e prática*. 5ª. ed. São Paulo: Método, 2014.

HAMERBAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade I*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito de família, direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos: correlação entre o ser familiar e o ser humano. *Revista Argumentum*, – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 319-329, Mai.-Ago. 2018. Disponível em: <http://www.ojs.unimar.br/article/iew/609/292>.

PEREIRA, Cícero Rufino. *Direitos humanos fundamentais. O tráfico de pessoas e a fronteira*. São Paulo: LTr, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* 12. Ed. Ver.atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GT 4

LEI Nº. 13.655/2018: LIMITE AO ATIVISMO JUDICIAL?

LAW Nº. 13.655/2018: LIMIT TO JUDICIAL ACTIVISM?

GT4 - JUDICIÁRIO E DEMANDAS SOCIAIS

HENRY ÂNGELO MODESTO PERUCHI

henryperuchi@yahoo.com.br

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se o artigo 20 da Lei nº. 13.655, de 25 de abril de 2018, representaria um limite ao ativismo judicial, na medida em que cria um dever à autoridade julgadora. Adotou-se, no presente, resumo o método dedutivo, com análise da doutrina e legislação sobre o tema proposto, bem como sistema de referência os conceitos de Luís Roberto Barroso e Vladimir Passos de Freitas. Para se chegar à conclusão, foram analisados os conceitos de ativismo judicial e dos valores jurídicos abstratos, analisando-se, ainda, o efeito prático do artigo na atividade jurisdicional do Estado, bem como se representaria ou não ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Limites Legais. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The present study aims to analyze whether article 20 of Law nº. 13.655, of April 25 of 2018, would represent a limit to judicial activism insofar as it creates a duty to the judging authority. The deductive method was adopted, with an analysis of the doctrine and legislation on the proposed theme, adopting as a reference system the concepts of Luís Roberto Barroso and Vladimir Passos de Freitas. In order to arrive at the conclusion, the concepts of judicial activism and abstract legal values were analyzed, analyzing also the practical effect of the article on the jurisdictional activity of the State, as well as whether or not it would offend the Principle of Separation of Powers.

Keywords: Judicial Activism. Legal Limits. Judicial Branch.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, ao Poder Judiciário tem sido conferida a decisão sobre questões que possam repercutir sobre as necessidades da sociedade previstas no texto Constitucional. Houve, desta forma, um aumento expressivo dos casos de judicialização destas questões.

Ao mesmo tempo, diante do caráter analítico e aberto da Constituição da República de 1988, notou-se o aumento do chamado ativismo judicial, ou seja, a forma de interpretação do texto constitucional, geralmente amparada em valores jurídicos abstratos.

Contudo, críticas surgiram ao excesso de ativismo judicial, com interferência direta nas atribuições dos outros poderes previstas constitucionalmente.

Em 25 de abril corrente, foi promulgada a Lei nº. 13.655 incluindo no Decreto-Lei nº. 4.657/42 disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

Através do presente estudo, pretende-se verificar se a norma disposta no artigo 20 poderia representar uma limitação legal ao ativismo judicial.

Adotar-se-á o método dedutivo, com análise da doutrina e legislação aplicáveis à matéria, buscando-se uma possível solução a esta celeuma.

DESENVOLVIMENTO

A Constituição da República de 1988 representou o fim de um período de supressão de direitos, pois seu texto analítico buscou descrever de forma minuciosa os direitos e deveres do cidadão, assegurando-se, assim, uma maior proteção a eles.

Ao mesmo tempo, o texto constitucional possui normas de caráter aberto, que permitem uma maior liberdade de conformação pelo intérprete, que se vale de valores jurídicos abstratos para dar efetividade à Constituição da República.

O ativismo judicial surge neste contexto, sendo cada vez mais presente em relação aos processos que versam sobre políticas públicas. Aqui, necessário se definir Ativismo Judicial, que “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2001, p. 279).

Sem desconsiderar a importância do ativismo na efetivação de políticas públicas, principalmente na última década, nota-se, contudo, a ausência de proporcionalidade a embasar as decisões judiciais, o que tem levado ao comprometimento do orçamento do Poder Executivo, responsável pela implementação de tais políticas.

Recentemente, o Poder Legislativo editou a Lei nº. 13.655 de 25 de abril de 2018 acrescentando dez artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, sendo que o artigo 25 foi integralmente vetado. Os artigos introduzidos versam sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

Analisando-se os artigos acrescentados, sem desconsiderar a importância de todos eles, em atenção ao tema aqui proposto, destacam-se os termos do artigo 20, que assim dispõe: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. (BRASIL, Lei nº. 13.655 de 25 de abril de 2018).

Logo, nas esferas administrativa, controladora e judicial não se mostra possível decisão amparada em valores jurídicos abstratos sem que o julgador perquirira sobre os efeitos concretos emanados do ato.

Como forma de compreensão do citado artigo, entende-se os valores jurídicos abstratos como sendo “conceitos genéricos não ligados ao caso concreto, que poderiam justificar tudo a qualquer tempo, sem relação com a realidade fática”. (FREITAS, 2018).

Pode-se tomar como exemplos de valores jurídicos abstratos a moralidade, a dignidade da pessoa humana e o interesse público, este último principalmente no âmbito das decisões de cunho administrativo etc.

Analisando detidamente o artigo 20, nota-se que não há impeditivo legal para o chamado ativismo judicial. Contudo, a parte final do preceito determina que, caso decidido com base em valores jurídicos abstratos, que se atente para as consequências práticas da decisão, o que poderia representar certa limitação à atividade jurisdicional.

Em matéria de políticas públicas, as consequências práticas da decisão podem ser aferidas com análise do orçamento aprovado e publicado no diário oficial de determinado ente do Poder Executivo, bastando uma análise pelo Poder Judiciário da

proporcionalidade da medida, ou seja, se a mesma impactará substancialmente no orçamento do ente: “Está aqui em causa o **princípio da proporcionalidade em sentido restrito**, entendido como princípio da “justa medida”. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”. (CANOTILHO, 2002, p. 270).

No entanto, críticas podem ser tecidas no sentido de que o Poder Judiciário não pode ficar atrelado a embaraços infraconstitucionais que engessem a atribuição conferida pelo texto constitucional, texto este que reforça a independência de seus membros, a teor do artigo 95 da CR/88, que traz o rol de garantias de seus membros.

Poder-se-ia, inclusive, aduzir que o artigo 20 da LINDB configuraria ofensa ao disposto nos artigos 2º e 60, §4º, III da Constituição da República de 1988, na medida em que o Poder Legislativo estaria condicionando a atividade jurisdicional, o que representaria violação ao Princípio da Separação dos Poderes: “Em termos genéricos, o princípio da separação de poderes impõe a decomposição do poder político em múltiplos órgãos estatais, titularizados por diferentes pessoas, fundamentando-se na ideia simples, mas poderosa, de que a sua concentração favorece o arbítrio”. (FONTE, 2013, p. 158).

CONCLUSÃO

A Lei nº. 13.655 de 25 de abril de 2018 tem como objetivo a garantia da segurança jurídica e a eficiência na criação e aplicação do direito público, sendo importante para a sociedade.

Contudo, o artigo 20, apesar de não representar uma vedação ao ativismo judicial, em sua parte final pode representar a ofensa aos princípios constitucionais, seja o da independência do Poder Judiciário, seja o da Separação dos Poderes.

As instâncias superiores serão inegavelmente suscitadas para se pronunciarem sobre a inconstitucionalidade ou não do preceito em voga.

O tema se mostra atual, sendo que as decisões judiciais em matéria de políticas públicas ainda não estão atentando para o disposto na norma constante da LINDB, decidindo-se com base em valores jurídicos abstratos, através dos argumentos lineares, sem que sejam verificadas as consequências da decisão.

Sem desconsiderar as dificuldades operacionais para aplicação do preceito, a aferição das consequências práticas da decisão são fundamentais de modo a não inviabilizar a atuação do Poder Executivo, eis que uma única decisão pode impactar no orçamento de forma a comprometer o atendimento de toda uma sociedade.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.
- BRASIL, *Lei nº. 13.655*, de 25 de abril de 2018.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito* – São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Inclusão de dez artigos na Lindb traz importante inovação ao Direito Brasileiro*. 29 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>. Acesso em: 22 out. 2018.

A AMPLIAÇÃO FUNCIONAL DA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO COMO MEDIDA DE DESJUDICIALIZAÇÃO

THE FUNCTIONAL EXTENSION OF NOTARY AND REGISTRATION ACTIVITY AS A DISJUDICIALIZATION MEASURE

AUTORA

DAIANA FLORES – daianafloresnana@yahoo.com.br

AUTORA

DRA. JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA –
jussara@bflaw.adv.br

ORIENTADORA

DRA. JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA – UNIMAR –
jussara@bflaw.adv.br

GT4 – JUDICIÁRIO E DEMANDAS SOCIAIS

RESUMO

As serventias notariais e registrais têm se mostrado uma importante ferramenta para a desjudicialização, fenômeno que vem crescendo no Direito Brasileiro. Trata-se de um processo de transferência de alguns serviços e atribuições antes exercidos pelo Poder Judiciário para os notários e registradores públicos. O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância das atividades notariais e de registro para a desjudicialização. Para desenvolver o conteúdo proposto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica em doutrinas, na legislação brasileira, como também a análise de artigos científicos e periódicos. Concluiu-se que as atividades realizadas pelos notários e registradores públicos contribuem sobremaneira à desjudicialização, e, por conseguinte, na desobstrução do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Atividades Notariais e de Registro. Desjudicialização. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The notarial and registry services have been shown to be an important tool for disjudicialization, a phenomenon that has been growing in Brazilian law. It is a process of transferring some services and attributions formerly exercised by the Judiciary Power to notaries and public registrars. The purpose of this paper is to demonstrate the importance of notary and registration activities for disjudicialization. In order to develop the proposed content, we used bibliographical research in doctrines, in Brazilian

legislation, as well as the analysis of scientific and periodical articles. It was concluded that the activities carried out by notaries and public registrars greatly contribute to the disjudicialization, and, consequently, in the clearing of the Judiciary Power.

Keywords: Notary and Registry Activities. Disjudicialization. Judiciary Power.

INTRODUÇÃO

No decorrer dos tempos a sociedade sofre grandes transformações. A complexidade e a velocidade em que ocorrem tais mudanças demandam soluções do sistema jurídico. Exemplificativamente, pode ser citado o surgimento de novos arranjos familiares, como a união civil homoafetiva, o divórcio, os direitos dos conviventes da união estável, entre outros.

Em vista disso, surge a necessidade de que a legislação passe a regular essas novas realidades. Entretanto, como é notório, a evolução social se dá em um ritmo que os legisladores normalmente não acompanham. Por conta desse déficit normativo, algumas demandas sociais são solucionadas jurisdicionalmente de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito. Dessa forma, tendo em vista a rapidez em que tais transformações ocorrem, as demandas se avolumam e o Poder Judiciário não consegue oferecer uma solução célere para todos os conflitos que lhe são trazidos.

A partir daí, surge a desjudicialização que estabelece outras possibilidades mais satisfatórias de solução de conflitos.

A ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL E A DESJUDICIALIZAÇÃO

Primeiramente, o vocábulo “desjudicializar” pode ser entendido como a possibilidade de resolver questões fora da esfera jurisdicional, quando presentes certos requisitos e pressupostos. Consiste na transferência para as serventias extrajudiciais, de alguns serviços e atribuições exercidos exclusivamente, até então, pelo Poder Judiciário, objetivando a celeridade para as situações sem litígio e que independem de apreciação jurisdicional. (SIQUEIRA; DE SOUZA ROCHA; SILVA, 2018, p. 310).

Dessa forma, é por meio da desjudicialização que alguns serviços são deslocados para as serventias notariais e registrais, cujas atividades são exercidas por pessoas físicas habilitadas mediante delegação por concurso público, e devidamente regidas pela Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, a qual regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, também conhecida como “Lei dos Notários e dos Registradores”.

Nos últimos anos o tema desjudicialização vem sendo estimulado pelos juristas e legisladores brasileiros. O atual Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, por exemplo, trouxe como princípio basilar a prática consensual de resolução de conflitos. No entanto, ainda existe enraizada na sociedade brasileira a chamada cultura do litígio, que consiste na ideia de que a melhor forma de resolução de conflitos é por meio do Poder Judiciário, pensamento este de certa forma equivocado, pois contribui com o aumento da busca pela tutela judiciária, e, conseqüentemente, com a morosidade na conclusão dos processos judiciais.

Desse modo, depreende-se a grande importância do incentivo às práticas extrajudiciais em razão de sua maior eficácia e celeridade. Uma prova da relevante contribuição das serventias extrajudiciais com o Poder Judiciário foram os dados divulgados pela Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados – CENSEC, informando que desde a instituição da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que autorizou a lavratura de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais por via administrativa, mais de dois milhões de atos desta natureza foram lavrados nos tabelionatos de notas do país, os quais, conseqüentemente, representaram dois milhões

de processos a menos levados ao Poder Judiciário – que com isso pode se dedicar a questões de maior complexidade – e uma economia de 4 bilhões de reais. (RAPIDEZ, 2018, p. 13).

Convêm citar algumas disposições normativas que possibilitaram a prestação de novos serviços pelas serventias extrajudiciais de todo país, atividades estas que contribuem eficazmente para a redução da quantidade de processos judiciais e facilitam a vida dos cidadãos. São elas:

- a) Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, que permite a retificação registral no fôlio real pelo Oficial do Registro de Imóveis; (BRASIL, 2004).
- b) Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que trata da possibilidade da lavratura de escrituras de inventário e partilha e separação e divórcio consensuais por via administrativa; (BRASIL, 2007).
- c) Lei nº 12.100, de 27 de novembro de 2009, que trata da retificação extrajudicial de assentos civis; (BRASIL, 2009).
- d) Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que prevê no seu artigo 384, a faculdade das partes produzirem extrajudicialmente provas legítimas e dotadas de efeitos jurídicos através da ata notarial lavrada pelo Tabelião de Notas; (BRASIL, 2015).
- e) Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária urbana e rural; (BRASIL, 2017).
- f) Provimento nº 63, de 11 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetivas; (BRASIL, 2017).
- g) Provimento nº 65, de 14 de dezembro de 2017, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que trata do procedimento da usucapião extrajudicial nos serviços notariais e do registro de imóveis; (BRASIL, 2017).
- h) Provimento nº 67, de 26 de março de 2018, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que autoriza as serventias notariais e registrais a realizar os procedimentos de mediação e de conciliação. (BRASIL, 2018).

Vale ressaltar que as atividades notariais e registrais são fiscalizadas pela Corregedoria-Geral de Justiça de cada estado, a fim de assegurar a agilidade, eficiência e segurança jurídica dos atos praticados pelas serventias extrajudiciais. (ALVES; SILVA, 2014, p. 78).

Portanto, as normas supramencionadas, além de outras aqui não relacionadas, geraram muitos benefícios à sociedade. Em vista disso, outras podem ser editadas, com o intuito de tornar a justiça mais célere, ágil e eficaz, conforme preceitua o inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988).

CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se dizer que a desjudicialização consiste na transferência de certas atribuições realizadas no âmbito judicial para a esfera extrajudicial, ou seja, atividades antes executadas pelo Poder Judiciário, passam a ser efetuadas pelos notários e registradores públicos.

Restou evidenciado a grande relevância das atividades exercidas pelas serventias notariais e registrais como medida de desjudicialização em razão da maior celeridade na efetivação de direitos.

Desta feita, é de fundamental importância fomentar a adoção dos métodos extrajudiciais já existentes, bem como, a criação de outras leis no sentido de possibilitar novas atribuições aos notários e registradores públicos, a exemplo da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que permitiu a realização de inventários, divórcios e separações consensuais pelos tabelionatos de notas do país, o que contribuiu eficazmente com a Justiça. Como demonstrado, o número de inventários, divórcios e separações consensuais extrajudiciais efetuados equivalem a dois milhões de processos a menos levados ao Judiciário.

Assim, somente as ações onde há verdadeiro litígio entre as partes deveriam necessariamente ser direcionadas ao Poder Judiciário, enquanto que nos demais casos a via extrajudicial deveria ser oportunizada aos interessados.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Lucas Oliveira; DA SILVA, Flavia Alessandra Naves. Atividade notarial e de registro como forma de desjudicialização das relações sociais. *Revista Ciências Jurídicas e Sociais-UNG-Ser*, v. 4, n. 1, p. 77-82, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/2303/1675>>. Acesso em: 02 out. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994*. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispendo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004*. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007*. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 12.100, de 27 de novembro de 2009*. Dá nova redação aos arts. 40, 57 e 110 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12100.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.
- BRASIL. *Lei 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>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nºs 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento n. 63, de 11 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento n. 65, de 14 de dezembro de 2017*. Estabelece diretrizes para o procedimento da usucapião extrajudicial nos serviços notariais e de registro de imóveis. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394>>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 67, de 26 de março de 2018*. Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415>>. Acesso em: 02 out. 2018.

RAPIDEZ e eficácia nos cartórios de notas retiram mais de 2 milhões de processos da Justiça. *Jornal do Notário*, São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.cnbsp.org.br/___Documentos/Upload_Conteudo/revistas/105.pdf>. Acesso em: 02 out. 2018.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; DE SOUZA ROCHA, Maria Luiza; SILVA, Rodrigo Ichikawa Claro. Atividades notariais e registrares, judicialização e acesso à justiça: o impacto da desjudicialização para a concretização dos direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 18, n. 1, p. 305-335, 2018. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5701/3193>>. Acesso em: 02 out. 2018.

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO DA GRATUIDADE DA
JUSTIÇA E AS DIFICULDADES ENCONTRADAS PARA GARANTIR E
EFETIVAR O DIREITO**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ACCESS FREE JUSTICE AND THE
DIFFICULTIES ENCOUNTERED IN GUARANTEEING AND ENFORCING
THIS RIGHT**

GT4 – JUDICIÁRIO E DEMANDAS SOCIAIS

AUTOR

SANTANA, BEATRIZ DO AMARAL, beatrizama97@gmail.com, vinculada ao grupo de pesquisa Processo Civil Contemporâneo.

ORIENTADOR

CASTRO, ALDO ARANHA DE, aldodecastroadv@hotmail.com, coordenador do grupo de pesquisa Processo Civil Contemporâneo.

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo fazer uma análise sobre como se dá o acesso à justiça e sua facilidade, admitindo que existe uma atual crise do judiciário e que a diferença socioeconômica influencia nesta causa. E ainda, o acesso à ela de forma gratuita, analisando assim, sua eficácia, seus objetivos e sua eficiência, conforme discorre o Novo Código de Processo Civil e a própria Constituição Federal, tendo desta forma, um princípio fundamental garantido.

Palavras-chave: direito fundamental. Gratuidade da justiça. Processo civil.

ABSTRACT

The main objective of this study is to analyze the access to justice and its facilities, admitting that there is a current crisis of the judiciary and that socioeconomic difference influences this cause. Also, the free access, analyzing its objectives, and its efficiency, according to the New Code of Procedure and the Federal Constitution itself, thus having a guaranteed fundamental principle.

Keywords: civil lawsuit. Fundamental right. Justice gratuity.

INTRODUÇÃO

Atualmente, diversas coisas que se davam de maneira tradicional receberam influência da tecnologia. Foi assim com o computador, celulares, televisão e diversas outros fatores continuam a ser implementados. A tecnologia caminha junto com a globalização que por sua vez, é consequência do desenvolvimento humano.

Desde o começo da história sabemos que o homem não vive a todo momento em paz com o meio que vive, e ao longo de toda a história a humanidade foi aprimorando a maneira de solução de conflitos. Para se chegar ao que conhecemos hoje como processo propriamente dito, passamos por diversas fases históricas em determinados momentos, como é o caso do primitivismo, judicialismo (na época da Universidade de Bolonha), praxismo (do séc. XVI até o início do séc. XIX), procedimentalismo (final do séc. XIX) e o processualismo científico (que transformou o processo civil como direito autônomo). Cada fase com sua característica própria até que se chegue ao que conhecemos e lidamos hoje com o devido processo legal.

Devido a tantas causas, tantos problemas a serem solucionados, o Poder Judiciário se encontra inundado de papéis merecedores de solução – ainda que haja os de pouca causa. É dessa forma e analisando a situação que a onerosidade para se ter um advogado quando precisa, desenvolve-se um estudo quanto a efetiva gratuidade da justiça sendo que ela é um direito fundamental consagrado em nossa própria Constituição.

DESENVOLVIMENTO

Com a vigência Código de Processo Civil de 2015, a garantia constitucional de acesso à justiça ficou claramente declarada quando se trata em gratuidade à justiça. Este direito tem como titulares preferencialmente, aquelas pessoas hipossuficientes visando assim, ajudar aqueles que mais precisam e não podem, por questões financeiras, arcar com custos de um advogado, por exemplo.

A Constituição Federal quando elencou este direito como fundamental, garantiu o acesso a justiça no próprio artigo 5º, inciso XXXV. Para que se garanta o acesso à ela, devemos prezar pelo direito de ação – que qualquer pessoa possa, a qualquer tempo, pedir que o Estado resolva um conflito intersubjetivo – e até por um processo justo, efetivo e com duração razoável (que ele dure o tempo necessário para que seja resolvido a lide do caso concreto). Entende-se que, para que o direito ao acesso a justiça seja efetivo, dependerá da efetividade de outros direitos considerados como fundamentais também. Foi desta forma, baseado neste princípio, foi que a Lei 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, em seus artigos 98 a 102, garantiu que a justiça seja acessada por qualquer cidadão que dela necessite.

Enquanto que nos primórdios da história a autotutela (resolução pelos próprios litigantes, por exemplo, como a vingança) era o meio usado para a solução de conflitos, o desenvolvimento do processo e sua implementação no ordenamento jurídico é algo relativamente novo comparado com a autodefesa. A fim de proteger a dignidade do ser humano, foi que o processo e outros meios de solução de conflitos passaram a ser ligados a atividade estatal, sendo que hoje, o Estado tem monopólio para julgar e resolver todo e qualquer tipo de conflito, sendo legítimo para tal, tendo grande influência para essa conquista segundo Montesquieu, no século XVII, quando consagra o Estado detentor do poder de aplicar o direito.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, trata do acesso a justiça em seu artigo 8º, quando ressalva que “todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”. E baseado nisso, a nossa Carta Magna também ressaltou tal direito, como já dito anteriormente. A Constituição faz a menção do Ministério Público e a Defensoria Pública como garantidor (especialmente a Defensoria) de que todas as pessoas não tenham o obstáculo, na maioria das vezes financeiros, para que se solucione seu conflito. Sabe-se que tal dispositivo não condiz com a realidade do Poder Judiciário brasileiro, onde os processos não tem um tempo razoável e a demanda de conflitos que se exigem uma solução é gigantesca não sendo possível que se resolva de maneira efetiva.

A garantia do acesso à justiça é um espelho da igualdade formal no processo e que reflete a diferença socioeconômica. Desse modo, teoricamente, aqueles que não teriam condições, seriam impedidos de exercer seu direito de ação, mas a fim de garantir a igualdade processual e afastar a diferença socioeconômica, é garantido o acesso a justiça de forma gratuita. Neste pensamento, é assim que alude a ideia do professor Fábio Alexandre Coelho quando diz forma simplificada, a gratuidade da justiça representa o afastamento dos obstáculos econômicos que poderiam impedir

alguém de solicitar ao Estado que tutelasse o seu interesse através do processo. Desta forma, enaltece-se o papel do defensor de justiça. A Defensoria tem como principal função a defesa dos interesses individuais e coletivos dos necessitados, de forma integral (durante todos os atos do processo) e gratuita. Eles garantem a promoção dos direitos humanos exercendo orientação jurídica para aqueles que precisam. Como instituição, as prerrogativas da Defensoria Pública é a unidade, indivisibilidade e a independência funcional. É de suma importância ressaltar unidade e a indivisibilidade, uma vez que caminham juntas e garante que não haja diferenças no julgamento e tratamento.

Com o implemento da tecnologia no judiciário – como os processos eletrônicos, imaginava-se que haveria melhorias quanto a rapidez no processo. Mas há duas principais causas que é relevante ressaltar que dificulta a realização do princípio da eficiência e da duração razoável do processo, bem como o da própria dignidade da pessoa humana: as ações de pequena causa e aquelas voltadas para as pessoas com menos condições financeiras. Acontece que, nas ações de pequena causa inundam o judiciário por motivos que poderiam ser resolvidos de outra maneira, mais ágil e prática, como é o caso da mediação, conciliação e arbitragem que garante uma solução mais rápida e muitas vezes efetiva quando se tem conflitos de interesses. Quando se trata das partes, a hipossuficiência de uma se resolve com a gratuidade para que se tenha a resolução.

Para tanto, pelo método dedutivo, partindo de uma situação geral – que é o direito do acesso gratuito à justiça garantido constitucionalmente – compreendemos a questão pontual de sua não efetivação às pessoas que precisam e usufruem desse direito, bem como sua consequência que é o acúmulo de ações no poder judiciário que por sua vez, limita o poder e direito de ação de qualquer pessoa.

Conclusão

Analisando a crise que o sistema judiciário se encontra, é fácil ressaltar seus defeitos, contudo, é de extrema importância indicar quais as formas de melhorar a atividade dessa função.

Com o auxílio de políticas públicas que garantem o acesso a justiça, defendendo os princípios fundamentais do processo como devido processo legal, duração razoável do processo, efetividade e igualdade processual, e ainda os valores do processo como a facilitação ao acesso a justiça, deve ser sugeridos primeiramente, opções alternativas para que se resolva conflitos simples ou de pequena causa, utilizando-se da mediação, conciliação e arbitragem como meio alternativo e prático.

Como o Estado tem o monopólio da jurisdição e assim, é necessário que ele garanta o acesso à justiça, cabe a ele encontrar os mecanismos para que se a efetive em todo o país concretamente, sem que tenha empecilhos econômicos e geográficos, visando sempre a redução das diferenças socioeconômicas que existem também quando se trata de judiciário. Desse modo, se o acesso gratuito à justiça é necessário e é direito fundamental, o Estado deve garantir que seja efetivo e que atinja a todos os cidadãos por meio de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

- JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*. 19ª edição. Salvador. Editora JusPodivm.
- COELHO, Fábio Alexandre. *Direito Processual Civil*. Vol. 1, pág. 350. Bauru. Editora Spessotto.

VITOVSKY, Vladimir Santos. *O Acesso à Justiça em Boaventura de Santos Souza*. Disponível em: http://www.faa.edu.br/revistas/docs/RID/2016/FDV_2016_11.pdf. Acesso em: 26 de abr. 2018.

JusBrasil. *O Direito Fundamental de Acesso à Justiça e Gratuito Judiciária sob a Ótica do Novo Processo Civil*. Disponível em: <https://romeroadvogado.jusbrasil.com.br/artigos/349136822/o-direito-fundamental-de-acesso-a-justica-e-gratuidade-judiciaria-sob-a-otica-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 26 de abr. 2018.

APLICABILIDADE E EFETIVIDADE DO ‘CONTEMPT OF COURT’ NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

APPLICABILITY AND EFFECTIVENESS OF CONTEMPT OF COURT IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

JANICE COELHO DERZE
UNIMAR – Universidade de Marília
janicederze@yahoo.com.br

ROGERIO MOLLICA
UNIMAR – Universidade de Marília

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a aplicabilidade e efetividade do instituto anglo-saxão do ‘contempt of court’ (desrespeito/desacato à corte), inserido no ordenamento jurídico brasileiro em 2001, com a Lei nº 10.358 e seus efeitos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Busca-se analisar o artigo 14 do revogado Código de Processo Civil em comparação ao atual artigo 77. O objetivo do presente resumo é estudar os deveres das partes e de todos aqueles que participam do processo, bem como as sanções a serem aplicadas pelo juiz em caso de descumprimento pela conduta improba e desleal. Far-se-á um estudo normativo da inserção do instituto anglo-saxão do ‘contempt of court’ no ordenamento jurídico até o atual Código de Processo Civil, definindo e estudando a sua aplicabilidade e efetividade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A relevância do tema proposto consiste no sentido de esclarecer a importância da efetividade e aplicabilidade das sanções dispostas no artigo 77 do atual Código de Processo Civil em consonância com as suas normas fundamentais. Na estratégia teórica a ser utilizada, o presente trabalho buscará partir de uma investigação histórica e jurídica da aplicação do ‘contempt of court’ no direito brasileiro e as implicações deste instituto no nosso ordenamento jurídico. Para a realização da pesquisa será utilizado o método teórico-bibliográfico, abordando-se o tema através de métodos hipotético-dedutivos.

Palavras-chaves: Deveres das partes. *Contempt of court*. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the effectiveness of the application of the Anglo-Saxon institute of 'contempt of court' inserted in the Brazilian legal system in 2001 with Law nº 10.358 and its effects on the jurisprudence of the Superior Tribunal of Justice. The purpose of this summary is to study the duties of the parties and all those who participate in the process, as well as the sanctions to be applied by the judge in failure to comply with unfair and unfair conduct. It will be a normative study of the inclusion of the Anglo-Saxon institute of 'contempt of court' in the legal order up to the current Code of Civil Procedure, defining and studying its applicability and effectiveness in the jurisprudence of the Superior Tribunal of Justice. The relevance of the proposed theme is to clarify the importance of the effectiveness and applicability of the sanctions set forth in article 77 of the current Code of Civil Procedure in accordance with its fundamental norms. In the theoretical strategy to be used, the present work will seek from a historical and legal investigation of the application of contempt of court in Brazilian law and the implications of this institute in our legal system. For the accomplishment of the research will be used the theoretical-bibliographic method, approaching the subject through hypothetico-deductive methods.

Keywords: Duties of the parties. Contempt of court. Superior Tribunal of Justice.

INTRODUÇÃO

Primeiramente a explanação se dará em relação ao instituto anglo-saxão do 'contempt of court', tendo em vista a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei nº10.358/2001. A necessidade de se trazer considerações básicas quanto ao instituto inglês tem a necessidade no simples fato de que o principal objetivo deste artigo é demonstrar a forma como o Brasil adotou mecanismos afim de assegurar o cumprimento das decisões judiciais, tendo em vista os deveres de lealdade e boa-fé das partes e de todos que participam do processo, além das diversas normas fundamentais dispostas no atual Código de Processo Civil, bem como a efetividade do seu cumprimento.

Ultrapassada esta primeira etapa, será dissertado sobre a Lei nº 10.358/2001, bem como do artigo 14 do Código de Processo Civil de 1973, os quais foram os responsáveis pela inserção no ordenamento jurídico brasileiro do 'contempt of court'.

Posteriormente, será elucidado o artigo 77 do atual Código de Processo Civil em comparação ao revogado diploma legal frente as várias normas fundamentais consagradas modernamente naquele texto em vigor.

Para finalizar o tema em relação a problemática das atividades ímprobas das partes no processo civil, será exposta a ideia defendida, os pontos positivos e os pontos negativos diante das normas fundamentais dispostas no Livro I do vigente Código de Processo Civil. Além disso, serão discutidos os objetivos principais e as implicações decorrentes da sua aplicação, bem como a sua efetividade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O que se busca com o presente trabalho é elucidar os deveres das partes e de todos aqueles que participam do processo no atual Código de Processo Civil e suas várias normas fundamentais, bem como a aplicabilidade e efetividade do 'contempt of court' na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

AS ATIVIDADES ÍMPROBAS DAS PARTES E O INSTITUTO DO 'CONTEMPT OF COURT' NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei 10.358/2001 alterou o artigo 14 do revogado Código de Processo Civil de 1973 para consagrar a aplicação do instituto anglo-saxão 'contempt of

court’(desacato/desprezo à corte), dispondo sobre as sanções a serem aplicadas pelo juiz em caso de descumprimento dos deveres de lealdade e boa-fé das partes e de todos aqueles que participam do processo. Já o atual Código de Processo Civil de 2015 mantém o instituto em seu artigo 77, porém com alterações ao revogado artigo 14.

Em termos históricos, o instituto do ‘contempt of court’ surgiu no ano de 1187 quando um réu não acudiu à citação. Em 1802, na Inglaterra, o poder de contempt decorria da possibilidade de prender ou multar quem desafiasse a corte, sendo que na América, o Judicial Act de 1789, conferiu a todo tribunal igual competência (ASSIS, 2003).

Assim, resta claro que o poder de *contempt of court* é reconhecido em países que adotam o sistema de *common law* e se caracteriza por ser um meio de se forçar os indivíduos ao dever de cooperação, mesmo indiretamente, aplicando-se sanções em caso de descumprimento da jurisdição.

Por outro lado, entende-se que o *contempt of court* não é simplesmente um instituto, mas um conjunto de normas jurídicas, pois além de qualificar juridicamente as condutas ímprobas, justifica a necessidade da reação judicial a elas, bem como as medidas a serem aplicadas contra o desrespeito às decisões do juiz. (GUERRA, 1998)

Observa-se, que o *contempt of court* corresponde a uma reação à prática de atos das partes, dos procuradores ou de todos aqueles que participam do processo, que possam acarretar ofensas a um juiz ou tribunal quanto à autoridade da justiça. Tais atos podem comprometer a autoridade ou a dignidade do órgão jurisdicional, portanto, passíveis de sanções.

Várias são as condutas que podem ser praticadas pelas partes e por todos aqueles que participam do processo e que podem acarretar ofensa ao órgão jurisdicional, um desacato à corte, como a roupa com que a parte ou advogado vai ao Tribunal, a tentativa de se agredir o juiz, o advogado, algum oficial de justiça ou alguma parte. (GUERRA, 1998)

Resta evidente que, o *contempt of court* é um microsistema normativo integrado por regras e princípios, os quais objetivam propiciar a boa e regular administração da justiça, bem como o prestígio do Judiciário.

Em 2001, o Brasil inseriu o inciso V ao artigo 14 prevendo o dever de lealdade processual, acrescentando uma multa de caráter administrativo no parágrafo único do mesmo diploma legal, com o fito de repelir uma crise de desobediência (BRAGA, 2014).

Interessante observar que, a disposição do dever de lealdade abrange todos os provimentos mandamentais, ou seja, não somente as sentenças, mas também as decisões interlocutórias e os despachos (THEODORO JÚNIOR, 2007)

O atual Código de Processo Civil, com fundamento nos princípios do acesso à justiça, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, manteve o instituto do *contempt of court*, com poucos avanços em relação ao revogado Código (GIUBERTI, 2017)

Assim, o normativo em vigor alçou o dever de boa-fé como norma fundamental, em seu artigo 6º, mantendo os demais deveres como estavam dispostos no revogado artigo 14 do Código de Processo Civil de 1973, acrescentando os incisos V e VI ao artigo 77.

Nesse ponto, é interessante observar que as condutas arroladas no artigo 77 do Código de Processo Civil em vigor são desdobramentos da norma fundamental do dever de boa-fé. Ademais, o rol ali disposto não é taxativo, sendo que as condutas enumeradas são comissivas e omissivas que violam a dignidade da justiça.

Tanto é assim, que a norma fundamental do dever de boa-fé é considerada uma cláusula geral processual, pois se torna impossível ao legislador arrolar a infinidade de situações que podem ocorrer na tramitação do processo e que serão considerados comportamentos desleais (DIDIER, 2016).

Em relação as sanções, constata-se que o atual artigo 77 prevê em seu parágrafo 1º os casos em que as condutas praticadas pelas partes, procuradores e todos aqueles que participam do processo são atentatórios à dignidade da justiça, dispondo no parágrafo 2º acerca da multa de até 20% do valor da causa, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis.

Não há dúvidas de que a natureza jurídica da multa disposta no parágrafo 2º do artigo 77 do Código de Processo Civil é punitiva, tendo em vista uma conduta processual improba e o objeto tutelado é a dignidade da justiça (ABELHA, 2015).

A redação do parágrafo 2º do artigo 77 do novo Código de Processo Civil não definiu quais seriam as sanções criminais, civis e processuais cabíveis, o que gera dúvida se além da multa qual punição seria aplicável em caso de violação do dever de cumprir as decisões judiciais ou embaraço à efetivação das ordens judiciais (GIUBERTI, 2017).

Por outro lado, mister se faz ressaltar que o parágrafo 7º do artigo 77 prevê a figura do atentado, que antes era previsto como uma medida cautelar. Assim, em caso de violação aos deveres dispostos no artigo 77, o juiz vai determinar o reestabelecimento do estado anterior, além de proibir a parte de manifestar no processo até a purgação do atentado.

Assim, o Código de Processo Civil em vigor manteve o instituto anglo-saxônico incorporado no Brasil em 2001, bem como a multa pecuniária como mecanismo quase que exclusivo de proteção a tutela da dignidade da justiça, sem contudo, justificar o beneficiário dela (GIUBERTI, 2017).

Ademais, em análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não se vislumbra, desde 2001, a efetividade do comando processual, pois existem pouco menos de 10 acórdãos que tratam sobre o tema relativo aos deveres das partes. Importante salientar que, uma atuação mais efetiva do instituto em estudo, seria fundamental para a consagração do princípio da razoável duração do processo e da efetivação das decisões judiciais.

Por fim, é imperioso ressaltar que o Código de Processo Civil prevê vários mecanismos para a tutela de uma ordem jurídica justa, porém a aplicabilidade e efetividade são reduzidas, impondo-se ao legislador uma melhor regulamentação do instituto em estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, desde 2001, possui mecanismos para tutelar a dignidade da justiça, seja por meio de multa pecuniária, seja por simples advertência às partes, tendo em vista a alteração do artigo 14 do revogado Código de Processo Civil, utilizando-se o instituto anglo-saxão do *contempt of court*.

Nesse compasso, o Código de Processo Civil em vigor manteve a adoção do instituto do *contempt of court*, arrolando os deveres das partes e de todos aqueles que participam do processo, bem como as sanções correspondentes em caso de descumprimento.

Apesar da consagração do *contempt of court* no ordenamento jurídico brasileiro, a sua aplicabilidade e efetividade ainda é restrita. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível verificar que os acórdãos citam a existência dos

deveres e da aplicação da multa, porém não é possível aferir se a sanção foi executada em 1º instância.

Observa-se ainda, que alguns julgados confundem contempt of court com a litigância de má-fé, sendo possível aferir preliminarmente que, apesar da previsão de condutas que violam a dignidade da justiça, bem como a sanção a ser aplicada, o instituto ainda precisa ser melhor regulamentado para a sua adequada aplicabilidade e efetividade.

REFERÊNCIAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. Revista de Processo: São Paulo, v. 111, p. 18-37, 2003.

BRAGA, Paula Sarno. *O parágrafo único do art 14 do CPC e a multa punitiva imputada aos infratores do dever processual previsto no inciso V: um contempt of court à brasileira*. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_agosto2008/docente/doc.02 acessado em 16 de agosto de 2018.

DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e conhecimento*. 18º ed. Salvador: Ed. JusPodivum, 2016.

GIUBERTI, Vander Santos. *Contempto f Court: o que é e o que não é no novo sistema processual brasileiro*. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19848/13267> acessado em 15 out. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

A REPUTAÇÃO COMO CONTROLE DAS INFRAÇÕES DE CONSUMO DENTRO DOS CONTRATOS DIGITAIS

REPUTATION AS A CONTROL OF CONSUMER INFRINGEMENTS WITHIN DIGITAL CONTRACTS

AUTOR: MARCELO DE SOUZA CARNEIRO -
PROF.MARCELOCARNEIRO@HOTMAIL.COM

ORIENTADOR: ARTUR CESAR DE SOUZA -- UNIMAR
ARTUR.SOUZA@TRF4.JUS.BR

RESUMO.

O presente trabalho tem como objetivo analisar através do método hipotético-dedutivo utilizando o modo de revisão de literatura onde se avaliará a adequação do Código de Defesa do Consumidor aos novos modelos de contratos de consumo dentro do ambiente virtual. Analisa-se, de forma breve também se o Estado de fato ainda possui condições de manter a centralidade e protagonismo exclusivo na resolução de conflitos dentro do modelo digital, tendo em vista que existe diante da enorme quantidade de conflitos, uma

crise de eficiência do Estado que não mais consegue resolver todos os conflitos. Nesse sentido, busca-se demonstrar se a reputação e as avaliações públicas de sites com essa finalidade bem como a reputação decorrente dos sites de negociação de venda e compra de produtos entre particulares seriam uma forma de proteger o consumidor, partindo-se de uma estratégia de proteção dentro do próprio universo negocial, sem que, inicialmente se recorra ao Poder Judiciário. Desse modo, a reputação é a aplicação do princípio da confiança nas relações de consumo que promove modelo de proteção ao consumidor, a partir de uma avaliação e classificação pública, perfazendo-se um novo modelo de controle social e monitoramento das relações sociais dentro de um modelo de participação social e democrático.

Palavras-chave: Contratos digitais. Relações de consumo. Reputação

ABSTRACT

The present work aims to analyze through the hypothetical-deductive method using the mode of literature review where the adequacy of the Consumer Defense Code will be evaluated to the new models of consumption contracts within the virtual environment. It is briefly analyzed also if the State in fact still has the conditions to maintain the centrality and exclusive role in resolving conflicts within the digital model, considering that there is a crisis of efficiency of the State in the face of the enormous amount of conflicts which can no longer resolve all conflicts. In this sense, it is tried to demonstrate if the reputation and the public evaluations of sites for this purpose as well as the reputation derived from the sites of negotiation of sale and purchase of products between individuals would be a way to protect the consumer, starting from a strategy of protection within the negotiating universe itself, without initially appealing to the Judiciary. Thus, reputation is the application of the principle of trust in consumer relations that promotes a model of consumer protection, based on a public assessment and classification, resulting in a new model of social control and monitoring of social relations within a model of social and democratic participation.

Keywords: Consumers relations. Digital contracts. Reputation.

INTRODUÇÃO.

Diante das enormes transformações sociais decorrentes da tecnologia, da globalização e da digitalização da vida, as relações jurídicas de consumo migraram também para o ambiente digital, havendo massificação ainda maior das relações de consumo e a agilização da realização dos mesmos.

Assim, o Estado, através do Código de Defesa do Consumidor sempre foi o garantidor e efetivador da proteção dirimindo os conflitos e intervindo na relações jurídicas para proteção à vulnerabilidade dos consumidores e se evitando também a hipossuficiência.

O presente trabalho pretende analisar a eficiência do Estado e do Código de Defesa do Consumidor como instrumentos de garantia e proteção a essa desproporcionalidade de forças entre consumidores e fornecedores.

É sabido que, em razão das abissais transformações sociais, o Estado passa por crise de eficiência e efetividade, de forma que tem se mostrado incapaz de resolver a enormidade de conflitos surgidos no seio social, perdendo-se sua centralidade e monopólio na condição de resolver conflitos.

Assim diante das supostas dificuldades do Estado, apesar da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de consumo digitais, de proteger o consumidor, o presente trabalho pretende analisar se a reputação desenvolvida através

da lógica do princípio da confiança é capaz de garantir proteção da sociedade a partir da própria sociedade.

Ao que parece, a reputação, como resultado da aplicação do princípio da confiança podem ser caminhos para suprir a ineficiência do Estado como ente único de gestão e resolução dos conflitos dentro dos contratos desenvolvidos através do *e-commerce* no ambiente digital.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, adotar-se-á o método hipotético-dedutivo a partir da revisão de literatura acerca do tema, aferindo-se a utilização de instrumentos exógenos à proteção judicial estatal como alternativa para proteção do consumidor dentro dos contratos desenvolvidos no meio digital, como se verá adiante.

DESENVOLVIMENTO.

As enormes transformações nas relações sociais promovidas pela digitalização e pela globalização fizeram com que tais mudanças promovessem também mudanças nas relações contratuais. O contrato, como se vê, assume a função de instrumento de efetivação das relações econômicas e acompanham as transformações ocorridas na sociedade. (ROPPO 1988, p. 8)

As relações sociais e as relações jurídicas romperam a barreira da materialização do tempo e do espaço, de modo, atualmente, a sociedade se liquefez de modo que as relações econômicas e jurídicas deixaram de se vincular a um espaço e tempo real. (BAUMANN, 2001, p.10-11).

Desse modo, essas transformações sociais acima mencionadas trouxeram grandes mudanças nos contratos jurídicos e principalmente, transferindo o espaço e o tempo desses contratos para o universo digital em que há liquefação do local e do momento dos contratos. Nesse sentido a utilização da internet como ambiente para a realização dos contratos de consumo representam a inclinação social para a utilização do ambiente virtual para o desenvolvimento das relações jurídicas de consumo.

Apesar de ter entrado em vigor antes dos contratos digitais, é possível, em tese, aplicar o Código de Defesa do Consumidor como instrumento jurídico de proteção para as relações de consumo no âmbito digital, podendo-se fazer incidir os mesmos princípios de proteção ao consumidor na lei 8078/90. Um exemplo disso é o artigo 49 do Código de Processo Civil que estabelece a possibilidade da devolução do produto ao fornecedor dentro do prazo de 07 (sete) dias após o recebimento pelo consumidor. (SILVA, 2012, p.15).

Apesar dessa adequação do Código de Defesa do Consumidor às relações contratuais de consumo no âmbito digital, é possível constatar que, com a mudança do tempo e do espaço das relações jurídicas contratuais consumeristas, surgem imensas dificuldades de se proteger efetivamente os consumidores. Contudo, mesmo que haja uma previsão legal objetiva que se adéque às relações contratuais de *e-commerce*, tal proteção não se mostra efetiva diante das transformações decorrentes das novas características contratuais advindas da digitalidade.

Assim, nas relações de consumo tradicionais, há um reequilíbrio de forças entre consumidor e fornecedor, de modo que as normas de proteção fazem superar a vulnerabilidade do consumidor diante do enorme poder econômico que o empresário possui e que naturalmente fazem com que exista como pano de fundo um desequilíbrio de forças entre as partes da relação de consumo.

A massificação e a desproteção existe ainda em maior proporção nas relações de consumo digitais em decorrência do aumento do distanciamento físico entre as partes, bem como em razão da celeridade entre as relações de consumo que fazem com que ocorra com mais frequência situações de ruídos de comunicação, propaganda abusiva e

mesmo enganosa havendo abusos em informações imprecisas ou inadequadas que geram divergências entre a oferta e as reais características do produto, por exemplo.

Desse modo, há nos contratos digitais de consumo, vulnerabilidade ainda maior do consumidor em razão do aumento da fragilidade diante das mudanças dos ambientes da realização desses contratos e da impossibilidade das tratativas presenciais, bem como a redução de possibilidades de controle, no que se refere a troca e percepção das informações e características dos produtos ofertados.

Nesse sentido, as relações jurídicas consumeristas digitais promovem vulnerabilidade ainda maior às relações de consumo. Não é exagero afirmar que, além da vulnerabilidade, é possível também se ter hipossuficiência de forma recorrente em decorrência dos fatores digitais. (DIAS, 2001, p.108).

Como se constata, apesar do Código de Defesa do Consumidor conseguir regular de forma aceitável as relações contratuais de consumo no âmbito digital, a ultra massificação e o aumento vertiginoso dos contratos na sociedade de consumo fizeram com que não fosse mais possível se controlar eficazmente as relações de consumo digitais, de modo que a grandiosa e burocrática estrutura estatal não se mostrou suficientemente eficiente para garantir proteção integral aos novos modelos de contrato no âmbito digital.

Desse modo, diante dessa proteção defasada, há a necessidade de monitoramento da própria sociedade em parceria com o Estado diante de evidente crise do Estado e do Poder Judiciário que não mais consegue dirimir de forma eficiente os conflitos a este apresentados, é indispensável que se tenha uma parceria entre Estado e sociedade para que se possa solucionar os conflitos nas relações de consumo digitais. (BONAVIDES, 2001, p.219).

Diante da realidade acima apresentada, fica evidente que é indispensável que exista um controle alocado nas próprias relações sociais, no plano das subjetividades e que é exercido entre os próprios contratantes em suas relações, mas que não dispensa totalmente o Poder Público que pode ser acionado a partir da provocação dos contratantes.

É importante ressaltar que, com essa massificação desmedida das relações de consumo, a sociedade sentiu necessidade de criar outros instrumentos de controle para a proteção das relações de consumo que não dependesse exclusivamente do Estado de forma direta e objetiva para que houvesse a proteção aos vícios e defeitos dos negócios nos contratos digitais.

Nesse sentido, a reputação pautada no princípio da confiança passou a ser a maneira encontrada pela sociedade para se proteger dos problemas que pudessem ocorrer nas nos contratos digitais já não tão controlados pelo Estado como outrora, pela evidente limitação diante do aumento vertiginoso dos contratos.

Assim, a exposição e a avaliação pública de um contratante passaram a ser um modo de controle muito mais eficiente do que o praticado pelo Estado no mundo dos negócios, visto que algumas más avaliações dos contratantes em relação a outros é suficiente para que os fornecedores não tenham mais novos contratos, gerando assim o receio e cautela da má avaliação. (BAUMAN, 2001, p.82-83)

Como se vê, o controle decorrente da própria reputação passa a ser o instrumento de proteção das relações negociais da pós-modernidade que confere ao próprio contratante o poder de decidir sobre os riscos e a viabilidade ou não de praticar determinado negócio jurídico de consumo.

O princípio da confiança, então passou a ser o norteador das relações de consumo no meio digital, sendo um dos únicos caminhos para nortear e proteger o

consumidor nesse novo modelo de contrato realizado no âmbito digital. (MARQUES, 2004, p.143).

O princípio da confiança é decorrente do princípio da transparência que se materializa nas expectativas e credibilidade que o consumidor deposita no produto ou no vínculo contratual, se mostrando como princípio direcionador para o desenvolvimento saudável dos negócios dentro da prática dos contratos de consumo realizados dentro dos meios digitais. Desse modo, a lealdade e a boa-fé contratual se solidificam como um dos princípios mais importantes para o desenvolvimento dos contratos no meio digital.

Atualmente é muito comum se encontrar nos meios digitais órgãos e sites avaliadores que conferem selos de garantia de idoneidade a empresas fornecedoras de produtos e serviços. Os sites de venda entre particulares que podem configurar relação de consumo ou não também têm como política de negócios, a reputação e avaliação o que de fato evidencia o princípio da confiança como informadora e garantidora da saúde das relações econômicas e de consumo da pós-modernidade.

CONCLUSÃO.

Diante das abissais transformações nas relações sociais, levando a vida e os negócios para o mundo digital, fica evidente também o deslocamento das relações negociais de consumo para também o mundo digital.

Além da transferência de tempo e espaço dos negócios para a virtualidade, verifica-se também a adequação do Código de Defesa do Consumidor a esse novo cenário, havendo relativa adequação dos princípios e normas como instrumento de proteção legal e objetivo às relações de consumo.

Apesar da adequação do Código de Processo Civil às relações contratuais ocorridas no meio digital, constata-se que a massificação das relações de consumo fez com que o Estado se mostrasse incapaz de controlar e proteger totalmente as relações contratuais digitais, de modo que foi necessário encontrar outras maneiras de proteção decorrentes da própria sociedade que se passou a fixar dentro das próprias relações subjetivas econômicas, sem que haja necessidade efetivamente de passar por um controle direto do Estado.

Assim, diante da crise de efetividade do Estado, a alternativa para controlar as relações jurídicas contratuais digitais no âmbito das relações de consumo passou a ser a partir do conceito de reputação a partir de uma classificação pública dos fornecedores de produtos e serviços dentro da web, sendo também tal conceito utilizado dentro dos sites de negócios entre particulares.

A partir do conceito de reputação, verifica-se o surgimento de um novo princípio dentro do Direito do Consumidor que é o da confiança que decorre do princípio da lealdade e da boa-fé. Esse princípio da confiança evidencia o deslocamento de boa parte da proteção e gestão dos conflitos no âmbito das relações econômicas digitais, dentro do próprio ambiente das relações econômicas. O Estado somente é provocado quando realmente esse sistema de reputação e confiança e interatividade não se mostram capazes de resolver os problemas e vícios das relações econômicas de consumo digitais.

REFERÊNCIAS.

BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar editor, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral da democracia participativa: Por Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade.* São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DIAS, Jean Carlos. *O direito contratual no ambiente virtual.* Curitiba, Juruá, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Almedina, 1988.

O ASPECTO SOCIAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E O ACESSO À JUSTIÇA.

THE SOCIAL ASPECTS OF THE FEDERAL SPECIAL JUSTICE AND THE ACCESS TO JUSTICE.

ALESSANDRO DE ALMEIDA SANTANA SOUZA

DANIEL BARILE DA SILVEIRA

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o Juizado Especial Federal, tendo em vista que este possui a função social de proporcionar o direito de cada cidadão, traduzindo-se em uma justiça célere e eficaz. Logo, no cumprimento de sua função social deve facilitar o acesso à justiça, bem como apresentar um procedimento jurisdicional abreviado e eficaz para que cada pessoa tenha seu conflito resolvido no menor tempo possível, pois geralmente as ações interpostas nesse juizado possuem caráter alimentar. A propósito, o intuito do juizado juntamente com sua função social é de facilitar o acesso à justiça, bem como prestar um procedimento jurisdicional célere, justo e efetivo à toda população, para que não ocorram delongas desnecessárias ferindo o direito daquele que a reclama. Assim, utilizou-se o método dedutivo, utilizando-se metodologicamente de pesquisa bibliográfica, documentos eletrônicos e legislação. Assim, o objetivo é analisar a função social do Juizado Especial Federal e verificar como está sendo cumprida esta função, bem como observar se após sua criação houve melhoras na tutela jurisdicional. Concluiu-se que o Juizado Especial Federal atende todas as classes sociais e permite a todos os indivíduos ingressarem judicialmente gratuito por meio de atermção, que é realizada na própria secretaria da Justiça Federal, ficando a critério da parte, até mesmo financeiramente, em contratar advogado ou não, isto é, esta possibilidade é fundamental principalmente aos mais necessitados – os hipossuficientes.

Palavras-chave: Acesso ao judiciário. Demandas sociais. Juizado Especial Federal.

ABSTRACT

The purpose of this study is to study the Federal Special Court, given that it has the social function of providing the right of each citizen, translating into a speedy and effective justice. Therefore, in fulfilling its social function, it should facilitate access to justice, as well as present an abbreviated and effective judicial procedure so that each person has his or her conflict resolved in the shortest possible time, since generally the actions filed in this court are food-related. The purpose of the court, together with its social function, is to facilitate access to justice, as well as to provide a speedy, fair and effective judicial procedure for the whole population, so that unnecessary delays do not harm the rights of those who claim them. Thus, the deductive method was used, using methodological bibliographical research, electronic documents and legislation. Thus, the objective is to analyze the social function of the Federal

Special Court and to verify how this function is being fulfilled, as well as to observe if after its creation there were improvements in the judicial protection. It was concluded that the Federal Special Court attends all social classes and allows all individuals to enter court for free by means of a holding, which is carried out in the Federal Justice Secretariat itself, being at the discretion of the party, even financially, to hire a lawyer or not, that is, this possibility is fundamental mainly for the most needy ones - the hygienic ones.

Keywords: Access to the judiciary. Social demands. Federal Special Court.

INTRODUÇÃO

O intuito do Juizado Especial Federal à luz da função social é de facilitar o acesso à justiça, bem como prestar um procedimento jurisdicional célere, justo e efetivo às pessoas no intuito de evitar delongas desnecessárias e que prejudique o cidadão.

A importância deste trabalho se reflete em toda a sociedade, pois é indispensável aos cidadãos, de tal modo que, este juizado proporciona uma justiça célere, e um procedimento efetivo, resolvendo os conflitos de cada indivíduo no menor tempo possível, ou seja, a função social do Juizado Especial Federal é garantir às pessoas os seus direitos no menor tempo possível. Assim sendo, é importante verificar sobre os princípios norteadores, pois possibilitam o cumprimento adequado da função social deste juizado.

A NATUREZA SOCIAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

Ensina Ramos (2009. p. 5) que o Juizado Especial Federal tem de ser célere, e deve seguir aos princípios que o regem, conforme o artigo 2º da Lei nº 9.099/95, “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível à conciliação ou a transação.” Assim, a lei usa a expressão critérios, e esses são verdadeiros princípios.

A Lei n. 10.259/2001, que criou o Juizado Especial Federal, possibilitou o acesso à justiça à toda sociedade de forma mais célere e eficaz. Com o passar do tempo o Juizado Especial Federal passou a ser conhecido e aos poucos as ações foram aumentando gradativamente.

Contudo, como bem explica Vieira, quando de sua criação pôs em dilema a criação, operacionalidade e manutenção desse órgão, pois:

[...] A Lei 10.259/2001 criou os Juizados sem nenhuma estrutura ou previsão legal ou orçamentária para ampliar o quadro de juízes e de servidores. O art. 18 da citada lei delegou aos TRFs a decisão de instalação de varas de juizados e de juizados adjuntos [...]. (VIEIRA, 2014, p.10)

A lei em questão determinou a criação do Juizado Especial Federal, no entanto, sem condições nenhuma tanto estruturais, para atender as pessoas que buscassem o juizado, como também sem condições orçamentárias para aumentar o conjunto de juízes e de servidores para cumprirem corretamente a respectiva Lei. Premissa esta que:

Introduziu-se no mundo jurídico um novo sistema, ou, ainda melhor, um microsistema de natureza instrumental de criação constitucional obrigatória – o que não se confunde com a facultatividade ou obrigatoriedade da jurisdição – destinado à rápida e efetiva atuação do direito voltado à satisfação dos jurisdicionados e à pacificação social. (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2002, p. 44)

Mesmo com as mínimas estruturas, juízes, a OAB e servidores se esforçaram para de fato criarem o órgão, pois não haveria a menor possibilidade do cumprimento da lei, não fosse pela garra, pela motivação e pela coragem de magistrados e servidores visionários, que acreditaram nessa nova modalidade de atuação da Justiça Federal, voltada especialmente para a população carente e desassistida. (VIEIRA, 2014, p.10)

Mas, aos poucos esta função do Juizado Especial Federal de igualdade vem aumentando dia após dia. Com o procedimento de ingressar com o pedido gratuitamente, e também com o serviço eletrônico proporcionado aos representantes, possibilita uma maior simplicidade e agilidade na ação. “Esta é a primeira lei federal que introduz o emprego sistemático de meio eletrônico para facilitar o acesso do cidadão à Justiça.” (MENDES, 2002, p. 32).

Em meio à da criação da Lei n. 10.259/2001 com a instituição do Juizado Especial na estrutura da Justiça Federal, iniciou-se também o trabalho do “Juizado Especial Federal Itinerante”. Logo, essa atividade aproximar ainda mais o acesso à justiça à todas as pessoas, uma vez que os membros e servidores do Poder Judiciário se descolam para diversos locais, ou seja, saindo da estrutura física local para os lugares mais remotos à procura de pessoas que necessitam do acesso à justiça, bem como da prestação e tutela jurisdicional. Porquanto nesses locais geralmente há pessoas que não possuem claramente informações sobre seus direitos.

Destaca o Juiz Federal Johnny Gustavo Cledes em atendimento aos ribeirinhos:

Sempre que se percebe que alguma coisa ficou sem atender ao cidadão, nós buscamos para o ano seguinte novos parceiros, para que esses serviços sejam mais completos e assim o cidadão, sem necessidade nenhuma de deslocamento, consiga ter tudo isso de uma vez só, na porta da sua casa, em pouco tempo, sem custo e com simplicidade. (CLEMES, 2014, p. 48).

O acesso à justiça passa a ser um novo e importante direito dos indivíduos. Deste modo, o Juizado Especial Federal Itinerante pode ser verificado como um procedimento ainda maior para proporcionar à justiça a sociedade. No exercício do itinerante, ou seja, no momento em que um grupo de pessoas, sendo estes juízes, servidores, estagiários, médicos, assistentes sociais, dentre outros, saem da estrutura da Justiça Federal a procura de indivíduos que necessitam de ajuda, na maioria das vezes em locais de difícil acesso, passando por inúmeros desafios para chegar nesses locais, é uma ampla manifestação de acesso à justiça principalmente às pessoas mais carentes, pois estas não poderiam se deslocar até a Justiça Federal. Portanto, se não fosse o trabalho do itinerante essas pessoas não poderiam buscar os seus direitos.

A revista “Via Legal” (2014), apresentou um fato concreto ocorrido em 2003 envolvendo Maria Balbina Batista. Esta senhora vivia isolada no povoado de Galhão, no município de Mateiros/TO, sobrevivendo apenas com o que conseguia plantar na sua roça. Todavia, não possuía documentos pessoais, tendo como idade presumida de 70 anos de idade. Ela estava morando em uma cabana de palha, e a doença de hanseníase já tinha levado parte de seus dedos da mão direita e o bócio era visível com o caroço visto em seu pescoço. Por meio do Juizado Especial Federal Itinerante ela foi encontrada, e por meio da ação proposta no juizado de imediato o juiz proferiu a sentença e concedeu o benefício assistencial à idosa.

Desde então, a demanda do Juizado Especial Federal passou a aumentar cada vez mais, pois os integrantes desta Justiça passaram a demonstrar a ampla importância em proporcionar o direito as pessoas, principalmente as mais necessitadas, atingindo assim o objetivo da lei em proporcionar uma justiça rápida e efetiva a toda sociedade, sem distinções.

O acesso à justiça conforme o caso demonstrando reclama a intervenção do Poder Judiciário para dar tratamento adequado ao problema, como bem destacado nas palavras de

Silveira e Silveira (2017, p. 65):

[...] o direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º XXXV, da Constituição Federal além de vertente formal perante os órgãos judiciários, implica em acesso à ordem jurídica justa, e que por isso cabe ao Poder judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado de problemas jurídicos e dos conflitos de interesses.

Torna-se de suma importância “a efetiva cooperação das partes assegure o efetivo acesso à justiça, tornando as decisões judiciais cada vez mais próximas da verdade e da vontade das partes”. (ESTEVES, 2017, p. 31).

CONCLUSÃO

Com a simplicidade do acesso à justiça no Juizado Especial Federal, pode-se notar claramente a função social do mesmo, visto ser a justiça de todos. Isto é, este juizado busca atender corretamente as necessidades de toda a população, proporcionando o que lhes for de direito sem dificultar o acesso. Ou seja, a existência da informalidade e da simplicidade é para evitar qualquer demora desnecessária que retarde o cumprimento da função social. De fato, o Juizado Especial Federal atende todas as classes sociais, pois permite a todos os indivíduos a ingressarem com o pedido de forma gratuita por meio da atermiação que é realizada na própria secretaria da Justiça Federal, logo, fica a critério da parte e de sua situação financeira em contratar advogado ou não, pois por meio da atermiação terá o seu pedido realizado. Assim, o fato do Juizado Especial Federal ser célere, simples e efetivo demonstra à sociedade que os conflitos de cada indivíduo podem ser solucionados em curto tempo, obedecendo aos princípios, tais como, celeridade e informalidade.

A função social do Juizado Especial Federal é facilitar o acesso à justiça a toda sociedade, bem como exercer uma melhor e diferenciada prestação jurisdicional, para ajudar cada vez mais as pessoas alcançarem o bem da vida pleiteado.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm>. Acesso em: 02 de maio 2018.
- CLEMES, Jhonny Gustavo. *Revista Olhares do Juizado Especial Federal*, 2014.
- ESTEVES, Renata Reis. *A reestruturação do direito constitucional ao contraditório a partir do modelo cooperativo de processo instaurado pelo novo código de processo civil como garantidor do efetivo acesso à justiça*. Anais VI Fórum de Projetos de Pesquisa em Direito. Universidade de Londrina – UEL.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Juizados Especiais Federais: Obra social*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/874926>. Acesso em: 03 maio 2018.
- SILVEIRA, Daniel Barile da; SILVEIRA, Thiago Cortes Rezende. *A conciliação e a mediação como instrumentos para a realização da função social da empresa*. Disponível em: <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2562>>. Acesso em: 03 maio 2018.
- RAMOS, Disney de Melo. *Manual prático do juizado especial na Justiça Federal: juizado especial cível federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais; comentários à Lei n. 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: RT, 2002.

GT 5

OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA: DESAFIOS PARA O MEIO AMBIENTE E DIREITOS DO CONSUMIDOR

PROGRAMMED OBSOLESCENCE: CHALLENGES FOR THE ENVIRONMENT AND CONSUMER RIGHTS

VITOR CASARINI ITO

Mestrando do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Vinculado ao grupo de pesquisa Globalização, Direito e Economia/CNPq.
vitoorito@gmail.com

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER

Doutora em Educação pela UNESP/Marília e docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. walkiriamf@terra.com.br

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa consiste em verificar os problemas causados pela obsolescência programada para o meio ambiente e o consumidor. A obsolescência programada é uma técnica utilizada por fabricantes para forçar a compra de novos produtos, mesmo que os que você já tem estejam em perfeitas condições de funcionamento. Ressalta-se a importância do combate a este tipo de conduta por empresas mundo à fora, pois partindo da premissa que estas tornaram-se ferramentas indispensáveis para o aumento de vendas e subsistência da atividade empresarial, e embora ainda existam pessoas a que consideram uma perda de tempo, acabam se prejudicando sem ao menos ter conhecimento de suas consequências. As empresas cada vez mais têm utilizado desta técnica para impulsionar as vendas por meio de novos produtos, modelos que aguçam e aumentam o consumismo na sociedade. É importante analisar quais são os benefícios e malefícios que podem apresentar se não precavermos sobre este tipo de conduta, já que sabemos que os recursos naturais, como o meio ambiente, não são renováveis e quem acaba pagando a conta de tudo isso é o consumidor. Por meio do método dedutivo e pesquisa teórica, o presente estudo se propõe a verificar os efeitos perante o meio ambiente e o direito do consumidor no que diz respeito ao uso da obsolescência programada para o impulsionamento de vendas.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Meio Ambiente. Obsolescência Programada.

ABSTRACT

The objective of this research is to verify the problems caused by the programmed obsolescence of the environment and the consumer. Scheduled obsolescence is a technique used by manufacturers to force the purchase of new products, even if the ones you already have are in perfect working order. The importance of combating this type of conduct by companies around the world is emphasized, since, starting from the premise that these have become indispensable tools for the increase of sales and subsistence of the business activity, and although there are still people whom they consider a loss of time, end up harming themselves without even knowing their consequences. Companies have increasingly used this technique to boost sales through new products, models that sharpen and increase consumerism in society. It is important to analyze what are the

benefits and harms that can occur if we do not beware of this type of behavior, since we know that natural resources, such as the environment, are not renewable and who ends up paying the bill of it all is the consumer. By means of the deductive method and theoretical research, the present study proposes to verify the effects to the environment and the right of the consumer regarding the use of programmed obsolescence to drive sales.

Key-words: Consumer Law. Environment. Scheduled Obsolescence.

INTRODUÇÃO

Os reflexos da crise econômica e consumo em baixa foram os motivadores para a criação da obsolescência programada, na década de 1930, mas ainda vigente nos dias atuais.

Ao adentrarmos no tema Obsolescência Programada, necessitamos compreender que trata-se de um tema multidisciplinar que envolve várias áreas de conhecimento como o Direito, Marketing, Economia, Engenharia, entre outros.

Para o Direito no cenário atual do mercado, a discussão se concentra aos danos causados para o consumidor e principalmente o meio ambiente, partindo do pressuposto que este não é renovável. O avanço tecnológico cria, inova e substitui diversos produtos com novas tecnologias em questão de semana ou meses, ou seja, em um ritmo frenético.

Partindo desta premissa de que estamos dentro da era tecnológica, observamos condutas de diversas empresas, que criam novos produtos rotulados de sustentabilidade, mascarando de forma absurda seu alto lucro e alta quantidade de lixo gerada.

As práticas agressivas de marketing e novos produtos em uma sociedade de consumo geram uma insatisfação ao consumidor, e no mercado atual, uma estratégia desleal adotada por empresas, é a depreciação e desvalorização dos produtos logo após serem lançados por substituição de um modelo superior, com um design diferente, entre outros.

Cabe lembrar que no tocante a troca constante de produtos por uma sociedade que não é educada ecologicamente, o descarte inadequado é altamente danoso ao meio ambiente.

É tendência mundial o crescimento da tecnologia afetando o consumidor e o meio ambiente saudável, far-se uma análise geral e crítica do assunto, buscando verificar e expor os efeitos perante o meio ambiente e o direito do consumidor no que diz respeito ao uso da obsolescência programada para o impulsionamento de vendas.

UMA ANÁLISE SOBRE A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Atualmente, nulas são as possibilidades de imaginar a o cotidiano da sociedade sem a tecnologia, o que gera a necessidade da inserção e adaptação do nosso sistema jurídico a essas relações.

A internet abrange meios de acesso à informação e de comunicação dificilmente imagináveis em períodos anteriores, meios estes utilizados para seduzir e despertar um incontrolável desejo de consumir.

No atual cenário econômico mundial precário em crise, as empresas buscam constantemente formas de aumentar suas vendas, e o lançamento de diversos modelos de aparelhos eletrônicos em questão de dias ou semanas é uma dessas alternativas. Fato é que as empresas vem se adequando aos avanços tecnológicos do capitalismo,

esquecendo do seu dever de função social da empresa.

Senão vejamos o disposto no art. 170 da CF:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Considerando nossa sociedade capitalista, pegamos por exemplo a empresa Apple, é questionada diariamente sobre a obsolescência programada em seus produtos, onde a cada atualização de software reduz o desempenho de aparelhos e semanas após as atualizações são lançados novos produtos, ademais, cabe destacar que também é prática da empresa interromper a atualização de aparelhos mais defasados, sendo esta prática extremamente danosa ao consumidor que sente-se impotente com um celular considerado “fraco”, gerando a necessidade de adquirir um novo produto.

Dissertando sobre este tema polêmico, não podemos deixar de citar a nova política praticada pela Apple, a qual oferece um sistema de descarte de aparelhos antigos para aqueles que desejam ajudar ao meio ambiente, abram mão do aparelho antigo da marca, e os cedam para a empresa reaproveitar peças sem alguma remuneração por isso. Ocorre que se pensarmos em obsolescência programada, podemos sugerir que esta prática em prol do ambiente, nada mais seria do que uma maneira de encobrir a prática que inutiliza aparelhos antigos, para tornar sua troca mais rápida.

Quiçá, essas condutas individualistas tem por objetivo a busca de maiores lucros. Portanto, o Estado deve sempre fiscalizar e cobrar tais empresas para sobre responsabilidade ambiental, com a finalidade de preservar e proteger o meio ambiente.

Pensemos em nosso dia a dia, é quase certo que consumimos e descartamos os produtos adquiridos de maneira absurdamente veloz, pois sempre há algo mais novo para se adquirir e trazer a sensação de saciamento da vontade do homem. Para Bauman (2010, p.250):

A obsolescência programada é um pilar do capitalismo, onde se utiliza na cultura do “novo” e da “moda” para alimentar a prevalência do efêmero e do descartável. Nessa cultura, tudo o que se consome perde seu valor a curto prazo e propõe preencher o vazio interior por meio do consumo desses bens”.

Podemos afirmar também que as atitudes agressivas de marketing ferem o consumidor, como por exemplo uma propaganda de cartão de crédito que propaga a

seguinte frase “Não adie a realização de seu desejo”, incentivando o consumismo desenfreado.

CONCLUSÃO

Mudar as atitudes de consumo empresariais são desafios para a sociedade, há pouco tempo, a tecnologia que era algo de outro mundo se torna hoje indispensável por facilitar tarefas, baratear custos, e além do mais, sintonizar a empresa com o novo mercado global, o qual origina-se de práticas ligadas a tecnologia, informática e conhecimento.

Assim sendo, verifica-se que o mesmo avanço tecnológico que hoje facilita a vida humana e o mantimento da empresa no mercado, acarreta o inconsciente uso dos recursos naturais, ocasionado impactos ao meio ambiente, entre outros prejuízos, que poderiam ser amenizados, como mostra ASSADOURIAN (2010, p.4);

Como o consumo aumentou mais combustíveis, minerais e metais foram extraídos da terra, mais árvores foram derrubadas e mais terra foi arada para o cultivo de alimentos (muitas vezes para alimentar gado, visto que pessoas com patamares de renda mais elevada começaram a comer mais carne). Entre 1950 e 2005, por exemplo, a produção de metais cresceu seis vezes, a de petróleo, oito, e o consumo de gás natural, 14 vezes [...] A exploração desses recursos para a manutenção de níveis de consumo cada vez mais altos vem exercendo pressão crescente sobre os sistemas da Terra, e esse processo vem destruindo com grande impacto os sistemas ecológicos dos quais a humanidade e incontáveis outras espécies dependem.

Diante disso, devemos banalizar o sistema manipulador onde a obsolescência dos produtos são motivadas pela mídia de grandes empresas, ademais, lembrar que o consumismo provocado o distanciamento das pessoas, o endividamento e uma relação desarmoniosa.

Além disso, não devemos esquecer que causa, de forma irreversível e insustentável, a degradação do meio ambiente e geração excessiva de resíduos sólidos. É dever de todos alertar o próximo para que estes percebam e compreendam uma nova forma de perceber o mundo, colaborando com alternativas para o futuro com um consumo mais ético.

REFERÊNCIAS

- ASSADOURIAN, E. *Ascensão e Queda das Culturas de Consumismo*. In: Estado do Mundo 2010: estado do consumo e o consumo sustentável, Worldwatch INSTITUTE. ERIK ASSADOURIAN (Org.); CLAUDIA STRAUCH (trad.). Disponível em: www.worldwatch.org.br/estado_2010.pdf. Acesso em: agosto de 2018.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida a Crédito*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2010. 250p.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

**LICENCIAMENTO AMBIENTAL - TRANSPOSIÇÃO DAS ÁGUAS
DO RIO SÃO FRANCISCO: SOLUÇÃO OU DESASTRE?**

*ENVIRONMENTAL LICENSING - TRANSPOSITION OF THE SAN
FRANCISCO RIVER WATERS: SOLUTION OR DISASTER?*

ALCEU TEIXEIRA ROCHA, atradvogado@hotmail.com, discente do PPG em Direito -
UNIMAR

PAULO ROBERTO PEREIRA DE SOUZA, UNIMAR, prps33@gmail.com - docente do PPG

RESUMO

O artigo se propõe a analisar o projeto de transposição das águas do rio São Francisco. O tema justifica-se, pois há um complexo processo de conflitos de interesses que envolve uma gama de atores sociais: comunidades tradicionais, ambientalistas, órgãos dos governos municipal, estadual e federal, partidos políticos, empresários entre outros interessados. Tem se como objetivo desenvolver uma análise sobre os resultados obtidos: solução ou desastre? Como proposta, apresenta-se a obediência a Constituição Federal. Pauta-se este estudo por meio da pesquisa documental e bibliográfica, utilizando-se de doutrinas, artigos e consultas ao processo de participação dos atores sociais representados, principalmente, no Comitê da Bacia Hidrográfica do rio São Francisco. Como conclusão, entende-se que todo o debate e os conflitos em torno da transposição são frutos de um arranjo político dentro da classe dominante em contraposição aos interesses da classe trabalhadora. Afere-se que os maiores defensores da transposição estão vinculados a uma nova fração da classe do setor agrário exportador. Entende-se ainda que a participação democrática no processo de tomada de decisões tem de acontecer como determina nossa Constituição cidadã, e não como têm procedido os órgãos ambientais, o Ministério do Meio Ambiente, que se utilizam da maquiagem formal para o cumprimento de exigências legais, e na inobservância dos preceitos de fato e de direito. O princípio da participação ambiental não foi observado e respeitado no processo de transposição do rio São Francisco, surgindo a questão do debate central da pesquisa: solução ou desastre. Uma afronta privatista clara apoiada nos interesses políticos e econômicos do governo federal, e das classes abastadas, que podem levar a morte do “Velho Chico”. A democracia participativa tem de ser respeitada pelos governantes no momento da tomada de decisões, sob pena de toda a sociedade arcar com as consequências ambientais e fazer surgir onde hoje existe um rio de integração nacional um grande deserto brasileiro. Como proposta, foi apresentado que todos os entes envolvidos ao redor deste projeto, deve o respeito a legislação à Carta Magna de 1988, bem como, das demais legislações pertinentes, onde a maioria das discussões e debates seriam solucionadas parcialmente ou na sua totalidade.

Palavras-chave: Meio Ambiente. São Francisco. Transposição.

INTRODUÇÃO

Parte considerável da região Nordeste brasileira convive historicamente com o problema da seca, em especial a região conhecida como Semiárido, que abrange a maior parte do Sertão e do Agreste. Traduzindo-se em números o tamanho do Semiárido, essa região cobre 57% da área total do Nordeste e, aproximadamente, 40% de sua população. No semiárido, a precipitação média anual é inferior a 800 milímetros (SUASSUNA, 2005).

Essa convivência de acordo com GOMES (2001) forçada com a adversidade climática foi, e é uma das maiores preocupações da população do Semiárido nordestino. Grande parte dela vive da agricultura e da pecuária em pequenas propriedades familiares e, por causa dos baixos índices pluviométricos durante anos seguidos, não consegue produzir alimentos sequer para garantir a segurança alimentar de suas famílias. Nos três últimos séculos, registros acerca dos eventos climáticos ocorridos na região se tornaram mais confiáveis. Nesse período, por cerca de 85 anos as chuvas foram escassas, inexistentes ou mal distribuídas no Semiárido nordestino.

Durante quase dois séculos, diversas propostas políticas apontaram a ideia de fazer um grande projeto de transposição das águas do rio São Francisco com a justificativa de abastecer o Nordeste Setentrional e, dessa forma, sanar os problemas sociais considerados decorrentes da escassez de água dessa região. Entretanto, essa ideia configurou-se apenas como tentativas até que, no início do século XXI, após um processo longo e complexo de opiniões divergentes, essa obra, considerada de grande impacto econômico e ambiental, tornou-se fato histórico.

Um dos órgãos mais engajados nesse processo de diálogo, negociação e posicionamento crítico ao Projeto de Transposição foi o Comitê da Bacia Hidrográfica do rio São Francisco, que consideraria a aprovação da transposição legítima desde que a água captada fosse destinada apenas para garantir o abastecimento para o consumo humano e a dessedentação animal. O projeto foi aprovado no âmbito do Conselho Nacional de Recursos Hídricos com o objetivo de expandir o uso das águas do rio São Francisco para atividades agrícolas e industriais. Para a obtenção dos resultados almejados pelo trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, abrangendo obras especializadas, revistas, artigos entre outros, com foco no debate central: a transposição das águas do rio São Francisco.

O artigo possui objetivo de sistematizar e compreender os interesses, negociações e conflitos dos atores envolvidos na aprovação do projeto de transposição das águas do Rio São Francisco. O método de abordagem seguido foi o dialético jurídico, abrangendo o fenômeno, fato concreto e a teoria, de forma simultânea, buscando o resultado com o confronto entre os dois. Nessa linha, a pesquisa empírica ocorreu a partir de levantamentos dos atores sociais representados no Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco.

Também se propõe uma análise do projeto, onde verifica-se os conflitos e interesses em torno da transposição do rio São Francisco, sendo que poderíamos entender quais os arranjos políticos e os objetivos reais que fizeram com que o projeto fosse aprovado, quem eram os atores sociais envolvidos e também quais justificativas fizeram com que a sua legitimação por parte da sociedade tenha ocorrido. A partir dos conflitos observados, constatamos que a aprovação da obra foi sustentada por interesses de frações da classe dominante, por meio da resolução de uma instituição estatal, no caso, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos com o aval do Ministério do Meio Ambiente. Tal reflexão foi guiada por alguns questionamentos: o licenciamento ambiental para a transposição do rio São Francisco, após vários anos, qual o resultado? Solução ou Desastre?

O tema justifica-se pelo fato de que a transposição do Rio São Francisco, com sua obra em curso, ainda desperta controvérsias e indagações que merecem uma elucidação aprofundada, tornando-se essencial – para a compreensão dos processos sociais e seus pressupostos – a investigação dos conflitos dos sujeitos “de carne e osso” envolvidos no projeto em questão. Além disso, a transposição do Rio São Francisco representa algo de grande envergadura social e econômica, no sentido de que tem poder de interferir efetivamente nas estruturas econômicas e sociais da região.

As demandas hídricas referem-se a áreas urbanas dos municípios beneficiados, distritos industriais, perímetros de irrigação e usos difusos ao longo dos canais e rios perenizados por açudes existentes que receberão águas do rio São Francisco.

O MEIO AMBIENTE E SEUS PRINCÍPIOS PAUTADOS NA LEI CONSTITUCIONAL

Direitos Fundamentais são aqueles que as pessoas reconhecem como direito interno, delas mesmas, mas que só será direito fundamental se essas mesmas pessoas se reconhecerem no próximo e uns nos outros; só assim serão legítimos e democráticos.

Ao se afirmar de acordo com GALUPPO (2003, p. 237), trata-se de direitos que os cidadãos precisam reconhecer uns aos outros, e não que o Estado precisa lhes atribuir, tocamos no próprio núcleo do Estado Democrático de Direito, que, ao contrário do Estado Liberal e do Estado Social, não possui uma regra pronta e acabada para a legitimidade de suas normas, mas reconhece que a democracia é não um estado, mas um processo que só ocorre pelo interpretação entre a autonomia privada e a autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade. Sampaio (2004) afirma que os direitos ou liberdades de primeira geração têm sua origem nos séculos XVIII e XIX, séculos de separação entre Estado e Sociedade, introduzindo assim, os direitos civis e os direitos políticos. Os primeiros são aqueles que asseguram uma esfera mínima de autonomia individual, possibilitando o desenvolvimento da personalidade de cada um. Os direitos políticos estão centrados nos direitos de votar e ser votado, de postular um emprego público, de ser jurado ou testemunha, soldado e até contribuinte.

Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, tendo o seu surgimento apoiado na Constituição Francesa de 1791 e 1848 e na Constituição Brasileira de 1824. Os direitos sociais são aqueles que conferem ao cidadão o direito à participação na vida da sociedade, à educação, à infância, à maternidade, à família. Os direitos econômicos compreendem garantir um nível mínimo de vida, o direito ao trabalho, a um salário digno, à previdência, ao vestuário e à moradia. Os direitos culturais de acordo com OLIVEIRA (2007) são o incentivo e a preservação das formas de reprodução cultural das comunidades.

Apresenta-se aí, o direito ao desenvolvimento sustentável, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a proteção à saúde, tornando acessíveis os remédios aos doentes. O direito à integridade do meio ambiente, de acordo com julgado de MATO GROSSO DO SUL, STF. Ap. Rel. Min. Celso de Mello, 1995, típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais -realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade..

Os direitos de quarta geração, segundo Sampaio (2004), estão em fase de definição e ainda não são consenso entre os estudiosos. Para Bonavides, citado por Sampaio (2004), são os direitos de efetiva participação cidadã, ampliando, assim, as fronteiras democráticas e levando a um processo de efetiva participação dos povos nas tomadas de decisão, conduzindo à democratização da sociedade.

A Constituição Federal, no artigo 225, caput, estabeleceu um verdadeiro direito fundamental da pessoa humana, pois o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é uma extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer sob o aspecto da dignidade dessa existência e qualidade de vida. Nos estudos do Rio São Francisco quanto ao seu nome, objeto da descoberta em 4 de outubro de 1501, pela frota exploradora de que participava Américo Vespúcio, sendo esse o dia dedicado a São Francisco de Assis. Segundo Fernandes Neto (2003, p. 37): Desde 1501, com o seu descobrimento, o rio São Francisco não apenas fascina a todos, mas também constitui fonte de conhecimento, inspiração e lenda. Conhecido pela sua importância e grandiosidade, como celeiro de riquezas, rio da integração nacional ou simplesmente, como é carinhosamente chamado, ‘Velho Chico’. Segundo o Comitê do Rio São Francisco (2017), a área da bacia sanfranciscana é de 631.666 km². Com seus 2.624 km de comprimento, o São Francisco é o maior rio genuinamente brasileiro, assim considerado porque, da nascente à foz, banha terras exclusivamente do Brasil.

A primeira vez que a transposição do São Francisco foi aventada ocorreu em 1847, quando o engenheiro cearense Marcos de Macedo, deputado pelo Estado de Ceará, apresentou a ideia ao imperador Dom Pedro II, com o propósito de amenizar os problemas gerados pela seca nordestina. Nada foi realizado. Antes de 1847, D. João VI já havia mandado estudar a possibilidade da transposição, mas não há registro de proposta efetiva de realização do projeto, (CASTRO, 2011, p. 9).

Ainda, o autor pondera que a ideia da transposição seria novamente debatida no decorrer do Segundo Reinado (1840-1889), quando em 1856 uma comissão científica, chefiada pelo Barão de Capanema, foi encarregada de estudar o problema da seca e recomendou a abertura de um canal que ligasse o rio São Francisco ao rio Jaguaribe. Esse estudo foi concluído em 1859 e depois arquivado. Salienta o autor que o tema da transposição voltou à baila em 1886, quando outro engenheiro cearense, Tristão Franklin Alencar, reativou a ideia, que foi logo abandonada. A partir de 1889, já no período republicano, o Projeto de Transposição seria lembrado por diversas vezes. Em 1909, técnicos da Inspetoria de Obras contra as Secas (IOCS) elaboraram um esquema do canal que interligaria os rios São Francisco e Jaguaribe. Em 1919, esse projeto seria reconsiderado pela Inspetoria Federal de Obras contra as Secas (IFOCS). Em ambos os casos, o projeto foi logo arquivado.

Os aspectos socioeconômicos destacados pelo estudo da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC (2005) demonstram que projetos como o da transposição das águas do rio São Francisco sinalizam para a necessidade de ações mais integradas e abrangentes que possam, realmente, promover o desenvolvimento regional. É vital observar que água, por si só, não gera desenvolvimento. É preciso produzir racionalmente, implantar sistemas de escoamento da produção, capacitar e educar as pessoas, entre outras ações.

A viabilidade econômica do projeto foi criteriosamente analisada pela SBPC (2005), pois um projeto dessa magnitude deve ser planejado, avaliando-se custos e benefícios sociais e privados, com base na determinação a priori desses custos e benefícios, para se aquilatar o real benefício do empreendimento. O relatório da SBPC (2005, p. 05) destaca ainda que: A participação é a chave para a definição das principais dimensões da aceitabilidade social do Projeto. O envolvimento da sociedade, nas discussões e negociações, ajuda a incorporar, na análise dos conflitos de uso da água, aspectos sociais e ambientais. Os comitês de bacias hidrográficas são os lócus institucional, legal e legítimo para dirimir conflitos, consensuar pactos, devendo ter como diretrizes básicas a comunicação direta, a transferência e o respeito mútuo entre todos os envolvidos. Os conflitos associados ao uso da água na bacia do rio São Francisco devem ser mediados pelos comitês envolvidos, contribuindo para a solução dos problemas relacionados com as questões socioambientais, que considerem a

sustentabilidade do Semiárido, a exclusão social e hídrica, a assistência às comunidades ribeirinhas, a degradação ambiental e à revitalização da bacia.

CONCLUSÃO

A elaboração deste artigo teve por base em nos fornecer argumentos para entendermos às questões levantadas e concluir que o desenrolar de todo o processo de transposição do rio São Francisco é repleto de falhas, dúvidas, questionamentos e aponta para o favorecimento econômico e político. O artigo 225 da Constituição Federal, ao preceituar a publicidade e a participação de todos os cidadãos nos processos de licenciamento ambiental, o fez por ser o meio ambiente um bem de toda a coletividade, do qual todos têm o direito de usufruir e o dever de preservar, guardar e lutar para garantir sua permanência na Terra. Por isso, a questão ambiental não deve ser tratada de forma privatista, individual, através da qual o interesse de um, ou de uns, se sobrepõe ao interesse de toda uma coletividade. Não pode existir interesse privado onde a questão ambiental se faz presente.

Constatou-se que neste projeto de transposição do rio São Francisco, o Governo Federal age de forma privatista, conjuntamente com os órgãos ambientais federais, empunhando uma bandeira política, talvez de caráter eleitoreiro, cujo objetivo seria saciar a sede, matar a fome, erradicar doenças e a miséria da população do semiárido nordestino. Todo esse conjunto de discussão que envolve o projeto de transposição, nos remonta à celebre frase do General Mourão Filho, representante do Brasil, em 1972, na Conferência de Estocolmo, na qual afirmou: “Para o Brasil o que importa é o desenvolvimento a qualquer preço”. Corroborando esse postulado, e o seguindo de perto, o Governo Federal, através do Ministério da Integração Nacional e com a anuência dos órgãos ambientais, IBAMA e ANA, deixa desenrolar o processo, sem o respeito à Constituição Federal de 1988, às legislações ambientais, ao meio ambiente, principalmente aos recursos hídricos, ao Comitê de Bacia e a vontade de toda uma nação. O general estava certo: o que realmente importa é a transposição do rio São Francisco a qualquer preço e com o enriquecimento cada vez mais crescente de uma minoria abastada.

O poder deliberativo e consultivo do Comitê de Bacia do rio São Francisco tem de ser respeitado, pois assim determina a legislação pátria. A população tem o direito de suscitar questionamentos, dúvidas e solicitar informações que devem ser dadas nas audiências públicas que deverão ser realizadas por todo o Brasil. Entendeu-se que a participação democrática no processo de tomada de decisões tem de acontecer como determina nossa Constituição cidadã, e não como têm procedido os órgãos ambientais, o Ministério do Meio Ambiente, que se utilizam da maquiagem formal para o cumprimento de exigências legais, e na inobservância dos preceitos de fato e de direito. O princípio da participação ambiental não foi observado e respeitado no processo de transposição do rio São Francisco, surgindo a questão do debate central da pesquisa: solução ou desastre. Uma afronta privatista clara apoiada nos interesses políticos e econômicos do governo federal, e das classes abastadas, que podem levar a morte do “Velho Chico”. A democracia participativa tem de ser respeitada pelos governantes no momento da tomada de decisões, sob pena de toda a sociedade arcar com as consequências ambientais e fazer surgir onde hoje existe um rio de integração nacional um grande deserto brasileiro. Como proposta, foi apresentado que todos os entes envolvidos ao redor deste projeto, deveria respeitar a nossa legislação, no que tange a Constituição Federal de 1988, onde a maioria das discussões e debates seriam solucionada parcialmente ou em quase totalidade.

Espera-se que, de alguma forma, tenha-se suscitado o aparecimento de mais discussões e debates sobre o tema em questão, para que realmente possamos exercer nosso direito de cidadãos, ao opinarmos sobre questões tão importantes que nos afetam, não somente em âmbito nacional, mas também no internacional.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 806.
- BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. 168 p.
- BRASIL. Lei nº 9.433, de 8 janeiro de 1997. Lei da política nacional de recursos hídricos. *Coletânea de legislação de direito ambiental e a Constituição Federal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006c. p. 355-365.
- CASTRO, Cesar Augusto. *Transposição do rio São Francisco: Análise de oportunidade do Projeto*. IPEA. Rio de Janeiro, 2011.
- COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO. *A bacia hidrográfica do rio São Francisco*. Disponível em: <<http://www.cbhsaofrancisco.org.br/>> Acesso em: 12 set. 2018.
- FERNANDES NETO, Otoniel. *Velho Chico: uma viagem pictórica*. 2. ed. Brasília, DF: Coronário Editora. 2003. 144 p.
- GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 213- 238.
- MATO GROSSO DO SUL. Supremo Tribunal Federal. Ap. 22.164, Rel. Ministro. Celso de Mello, DJ 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=meio%20ambiente%20ecologicamente%20equilibrado&base=baseAcordaos>> Acesso em 12 set.2018.
- MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. Rio São Francisco: *revitalização e integração*. 2005. Disponível em: <http://www.integracao.gov.br/saofrancisco/projeto/index.asp>. Acesso em 11 set.2018.
- OLIVEIRA, Luciana Machado. *O princípio da participação ambiental no processo de transposição do rio São Francisco*. Tese em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2007, p. 9-112. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_OliveiraLM_1.pdf. Acesso em 11 de set. 2018.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 432 p.
- SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA. *As incertezas do processo de transposição*. Ciência Hoje, Rio de Janeiro, v. 37, n. 217, p. 48-52, 2005.
- SUASSUNA, J. *Potencialidades hídricas do Nordeste brasileiro*. Parcerias Estratégicas, n. 20, p. 131-156, 2005.

Índice

ALCEU TEIXEIRA ROCHA	310
ALDO ARANHA DE CASTRO	229,290
ALESSANDRO DE ALMEIDA SANTANA SOUZA	302
ALEXANDRE BALDASSIN VERDE SELVA	117
ANDRÉ FRANCISCO CANTANHEDE DE MENEZES	34,149,155,
ANDRÉ LUÍS CATELI ROSA	168,173
ANDRÉ LUIZ ORTIZ MINICHIELLO	20
ANNA CAROLINA SILVEIRA VERDE SELVA	117
ANTONIO GILBERTO PIGHINELLI JUNIOR	79
ARTUR CESAR DE SOUZA	297
BRUNO PASTORI FERREIRA	239
CINTYA NISHIMURA DURÃES	123,178
CLAUDIO LÁZARO APARECIDO JÚNIOR	40
CLÁUDIO MARQUES ALVES	144
CRISTIAN ALBERTO GAZOLI DA ROCHA	70
CRISTIANE ANGÉLICA DE PAIVA PAULA	225
DAIANA FLORES	70,285
DANIEL BARILE DA SILVEIRA	239,245,302
DÉBORA DOS SANTOS VIANA	112
DÉBORA VIEIRA TORRES	66
ELAINE CRISTINA SOTELO FACHINI	123,178
EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA	117,263
GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO	263
HENRY ÂNGELO MODESTO PERUCHI	282
IGOR PEREIRA DOS SANTOS	182
JANICE COELHO DERZE	293
JOÃO PEDRO CEREN	25,30
JONATHAN BARROS VITA	267
JULIANO JUNG	70,164
JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA	07,34,40
.....	50,75,79
.....	84,102,164
.....	168,173,215
.....	285
KARINE SILVA CARCHEDI	15
LAURA REGINA ECHEVERRIA DA SILVA	271,276
LEONARDO DE CARVALHO PEIXOTO	233
LIDIANA COSTA DE SOUSA TROVÃO	192,196
LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA	112,144,149
.....	155,182,188
.....	250
LUCAS PIRES MACIEL	98
LUCIANO SOARES BERGONSO	211
LUIZ EDUARDO BARBOSA JUNIOR	75,102
MARCELO DE SOUZA CARNEIRO	297
MARCELO MAZIN	271,279
MARCELO SPECIAN ZABOTINI	61
MÁRCIA SANTOS DA SILVA	255
MARIA APARECIDA CARVALHO IUNES	221
MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO	20,25,98
.....	128,160

Índice

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO.....	70
MARISA ROSSIGNOLI.....	133,139,160
.....	178,193,201
MATHEUS SILVA DE FREITAS	267
MIGUEL ANGELO ARANEGA GARCIA	105
MURILO ESTRELA MENDES	84
OCIMAR BARROS DE OLIVEIRA.....	205
PAOLA CHRISTINE DE ARAÚJO VIDOTTI CASEMIO.....	128
PATRÍCIA SILVA DE ALMEIDA	267
PAULO ARTHUR GERMANO RIGAMONTE	245
PAULO ROBERTO PEREIRA DE SOUZA.....	45,225
.....	233,310
RÉGIS CANALE DOS SANTOS	50
RICARDO TANNENBAUM NUÑEZ	55
RODRIGO RODRIGUES DA LUZ	89
ROGÉRIO LUÍS MARQUES DE MELLO	215
ROGERIO MOLLICA	192,196,293
SAMYRA H. D. F. NASPOLINI.....	215
SAMYRA HAYDEE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES	89,215
SANTANA, BEATRIZ DO AMARAL	290
SÍLVIA FERREIRA PATERLINI NERILO	221
THIAGO CAVERSAN ANTUNES.....	250
UBIRATAN BAGAS DOS REIS	133
VALTER MOURA DO CARMO	105,123
VINÍCIUS MENDES E SILVA.....	45
VIRGÍNIA RAMOS CASTILHO	201
VITOR CASARINI ITO	306
WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER	15,30,211
.....	271,276,306
WILDERSON AUGUSTO ALONSO NOGUEIRA	07
WILLIAN DOUGLAS DE CARVALHO	139,93