

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL



Universidade Estadual
de Londrina

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

V.20, N.3 - nov.2016



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

REITOR

Profa. Dra. Berenice Quinzani Jordão

VICE-REITOR

Prof. Dr. Ludoviko Carnasciali dos Santos

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfieri

Diretora de Pós-Graduação: Prof^ª Dr^ª Maria Helena Pelegrinelli Fungaro

Diretora de Pesquisa: Dr. Fábio de Oliveira Pitta

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof. Ms. Azenil Staviski

Vice-Diretor: Prof. Ms. Carlos José Cogo Milanez

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno

Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Miguel Etinger de Araujo Junior

Vice-Coordenador: Prof^ª. Dr^ª. Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos Amaral

Scientia Iuris : revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL / Departamento de Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) -

. - Londrina : Ed. da UEL, 1997- .

v. ; 22 cm

Periodicidade quadrimestral a partir de 2016.

Descrição baseada em: Vol. 20, N. 1 (Jan./Abr. 2016).

ISSN 2178-8189

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Privado.

34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - DOAJ (Directory of Open Access Journals) - LATINDEX - vLex (Espanha) - SHERPA RoMEO (Inglaterra) - Portal de Periódicos CAPES (Brasil) - WorldCat (EUA) - EZB (Alemanha) - TULIPS-LinKer (Japão) - Scirus (Holanda) - Aladin (EUA) - NewJour (EUA) - VUBIS (Bélgica) - CCN - BASE (Alemanha) - LivRe (Brasil) - RCAAAP (Portugal).

SCIENTIA IURIS

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL

ISSN 2178-8189(ELETRÔNICO)



Universidade Estadual
de Londrina

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

V.20, N.3 - nov.2016

SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora / Editor
Tânia Lobo Muniz

Titulares:

Irene Patrícia Nohara – Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM/SP)
Luis María Chamorro Coronado – Rey Juan Carlos, Madrid Espanha
Cláudio Ladeira de Oliveira (UnB/DF)
Jussara Suzi Assis Borges Nassar Ferreira (UNIMAR/SP)
Sérgio Alves Gomes (UEL/PR)
Luiz Otávio Pimental (UFSC/SC)
Gilvan Luiz Hansen (UFF/RJ)

Assessoria Técnica:

Bruna Faria, Bruna Migliaccio Setti, Bruna Ontivero Pereira, Eliane Maria da Silva Jovanovich, Isabela Cristina Sabo, João Ricardo de Oliveira Pavon Filho, José Ricardo Suter, Laudicena de Fátima Ribeiro, Marcilei Gorini Pivato, Rafael Duarte de Salvi.

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

Alexandre Walmott Borges (UFU/MG)
Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha (UFRJ/RJ)
Claudio José Amaral Bahia (ITE/SP)
Eloi Martins Senhoras (UFRR/RR)
Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA/MG)
Irene Patrícia Nohara (UNINOVE/SP)
Jair Teixeira dos Reis (FSG/ES)
Jayme Benvenuto Lima Junior (UNILA/PR)
Jesuáldo Eduardo de Almeida Junior (FIAETPP/SP)
José Ailton Garcia (UNIDERP/SP)

José Soares Filho (UNICAP/PE)
Lourival José de Oliveira (UNIMAR/SP)
Marco Antonio dos Anjos (UPM/SP)
Margareth Anne Leister (UNIFIEO/SP)
Maria Lirida Calou de Araújo e Mendonça (UNIFOR/CE)
Marialice Antão de Oliveira Dias (FARO/RO)
Rogério Montai de Lima (UNIR/RO)
Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva (UFRJ/RJ)
Wilson Engelmann (UNISINOS/RS)

Curso de Mestrado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA
Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil
Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br
Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

Sumário | Contents

Editorial	8
O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: UMA BREVE ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
THE BOLSA FAMÍLIA PROGRAM: A BRIEF REVIEW IN THE LIGHT OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS THEORY <i>Whenry Hawlysson Araújo Silveira e Alexandre Antônio Bruno da Silva</i>	
ANÁLISE DA INCURSÃO DE (EX) PREFEITO POR ATO DE IMPROBIDADE COMETIDO POR AGENTE COM COMPETÊNCIA DELEGADA	45
ANALYSIS OF FORMER MAYOR'S INCLUSION FOR ADMINISTRATIVE MISCONDUCT OF PUBLIC OFFICIALS WITH DELEGATED POWERS <i>Jair Teixeira dos Reis, Yury Vieira Tupynambá de Lélis Mendes e Matheus de Quadros Veloso</i>	
“HOLY MOUNTAINS” : O SUSSURRO HISTÓRICO NA BUSCA POR RECONHECIMENTO	72
“HOLY MOUNTAINS”: THE WHISPERED HISTORY IN SEARCH OF RECOGNITION <i>Mayron Moraes Damasceno e Cláudia Luiz Lourenço</i>	
O DEVER DE LICITAR DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E SUA INSUBMISSÃO À LEI N. 8.666/1993	101
THE OBLIGATION ON BEHALF OF THE INDEPENDENT SOCIAL SERVICES TO BID AND THEIR INSUBORDINATION TO THE LAW N. 8.666/1993 <i>Vinicius Diniz e Almeida Ramos e Romeu Faria Thomé da Silva</i>	
A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA SUPRALEGALIDADE E DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	131
THE COLLECTIVE BARGAIN IN THE CONTEXT OF PUBLIC ADMINISTRATION, UNDER THE SUPERLEGALITY AND THE CONVENTIONALITY CONTROL <i>Maria Lírída Calou de Araújo e Mendonça e Alexandre Augusto Batista de Lima</i>	

O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NAS LOCAÇÕES EM SHOPPING CENTER: CONTROLE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS E A PROMESSA DE LOJA ÂNCORA	176
CONTRACTUAL BALANCE ON LEASE AGREEMENT IN SHOPPING CENTER: CONTROL OF UNFAIR TERMS AND THE PROMISE OF FLAGSHIP STORE	

Carlos Nelson Konder e Deborah Pereira Pinto dos Santos

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO SALARIAL PREVISTA PELO PROGRAMA DE PROTEÇÃO AO EMPREGO (LEI N. 13.189/2015)	201
THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF REDUCING EMPLOYEES' SALARIES THAT IS MADE POSSIBLE BY THE EMPLOYMENT PROTECTION PROGRAM (LAW N. 13.189/2015)	

Oreonnilda de Souza e Lourival José de Oliveira

JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA E A REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS AMBIENTAIS	237
DEMOCRATIC JURISDICTION AND REPAIRING THE EXTRA-PATRIMONIAL ENVIRONMENTAL DAMAGES	

Augusto Antônio Fontanive Leal, Grayce Kelly Bioen e Carlos Alberto Lunelli

O PÓS-POSITIVISMO E OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL	264
POST-POSITIVISM AND CONTRACTUAL PRINCIPLES OF GOOD FAITH AND SOCIAL DUTY	

Marcilei Gorini Pivato e Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador

O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENÇADO ÀS MICROEMPRESAS E ÀS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	292
DIFFERENTIATED TAX TREATMENT TO MICRO AND SMALL ENTERPRISES AND ECONOMIC ORDER IN THE CONSTITUTION OF 1988	

Carlos Renato Cunha e João Luiz Martins Esteves

RESENHAS / REVIEWS

OPORTUNIDADES NEGOCIAIS NA GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS	324
NEGOTIATION OPPORTUNITIES ON SOLID WASTE MANAGEMENT <i>Vanuscléia Silva Santos Rikils e Eloi Martins Senhoras</i>	
MEIO AMBIENTE E RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROPRIETÁRIO: ANÁLISE DO NEXO CAUSAL	330
ENVIRONMENT AND LIABILITY OWNER: ANALYSIS OF CAUSAL LINK <i>Larissa Gabrielle Braga e Silva</i>	
INSTRUÇÕES AOS AUTORES	338
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	

Editorial

Encerramos esta edição com a sensação do dever cumprido e a grata satisfação de ter atingido os objetivos propostos no início deste ano: a publicação quadrimestral nos meses de março, julho e novembro, mantendo a mesma qualidade pela qual a Revista Scientia Iuris é conhecida.

Para tanto, agradecemos aos autores, colaboradores e membros da equipe técnica cujos esforços conjuntos tornaram possível esta tarefa e com dedicação contribuíram para esta edição, além da valiosa participação do corpo docente e discente do Programa de Mestrado em Direito Negocial e funcionários da BC/UEL.

O último número deste volume convida os leitores à mergulharem no Direito Administrativo, analisando temas como o Programa Bolsa Família à luz dos direitos fundamentais, atos de improbidade administrativa por agente de competência delegada, o dever de licitar nos serviços sociais autônomos, e a negociação coletiva no âmbito da administração pública, além de

temas inovadores do Direito Tributário, Civil, Empresarial e Ambiental.

Desejamos a todos uma ótima leitura e que os artigos desta edição inspirem e incentivem os pesquisadores e estudiosos do direito e áreas afins a aprofundarem suas pesquisas, e assim contribuírem para a evolução do conhecimento.

Boas festas e nos encontramos novamente em 2017!

Conselho Editorial

O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: UMA BREVE ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE BOLSA FAMÍLIA PROGRAM: A
BRIEF REVIEW IN THE LIGHT OF THE
FUNDAMENTAL RIGHTS THEORY

Whenry Hawlysson Araújo Silveira*
Alexandre Antônio Bruno da Silva**

* Graduando em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Sá. Monitor da disciplina de Direito Constitucional com ênfase em Direitos Sociais. E-mail: hawlysson@gmail.com.

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Ciência da Computação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Professor e Coordenador da Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor Titular da Faculdade Farias Brito (FFB). Auditor Fiscal do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego. E-mail: aabrunosilva@hotmail.com.

Como citar: SILVEIRA, Whenry Hawlysson Araújo; DA SILVA, Alexandre Antônio Bruno. O programa bolsa família: uma breve análise à luz da teoria dos direitos fundamentais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.10-44, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p10. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A caracterização da pobreza e da extrema pobreza não deve estar relacionada apenas a carência econômica. Vincula-se a um feixe de direitos mínimos que devem ser garantidos em respeito à dignidade da pessoa humana. O mínimo existencial deve ser sempre garantido. A Constituição Brasileira elenca dentre os objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza. O Programa Bolsa Família surge como a principal política pública que persegue esse objetivo. São apresentados

dados que mostram o resultado parcial do programa, especialmente em termos de renda, educação e saúde para garantia do mínimo existencial das camadas mais pobres.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana; mínimo existencial; Programa Bolsa Família.

Abstract: Financial deprivation is not the only characteristic of poverty, as it is also linked to a series of minimum rights that must be ensured due to the dignity of the human person. Therefore, the existential minimum has to be guaranteed. The Brazilian Constitution brings the eradication of poverty as a fundamental objective of the Republic and the Bolsa Familia is the main social program that pursues this goal. This paper presents data showing the partial results of the Bolsa Família program, especially in terms of income, education and health, which works to assure the existential minimum for the poorest of people.

Keywords: Fundamental rights; dignity of the human person; existential minimum; Bolsa Família program.

INTRODUÇÃO

O debate sobre a proteção estatal a grupos desfavorecidos é tão antigo quanto as primeiras ações nesse sentido. Certamente, não é possível estabelecer que a preocupação com os mais necessitados tenha a sua origem somente a partir do constitucionalismo social do século XX. Muito antes, a proteção aos desfavorecidos já era discutida, tendo sido, não sem críticas, objeto de produção legislativa em países como a Inglaterra, desde o início do século XVII.¹

Entretanto, não há como negar que a gradativa incorporação de novos direitos, no texto constitucional de alguns países, acirra esta discussão. A Carta Mexicana (1917), seguida pela Constituição de Weimar (1919), geralmente são citadas por apresentarem um receituário diferente para as democracias, ensejando uma série de novas questões.

Os direitos fundamentais que, no constitucionalismo liberal, eram interpretados como direitos individuais passam a ter uma destacada face social. Como resultado, prestações materiais passam a ser impostas aos poderes públicos, balizadas pelo mandamento constitucional. Os Direitos Sociais são destinados a garantir condições materiais básicas para a população, buscando-se promover a igualdade material.

A Constituição Brasileira ao elencar entre os seus objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e a redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III) torna clara a necessidade de criação de políticas públicas que persigam esse desiderato. Hodiernamente, a política governamental que parece melhor se adequar a esse objetivo é o Programa Bolsa Família.

¹ Na Inglaterra o *Act of Relief of the Poor* (1601) e o *Spenhamland System* (1795) estabeleceram muito antes do constitucionalismo social, modelos básicos de proteção aos pobres. Formas de proteção aos mais carentes que já foram objeto de severas críticas por parte de alguns economistas (HUNT, 2005, p. 66).

Trata-se de um programa de transferência direta de renda, direcionado às famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o país. Através deste, busca-se garantir a essas famílias o direito à alimentação, o acesso à educação e à saúde, permitindo que superem a sua situação de vulnerabilidade e pobreza. Em todo o Brasil, são atendidas pelo programa mais de 13,9 milhões de famílias.

No desenvolvimento deste trabalho, inicialmente é apresentado um breve estudo acerca da teoria dos direitos fundamentais. Como essa política pública visa atender as classes menos favorecidas, faz-se essencial o estudo do mínimo existencial e do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais.

O atendimento aos direitos fundamentais sociais representa dispêndio de valores por parte do Estado. No caso do Bolsa Família essa realidade fica bem mais clara, uma vez que este programa tem por pressuposto a transferência direta de renda. Nesse sentido, será objeto deste estudo a necessária ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Não se olvidando que o programa busca garantir os direitos fundamentais mínimos a pessoas em grave estado de vulnerabilidade.

Apresentados os temas relevantes da teoria dos direitos fundamentais, passa-se ao estudo do Programa Bolsa Família, que está em pleno funcionamento desde o ano de 2003. Tempo suficiente para que se possa avaliar o sucesso e os reflexos de sua existência na garantia dos direitos fundamentais sociais. Nesse estudo serão utilizados dados do Instituto Brasileiro de Geografia (IBGE) e do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS).

1 PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL

A ideia da existência de um núcleo essencial dos direitos fundamentais mostra-se um importante expediente para evitar que tais direitos fiquem a mercê da vontade do legislador ordinário. Assim, segundo Ana Maria D'Ávila Lopes:

A natureza principiológica dos direitos fundamentais, que os caracteriza como semântica e estruturalmente abertos, exige, na maioria das vezes, sua concretização via normas infraconstitucionais. Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando evitar os possíveis excessos que possam ser cometidos no momento de regular os direitos fundamentais (LOPES, 2007, p. 9).

No direito comparado, encontra-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais como um conteúdo mínimo irreduzível, impassível de restrição na Lei Fundamental Alemã (art. 19, § 2º). Na Constituição Portuguesa (art. 18, III), surge como um limite à restrição. Os direitos fundamentais podem ser restringidos desde que não seja afetado o seu conteúdo essencial. Os mecanismos para a proteção desse núcleo essencial encontram respaldo no que se convencionou chamar de “limite dos limites” (*Schranken-Schranken*).

A Constituição Federal não prevê expressamente a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Entretanto, para Gilmar Ferreira Mendes, trata-se de uma garantia evidente. Para ele, “[...] é fácil ver que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas”

(MENDES, 1998, p. 35). Assim como o autor, a doutrina brasileira tem adotado as teorizações da doutrina alemã a fim de discutir a garantia de um núcleo essencial dos direitos fundamentais.²

A primeira questão discutida é relativa ao real objeto do núcleo destas garantias. Trata-se de um direito individual ou uma garantia coletiva? Buscando responder esta questão, Alexy apresenta duas teorias: a objetiva e a subjetiva.

A teoria objetiva defende que o objeto do núcleo essencial de um direito fundamental corresponde à proteção geral e abstrata prevista na norma. Logo, o que se pretende através da ideia de um núcleo essencial é evitar que a vigência de uma disposição jusfundamental seja sacrificada de tal forma que se perca toda a importância para todos os indivíduos ou para a maior parte deles ou, em geral, para a vida social (ALEXY, 2002, p. 287).

O conteúdo essencial é aferido a partir da referência no ordenamento jurídico como um todo, na sociedade em si, é por esta particularidade que ele não poderia ser atingido. O conteúdo essencial é definido como norma objetiva, de modo que sempre que permanecer válido para os demais indivíduos, poderá ser totalmente restringido em um dado caso concreto.

Analisando sob o prisma da teoria subjetiva, o objeto do núcleo essencial se refere à proteção do direito fundamental do particular. Os direitos fundamentais são vistos, primariamente, como posições dos indivíduos. Ao se estabelecer uma proibição a qualquer pretensão que leve ao sacrifício do conteúdo essencial de um direito fundamental,

2 Vale observar que inclusive os tribunais vêm utilizando a noção de núcleo essencial como uma proteção contra a intervenção nos direitos fundamentais, como se depreende do voto do Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, em julgamento do Habeas Corpus nº HC 84862/RS -Relator(a): Min. Carlos Velloso, Julgamento: 22/02/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 15/04/2005 p-38. Ement. Vol-02182-3 p-426.

protege-se o direito do indivíduo.

Assim, tal teoria se materializa na máxima de que caso haja a possibilidade de sacrificar o direito subjetivo de um homem, esse direito deixará de ter qualquer significado (CANOTILHO, 1999, p. 419).

Robert Alexy conclui afirmando que o fato dos problemas relativos a garantia do conteúdo essencial terem mais fácil entendimento dentro do marco de uma teoria objetiva não se constitui em uma razão suficiente para afastar, totalmente, a teoria subjetiva. Para ele, o caráter dos direitos fundamentais como direitos individuais fala em favor da manutenção da teoria subjetiva, ao menos, ao lado da teoria objetiva. (ALEXY, 2002, p. 287)

No mesmo sentido, Canotilho (1998, p. 419) defende que a escolha entre uma das teorias não pode levar a posições radicais já que a comunidade é confrontada diariamente com a necessidade de limitar os direitos fundamentais, sendo irrealista uma teoria subjetiva desconhecadora disso. Além do que, a garantia do núcleo essencial por sua vez não pode descurar da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, devendo evitar restrições que eliminem totalmente um direito subjetivo fundamental.

Tomando como pressuposto a teoria subjetiva, a doutrina se divide em outras duas correntes. Trata-se da questão relativa à força da garantia concedida ao núcleo essencial de um direito fundamental. Nesse sentido, a proteção ao núcleo essencial ocorreria de forma absoluta ou de forma relativa? (ALEXY, 2002, p. 287).

As teorias relativas [...] reconduzem o conteúdo essencial aos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade: a restrição só seria legítima quando (se) fosse exigida para realização de bens

jurídicos que devessem ser considerados (no caso) como mais valiosos e – acrescenta-se – só na medida em que essa exigência se imponha ao direito fundamental (ANDRADE, 2006, p. 304).

Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial de um direito fundamental surge como o resultado de uma ponderação (ALEXY, 2002, p. 288). As restrições que respondem ao princípio da proporcionalidade não podem lesionar o conteúdo de um direito fundamental. Assim, deve ser compreendido como proibição do excesso, na hipótese dos direitos fundamentais de defesa, e proibição da proteção insuficiente, no caso dos direitos fundamentais a prestações.

A importância do núcleo essencial do direito fundamental é justificada pela necessidade de ponderação entre os princípios jusfundamentais em conflito. Em um caso concreto, o núcleo essencial pode estar totalmente protegido, em outros, pode sofrer tal mitigação em virtude do peso daquele princípio em conflito, que praticamente nada reste do direito fundamental restringido.

Não é sem motivos que a doutrina nacional vê com reservas a possibilidade de ponderar um direito fundamental para além do limite do núcleo essencial. Todavia, parece correto afirmar que autores como Gilmar Ferreira Mendes admitem a ponderação, inclusive, deste núcleo essencial. Para ele, trata-se de uma proteção do direito fundamental frente a restrições desproporcionais. Em sentido contrário, podemos compreender que sempre que a restrição for cabível, em medida adequada e proporcional, o núcleo essencial pode ser atingido.

De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente,

o *princípio da proteção do núcleo essencial* (*Wesensgehaltsgarantie*) destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental mediante estabelecimento de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais (MENDES, 1998, p. 39).

É possível concluir que a teoria relativa identifica o núcleo essencial dos direitos fundamentais sempre como fruto da técnica de ponderação. Assim, seus efeitos podem ser mais ou menos fortes, dependendo do caso concreto e do peso dos princípios, bens jurídicos ou valores em conflito.

A teoria absoluta defende a existência de um núcleo intangível do direito fundamental, que não pode, em hipótese alguma, ser atingido, ainda que pelo preceito da proporcionalidade (ALEXY, 2002, p. 287).

Para as teorias absolutas, o ‘conteúdo essencial’ consistiria num núcleo fundamental, determinável em abstracto, próprio de cada direito e que seria, por isso, intocável. Referer-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o ‘coração do direito’) que não poderia ser afectado, sob pena de o direito deixar realmente de existir (ANDRADE, 2006, p. 34).

Juan Cianciardo (2000, p. 258-259) e Manuel Medina Guerrero (1996, p. 168-169) defendem posição semelhante, entendendo que o conteúdo essencial é apenas uma parte do direito fundamental, o seu núcleo duro. Cada direito fundamental tem um setor aferível pelo legislador e outro imune a sua atuação. Há, portanto, um conteúdo essencial e outro não essencial. Segundo ele, o conteúdo total de um direito fundamental seria integrado por dois círculos concêntricos,

compostos por diferentes faculdades e posições jurídicas. A identificação do direito fundamental ganha intensidade, particularidade e relevância, na medida em que se aproximam do centro.

Ana Paula de Barcellos faz proposição semelhante, sugerindo uma estrutura normativa dual, na qual o círculo interior será ocupado por condutas mínimas e diretamente sindicáveis perante o Poder Judiciário e o círculo exterior a ser preenchido pela deliberação democrática (BARCELLOS, 2005, p. 179-180). Concepção dual que fixa dois grandes espectros normativos, uma área nuclear e uma área não nuclear. Assim sendo, não se pode negar que a dogmática dos direitos fundamentais já consolidou a ideia-força de dois grandes espectros normativos: uma parte nuclear e uma parte ponderável.

Para José Carlos Vieira de Andrade (2006, p. 306), o limite absoluto do núcleo essencial é a dignidade da pessoa, do homem concreto como ser livre. A dignidade do homem livre constitui a base dos direitos fundamentais, sendo o princípio da unidade material. Assim, se a existência de outros princípios e valores justifica que os direitos possam ser restringidos, a ideia do homem como ser digno e livre tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição.

Tendo por base a Constituição Portuguesa, ele defende que estes direitos não se encontram definitivamente determinados pelo texto constitucional, dependendo de concretização legislativa. O legislador, através da norma infraconstitucional, define o núcleo essencial desses direitos com ampla autonomia. O autor só admite a existência de determinação constitucional dos direitos fundamentais sociais quando relacionada ao mínimo necessário à sobrevivência de cada ser humano.

Acredita-se que essa pode não ser a melhor forma de enfoque no caso brasileiro. A Constituição brasileira elenca alguns direitos,

como o direito à educação, que se encontram suficientemente definidos para determinar a produção de seus efeitos, bem como para a apuração de seu núcleo essencial. Além disso, em respeito ao princípio da supremacia da Constituição, mostra-se equivocado permitir que o legislador infraconstitucional venha definir em abstrato o conteúdo mínimo de um direito fundamental social.

Como já afirmado, a garantia do núcleo essencial surge na Alemanha, como uma forma de proteção dos direitos fundamentais em face da atividade restritiva dos legisladores. Não existindo, naquela época, a previsão constitucional de controle de constitucionalidade destas leis (LOPES, 2004). Não é esta a situação atual dos direitos fundamentais no Brasil, uma vez que o constituinte previu expressamente meios de controle da constitucionalidade (art. 102, I, 'a', 103), bem como alçou os direitos fundamentais a cláusulas pétreas, intangíveis até mesmo pelo poder de reforma da Constituição (art. 60, § 4º, IV).

Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. (BARROSO, 2004, p. 370).

Assim, não se pode olvidar um dos princípios informadores da interpretação das normas constitucionais, o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual, pela sua força, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.

Sendo assim, é possível afirmar que as normas de direitos

fundamentais gozam de uma presunção de intangibilidade. Assim, a intervenção legítima do Estado só pode insurgir se imbuída de grave justificação, apresentada sob a forma de argumentação racional. Torna-se necessário que se demonstre através da necessária ponderação o maior peso no caso concreto de outros princípios em conflito, bem como a proporcionalidade da restrição.

2 A DIGNIDADE HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Especialmente após a II Guerra Mundial, a noção de mínimo existencial foi muito difundida na Alemanha. Como observa Andréas J. Krell (2002, p. 60-61), praticamente todos os autores alemães concordam que o Estado Social deve garantir aos cidadãos sua existência física com dignidade, um “mínimo social”, extraído do princípio da dignidade humana e do direito à vida e à integridade física. A partir daí, a jurisprudência alemã passa a defender a existência da garantia a um “mínimo vital”.

Na doutrina brasileira, Ana Paula de Barcellos (2002b, p. 258) relaciona sua noção de mínimo vital a um núcleo irredutível do princípio da dignidade humana, o qual abarcaria um mínimo relacionado aos direitos individuais de liberdade, bem como a outros elementos de ordem prestacional: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso ao judiciário.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 36-37) como parâmetro para uma correta construção do conteúdo do mínimo existencial escolhe além do direito à vida, o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Clemerson Clève (2003, p. 18), a noção de mínimo existencial tem

vinculação com a nova teoria do direito constitucional, que apresenta um enfoque voltado para a “[...] pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico”.

Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo mais pungente a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Negar-se o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no art. 208, § 1º, da CF, de acordo com a qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância (SARLET, 2001, p. 36-37).

Ingo Wolfgang Sarlet aponta para a necessidade de reconhecimento de certos direitos subjetivos a prestações ligados aos recursos materiais mínimos para a existência de qualquer indivíduo. A existência digna, segundo ele, estaria intimamente ligada à prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, do direito à previdência social, do direito à saúde, à moradia e à educação (SARLET, 2007, p. 329-366).

Existe uma clara vinculação dos direitos fundamentais sociais com um conjunto de condições materiais mínimas que propiciam uma vida com dignidade (SARLET, 2007, p. 563). É difícil falar em vida digna se o indivíduo não tem à sua disposição as condições mínimas de sustento físico e participação na vida social e política. Aflora, assim, a percepção de que a garantia dessas condições mínimas independe de uma expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, já que decorrente da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2006, p. 572).

Ricardo Lobo Torres também se manifesta sobre o assunto afirmando que o mínimo existencial corresponde a um direito constitucional prontamente exigível.

O mínimo existencial não tem conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. [...] Sem o mínimo necessário a existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecerem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder a quem de um mínimo, do qual nem os prisioneiros os doentes mentais e os indigentes podem ser privados (TORRES, 2007, p. 69).

Encontra-se na doutrina diversas definições para mínimo existencial. Acredita-se que esta variação decorre precisamente da concepção que cada autor possui do que venha a corresponder às necessidades indisponíveis de cada ser humano. Entretanto, ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar, há que se entender

que determinadas prestações materiais são consideradas essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade.

Ingo Wolfgang Sarlet observa, ainda, que uma importante análise deve ser feita em relação ao mínimo existencial: a de se verificar que esse mínimo seja, também, suficiente para garantir as condições materiais mínimas para o exercício da liberdade efetiva e não meramente formal, estando, portanto, embasado diretamente no princípio da liberdade e da autonomia (SARLET, 2006, 568). Nesse sentido, é essencial buscar a igualdade substantiva, o desenvolvimento de condições dignas de vida, bem como, sua progressiva e almejada melhoria.

3 A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais, está condicionada às possibilidades financeiras dos cofres públicos. Cabe aos governantes e aos parlamentares, numa expressão do poder discricionário, a decisão acerca da disponibilidade dos recursos financeiros do Estado, por meio da escolha das políticas públicas a serem implementadas na sociedade.

Os direitos fundamentais sociais estão sujeitos às regras de ponderação frente ao princípio da reserva do possível. Assim, pode-se dizer que a norma de direito fundamental social pode ter como limite a suficiência disponível para a prestação material demandada, visando-se garantir a realização mínima pretendida.

Entretanto, o Estado deve ser impedido de adotar qualquer medida de ordem legislativa ou material, comissiva ou omissiva, que frustre a concreção do mínimo existencial. A observância de um mínimo

existencial, assim, independe de qualquer medida de intervenção legislativa, derivando diretamente da própria Constituição (GARCIA, 2004).

A concepção do mínimo existencial representa uma vantagem para a proteção dos direitos fundamentais. O que deve ser observado é a possibilidade de conceber um mínimo existencial irreduzível, relacionado não só com as necessidades de sobrevivência humana. Além destas, devem ser contempladas a carga histórica e cultural de cada sociedade.

Assim, o conteúdo do mínimo existencial deve ser formado de um núcleo homogêneo, com tendência à universalidade, no que toca à existência humana e uma porção heterogênea aberta às características particulares de cada sociedade. Esse núcleo seria bem definido com as necessidades vitais de sobrevivência e uma porção, de difícil definição, envolvendo a forma como estas necessidades vitais deveriam ser atendidas e as necessidades culturais indispensáveis.

É evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial (CLEÈVE, 2003, p. 28).

Em relação ao mínimo existencial, não se vislumbra a possibilidade de alegação de uma escassez artificial de recursos em contraposição às prestações necessárias à sobrevivência com dignidade.

Sempre que esta estiver em risco, extremamente grave deverá ser a justificativa para que não exista a efetiva garantia. Os bens jurídicos resguardados em contrário a este direito deverão ser tão defensáveis que se possa compreender a legitimidade da restrição

Robert Alexy salienta que quando estão em jogo direitos sociais mínimos, relacionados ao mínimo existencial, a alegação da prevalência de outros bens jurídicos, como a segurança orçamentária, não pode ser acatada. Defende que a realização do mínimo existencial não teria o condão de afetar de forma substancial os direitos individuais, princípios ou bens jurídicos em conflito (ALEXY, 2002, p. 495).

Observa-se que a determinação do caráter prestacional do mínimo existencial exige o respeito de determinadas obrigações por parte do Estado e os argumentos tradicionais de escassez de recursos e imprecisão normativa não podem ser utilizados de forma absoluta para justificar a ineficácia do direito referido e a adoção das medidas necessárias para dar-lhe efetividade (ALEXY, 2002, p. 495).

Os direitos fundamentais sociais decorrem da busca do atendimento das necessidades que correspondem aos imperativos da dignidade humana. Entretanto, a doutrina interna e a externa esbarram no problema da subjetividade do estabelecimento do padrão de referência ideal para consecução de condições mínimas indispensáveis para a manutenção digna da vida. É esse padrão de referência ideal que corresponde ao mínimo existencial, devendo ser satisfeito independentemente de provisão (BARCELLOS, 2002, p. 15)

Desse modo, verifica-se que para Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 374), não é só o mínimo existencial, entendido como mínimo de sobrevivência que faz pesar a balança da ponderação em prol da realização dos direitos fundamentais sociais, em detrimento da reserva

do possível. O princípio da dignidade da pessoa humana surge como importante argumento de ponderação.

A reserva do possível, na concepção alemã, prevê que só é possível exigir do Estado prestações positivas que estejam dentro dos limites do razoável. Como estas recaem diretamente sobre o Estado e indiretamente sobre a população, não há porque onerar o Estado e a população para concretizar algo não necessário.

Verifica-se que é preciso ter cautela para não se cair em uma visão extremada em que o Estado deve e pode atender a toda e a qualquer prestação. Não se deve, ainda, admitir que este se encontre livre de suas obrigações, sempre que alegar estar em meio a crises econômicas. Acredita-se que o Estado está sempre vinculado ao atendimento do mínimo existencial

Robert Alexy não descarta a necessidade de muitos recursos financeiros para efetivar os direitos fundamentais sociais mínimos. Entretanto, segundo ele, essa realidade não nos permite inferir na inexistência de tais direitos. Os direitos conferidos podem ter mais peso que as razões de política orçamentária.

Os limites orçamentários perante a garantia de um mínimo existencial não parecem muito relevantes em países como a Alemanha (SARLET, 2007, p. 369). Observa-se que essa concepção não pode ser transportada para a realidade brasileira sem problemas. A população em carência das necessidades mínimas de sobrevivência da Alemanha é muito distante dos contingentes abaixo da linha de extrema pobreza no Brasil.

O atendimento de suas necessidades, por certo, implica diferentes reflexos no orçamento brasileiro, se tomada como ponto de referência a capacidade orçamentária de alocação de recursos na

Alemanha. Entretanto, é precisamente em virtude desta flagrante debilidade na satisfação dos direitos sociais mínimos que o tema merece especial atenção dos poderes públicos.

É necessário que ao se posicionar sobre o tema, mantenha-se uma postura consciente. Pensar, atualmente, na garantia de eficácia integral de todos os direitos sociais não passa de mera utopia. A realidade mostra a cada dia os graves, por vezes aparentemente intransponíveis, limites a serem enfrentados. Porém, não se pode colaborar com a tendência de negar-se aos direitos sociais mínimos sua eficácia e efetividade.

Desta forma, é possível conceber o mínimo existencial como um instrumento jurídico de importante valor quando se trata de refrear a reserva do possível, enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais. Programas de transferência de renda, como o Bolsa Família, visam garantir, exatamente, o mínimo existencial para as camadas mais carentes da população brasileira.

4 PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

Após a Constituição de 1988, especificamente em 1991, surge no Brasil a primeira proposta legislativa de garantia de uma renda mínima. Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 80, apresentado pelo então senador Eduardo Suplicy, que dispõe sobre o Programa de Garantia de Renda Mínima (PGRM). Esse projeto visava beneficiar todos os brasileiros maiores de 25 (vinte e cinco) anos, residentes no país, com uma renda mínima correspondente a 2 (dois) salários mínimos.

Pouco tempo depois, ainda no ano de 1991, a família passou

a ser a principal unidade básica de atenção dos programas sociais, que incluíram crianças e adolescentes no rol de beneficiários. Seu principal foco era erradicar a pobreza nas famílias, através da melhoria das condições de educação, saúde e trabalho, dando efetividade ao disposto no art. 3º da Constituição (COLARES, 2012, p. 5).

O resultado das primeiras experiências na implantação do Programa de Renda Mínima foi tão positivo, que em 2001, no Governo de Fernando Henrique Cardoso, foram incrementados o Benefício de Prestação Continuada (BPC) e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) (SILVA, 2007, p. 92).

No segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, houve grande expansão nos Programas de Transferência de Renda, que incorporou além do Benefício de Prestação Continuada e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, o Vale Gás, o Bolsa Escola, o Bolsa Alimentação e o Cartão Bolsa Alimentação (SILVA, 2007, p. 95).

No primeiro mandato de Luis Inácio Lula da Silva, foi instituído o Programa Bolsa Família, pela medida provisória de nº 132, convertida na Lei n. 10.836/2004 e que teve por base todos os Programas de Transferência de Renda anteriormente criados. Visava superar as debilidades existentes nos programas originais e enfrentar de maneira mais sistemática, aquele que é considerado o maior problema na história brasileira: a miséria (SILVA; YAZBEK; GIOVANNI, 2007, p. 125).

Para que uma família seja beneficiada pelo Programa Bolsa Família, é necessário que essa seja selecionada dentre aquelas que estejam registradas pelos municípios no Cadastro Único. Este cadastro tem como objetivo identificar todas as famílias que vivem em situação

de pobreza ou extrema pobreza³ (IPEA, 2010, p. 3).

Ao participar do Programa Bolsa Família, a família compromete-se com uma série de condições, como: a) matricular as crianças e adolescentes com idade de 6 (seis) a 15 (quinze) anos nos estabelecimentos regulares de ensino e garantir frequência escolar de no mínimo 85% da carga horária mensal; b) cumprir os cuidados básicos de saúde nas crianças que possuem idade inferior a 7 (sete) anos; c) cumprir com os requisitos de inscrição e comparecimento nas consultas de pré-natal para as gestantes.

Nesse contexto intermediário, entre o alívio imediato da pobreza e as condicionalidades do Programa Bolsa Família, estabelece-se uma sociedade integracional. Por meio do alívio imediato da pobreza, proporcionado pelo processo de distribuição de renda, aumentam-se significativamente as possibilidades de desenvolvimento das futuras gerações, por meio do acesso à escola e aos serviços de saúde (COHN; FONSECA, 2004, p. 12).

Desse modo, torna-se imperioso monitorar o acesso dos beneficiários ao programa. O contexto histórico de desigualdade e fragilidade social das famílias justifica a necessidade desse monitoramento. Essa verificação prática tem mostrado seus benefícios para complementariedade das políticas sociais (SPOSATI, 2004, p. 28).

Assim, ao induzir a utilização de serviços constitucionalmente garantidos a todos, o Programa Bolsa Família contribui para a concepção contratual das condicionalidades: Tanto o Poder Público, quanto as famílias, tem ônus e, portanto, devem cumprir seus papéis (COHN; FONSECA, 2004, p. 14).

³ A pobreza, também conhecida como pobreza absoluta, é associada ao rendimento médio domiciliar *per capita* de até meio salário mínimo mensal. Já a extrema pobreza, também denominada de miséria, é comumente associada ao rendimento médio familiar *per capita* de até um quarto de salário mínimo mensal.

Na gestão da presidente Dilma Rousseff, o programa passa a ser executado dentro do Plano Brasil sem Miséria de forma descentralizada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, atuando em três principais eixos: o alívio imediato da pobreza, o acesso a direitos sociais básicos e a emancipação das famílias (BRASIL, 2016).

Desde o lançamento do Plano Brasil sem Miséria, no primeiro semestre de 2011, houve um aumento considerável no público acompanhado a partir do monitoramento das condicionalidades do programa. O crescimento das famílias acompanhadas passou de cerca de 500 mil famílias em 2005, para 9 milhões em 2012.

5 O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA E A ERRADICAÇÃO DA POBREZA

De acordo com Silva, Yazbek e Giovanni (2007, p. 122), “[...] pobre é a população que não atinge a renda necessária para adquirir a cesta de alimentos mais os bens não alimentares básicos”. No mesmo contexto, os autores afirmam que a causa da falta de acesso aos alimentos é o baixo nível de renda, motivo pelo qual os mecanismos de distribuição de renda mostram-se totalmente necessários e indispensáveis à manutenção dos direitos básicos da população.

Contudo, não se pode restringir a concepção da pobreza apenas pela falta ou insuficiência de renda. A definição usada pelo Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas para o Desenvolvimento vê a pobreza como “[...] a ausência de escolhas e oportunidades básicas para o desenvolvimento da vida humana”. O fenômeno é constituído por três eixos fundamentais: a pobreza material, a pobreza intelectual e a pobreza social (TOWNSEND, 1993; SEN, 2001).

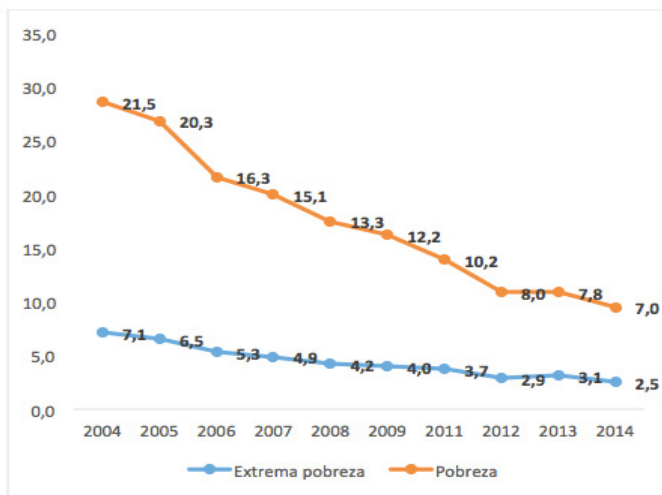
Os pobres são submetidos constantemente a situações de privação de capacidades. Uma criança ou adolescente que precise trabalhar para manter sua subsistência termina por acarretar a sua falta de acesso à educação, à saúde ou obtendo esse acesso de forma inapropriada (SEN, 2000, p. 114).

A análise dos aspectos econômicos do Bolsa Família reflete a grande importância para o desenvolvimento de pequenos municípios (MARQUES, 2005). Como consequência do benefício, as famílias passaram a ter um pequeno aumento no seu poder de compra. Entretanto, por não se tornarem financeiramente confortáveis, essas pessoas não investem o benefício recebido em supérfluos, mas em insumos básicos para uma vida mais digna e saudável (RESENDE, 2006).

Os índices de pobreza vêm diminuindo no Brasil de forma crescente desde 2004 (PNAD, 2014). O Bolsa Família assume papel de destaque nessa evolução.

Através do gráfico de evolução da pobreza e extrema pobreza no Brasil, com dados coletados entre os anos de 2004 e 2014, verifica-se uma forte inclinação descendente dos níveis de pobreza e pobreza extrema no Brasil. O índice de pobreza extrema que inicia em 2004, com valor de 7,1%, desce de maneira consistente até o valor de 2,5%, em 2014. Já o índice de pobreza desce continuamente, também de forma consistente no período, passando de 21,5% para 7,0%, no período.⁴

4 O cálculo leva em conta todos os moradores dos domicílios pesquisados, inclusive pensionistas, empregados domésticos ou filhos de empregados domésticos. A população em situação de extrema pobreza é aquela com rendimento domiciliar per capita de até R\$ 70,00 (referente a junho de 2011 e deflacionado/inflacionado pelo INPC para os meses de referência de coleta da PNAD). A população residente em domicílios sem rendimento ou sem declaração de rendimentos no rendimento domiciliar foi reclassificada segundo metodologia de análise discriminante descrita no Estudo Técnico SAGI nº 15/2014 (WWP, 2016).

Evolução da pobreza e extrema pobreza no Brasil de 2004 a 2014 (% da população)

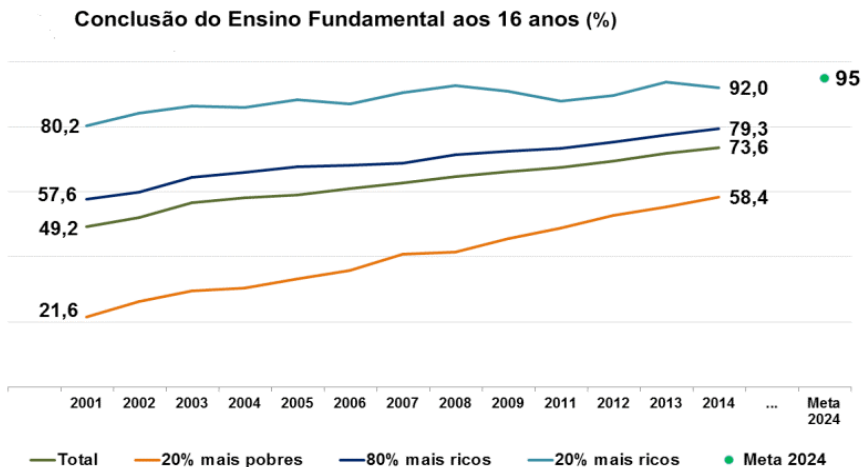
Fonte: PNAD-IBGE 2014

Segundo cálculo do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), com base nas informações da pesquisa nacional, a taxa da população extremamente pobre no Brasil está em 2,5%. Com essa taxa, a pobreza extrema já é considerada erradicada no país pelo Banco Mundial (WWP, 2016).

O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) divulga periodicamente os dados referentes ao número de beneficiários do Bolsa Família. Em abril de 2015, após 11 anos de criação do programa, 3.155.201 famílias já haviam saído voluntariamente do programa de transferência de renda. Além dessas, outras 3.029.165 famílias tiveram o benefício cancelado desde 2003, sobretudo por estarem fora do perfil de acesso ao programa e terem renda acima do limite de R\$ 154 mensais por pessoa (BRASIL, 2016).

Em relação à educação, Bourguignon et al. (2002) e Cardoso; Souza (2004) concluem que o programa mostrou sua efetividade ao elevar a frequência escolar das crianças beneficiárias. Pedrozo (2007) e Ferro; Kassouf (2005), utilizando dados da PNAD 2012, descrevem que 91,2% das crianças beneficiárias, que não frequentavam a escola passaram a frequentar, sendo que 64,4% delas prefeririam não trabalhar, para se dedicarem exclusivamente aos estudos.

Dados mais atualizados demonstram o contínuo sucesso do programa. Em 2001, apenas 21,6% dos adolescentes mais pobres concluíam o primeiro ciclo de ensino na idade adequada, enquanto a média nacional não chegava a 50%. Em 2014, mais de 58% dos adolescentes mais pobres terminam o Ensino Fundamental aos 16 anos, elevando a média nacional para 73,6% (BRASIL, 2016).



Fonte: PNAD-IBGE 2001 a 2014

Além de claras melhorias na economia e na educação, grandes

conquistas também foram estabelecidas na área da saúde. Em um estudo comparativo, publicado na revista britânica *The Lancet*, RASELLA et al (2013, p. 57-64), associou-se direta e conclusivamente o Bolsa Família com a queda da mortalidade infantil.

Estatísticas embasadas em dados de 2.853 municípios brasileiros comprovaram que nas cidades onde o Bolsa Família estava presente, a queda na mortalidade infantil chegou a 19,4%. Ressalte-se que se a taxa média geral de mortalidade de crianças menores de cinco anos (TMM5) foi reduzida, bem mais animadoras taxas foram obtidas em relação às mortes motivadas por diarreia (46,3%), desnutrição (58,2%) e infecções das vias aéreas (27,0%).

Os resultados mostram que os Programas de Transferência Condicional de Renda (TCR), como o Bolsa Família, tem se mostrado capazes de reduzir a mortalidade na infância, principalmente se as causas são relativas à pobreza. Todo esse conjunto de efeitos potencializa fatores fundamentais para o desenvolvimento do país.

Os dados da PNAD mostram uma situação ainda mais positiva para os extremamente pobres no Brasil quando se leva em consideração o cálculo do MDS da pobreza sob o ponto de vista multidimensional. Esse índice engloba, além da renda, a falta de acesso à educação, à água, ao saneamento básico, à eletricidade, à moradia e aos bens.

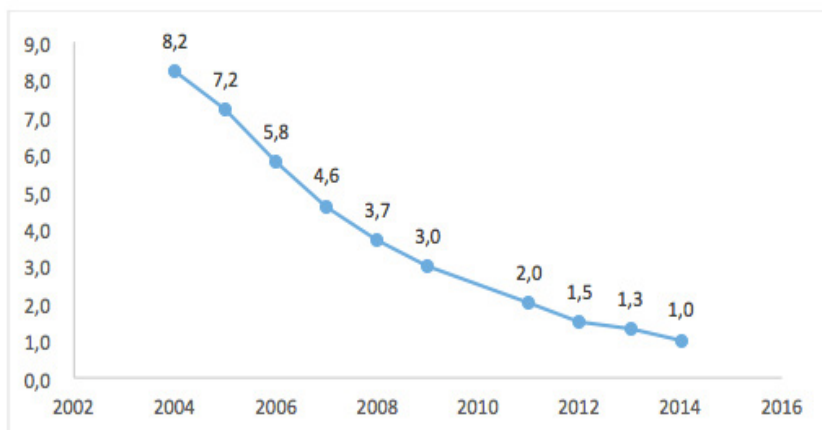
TABELA 1. Medias das taxas de mortalidade e variáveis dos municípios selecionados (N = 2.853): Brasil, 2004-2009

Variável	2004	2005	2006	2007	2008	2009	% Diferença 2004- 2009
Taxa de mortalidade (por 1.000 nascidos vivos)							
TMM5	21.7	20.3	20.1	19.4	18.6	17.5	-19.4%
TMM5 por Diarreia	0.95	0.86	0.83	0.55	0.49	0.51	-46.3%
TMM5 por Desnutrição	0.55	0.48	0.36	0.30	0.20	0.23	-58.2%
TMM5 por Infecções das vias aéreas	1.15	0.96	1.07	0.95	0.98	0.84	-27.0%
TMM5 por Causas externas	1.23	1.16	1.06	1.16	1.07	1.01	-17.9%
Cobertura municipal do PBF (%)	17.3	23.0	28.1	27.8	25.2	28.3	+63.6%
Cobertura municipal do PSF (%)	62.7	67.8	71.0	73.9	74.4	75.0	+19.6%
Renda per capita (mensal)	310	339	368	396	425	454	+46.5%
% de população alvo do PBF	27.9	27.8	27.8	27.7	26.5	26.3	-5.7%
Taxa de hospitalizações	4.88	4.69	4.58	4.46	4.02	4.04	-17.2%

PBF: Programa Bolsa Família PSF: Programa Saúde da Família TMM5: Taxa de Mortalidade em Menores de 5 anos

Fonte: Davide Rossela, 2013, p. 72

Segundo o secretário nacional de Avaliação e Gestão da Informação do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome do Brasil (MDS), Paulo Jannuzzi, o indicador deve medir “[...] não só a garantia de renda, mas também o acesso a serviços para a população mais vulnerável” (JANNUZZI, 2015, p. 1). Segundo essa ótica, o cálculo do Ministério mostrou que a porcentagem de brasileiros extremamente pobres foi de apenas 1% em 2014, registrando quedas de, em média, 62% entre os períodos de 2004 e 2009 e 2009 e 2014.

Evolução da pobreza multidimensional crônica (% da população)

Fonte: PNAD-IBGE 2014

De acordo com os principais resultados do Programa Brasil Sem Miséria, até o mês de outubro de 2014, 22 milhões de pessoas superaram a extrema pobreza. Dentre esses, 39% tinham até 14 anos, 29% eram jovens de 15 a 29 anos, 78% eram negros e 54% eram do sexo feminino. Em relação ao público que recebe o benefício, 93% das famílias tem mulheres como responsáveis, 73% são de famílias negras ou pardas, sendo que dessas, 68% tem mulheres negras como responsáveis (BRASIL, 2016).

O atendimento diferenciado às camadas mais pobres da população é necessário para a erradicação da pobreza. A igualdade material acompanha a noção de discriminação positiva e a prestação positiva de políticas que efetivem essa igualdade. Ela é o critério mais elevado do sistema constitucional, e representa o critério maior contido na Constituição para a interpretação dos Direitos Sociais (BONAVIDES, 2003, p. 374).

CONCLUSÃO

A sociedade brasileira sempre foi caracterizada pelo alto índice de pobreza e pela desigualdade social. Visando corrigir estes graves problemas, o legislador constituinte elencou dentre os fundamentos da República, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Estão entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais.

A teoria dos direitos fundamentais oferece uma série de métricas que podem ser utilizadas na caracterização da pobreza e da extrema pobreza. O mínimo existencial, representado pelo núcleo essencial do feixe de direitos fundamentais que compõem a dignidade da pessoa humana, deve ser garantido a todos. A população que não tenha esses direitos assegurados figura abaixo da linha de extrema pobreza, devendo ser amparada pelas políticas governamentais.

O alto grau de importância da concretização dos direitos fundamentais ligados ao mínimo existencial, se não impedem, levam grande vantagem quando ponderados com os limites do orçamento público. O orçamento público passa a ter como uma de suas principais obrigações contemplar o atendimento das políticas públicas, que atendem pessoas que não tenham o mínimo existencial assegurado. Apenas a completa impossibilidade fática orçamentaria pode servir de escusa para o seu não atendimento.

A partir do início dos anos noventa foram criadas diversas políticas públicas baseadas na transferência condicional de renda. O ápice desses programas acontece com o Bolsa Família, que reuniu e sistematizou diversos programas, atendendo atualmente quase 14

milhões de famílias. Um em cada quatro brasileiros participa do programa que visa, especialmente, atender parte da população brasileira que se encontra abaixo da linha da pobreza, condicionando essa participação a cuidados em relação a saúde e a educação.

Atendidas as condições para o recebimento do benefício, ganha-se no nível educacional e da saúde básica da população. Os números obtidos em pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo Ministério do Desenvolvimento Social (MDS) comprovam o sucesso do programa. Mostra-se uma acentuada queda nos índices de pobreza econômica e na pobreza multidimensional crônica. Dados do último levantamento indicam que o Brasil conseguiu erradicar a pobreza extrema de seu território.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002b.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da**

Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BOURGUIGNON, F.; FERREIRA, F. H. G.; LEITE, P. G. **Cada vez mais famílias cumprem condicionalidades de saúde do bolsa família.** 2015. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/noticias/2015/fevereiro/cada-vez-mais-familias-cumprem-condicionalidades-de-saude-do-bolsa-familia>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL. **Cidadania e justiça.** 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/04/mais-de-3-milhoes-de-familias-deixam-Bolsa-familia>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

BRASIL. **Lei 10.836, de 09 de janeiro de 2004.** Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836.htm>. Acesso em: 01 abr. 2016.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Bolsa Família.** 2016. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Brasil em ação.** Brasília: MP, [s.d.]. Disponível em: <www.abrasil.gov.br/anexos/anexos2/bact.htm>. Acesso em 26 abr. 2016.

BRASIL. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos.

Plano de Gestão do PPA 2004/2007. Brasília: SPI, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARDOSO, E.; SOUZA, A. P. **The impact of cash transfers on child labor and school attendance in Brazil.** 2004. Disponível em: <<https://ideas.repec.org/p/van/wpaper/0407.html>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo em los derechos fundamentales.** Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 2000.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p.17-29, jul./dez. 2003.

FERRO, A. R.; KASSOUF, A. L. Avaliação do impacto do Programa Bolsa-Escola sobre o trabalho infantil no Brasil. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 35, n. 3, p. 417-444, 2005.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 480, out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 10 set. 2007.

HUNT, E. K. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica.** Tradução de José Carlos Brandão Azevedo e Maria José Cylar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Características da população e dos domicílios: resultados do universo.** Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br>> .

Acesso em: 29 fev. 2016.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa por amostra de domicílios (PNAD)**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

IPEA. Instituto Brasileiro de Pesquisa Econômica Aplicada. **Miséria em queda**. Brasília: IPEA, 2010.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LOPES, Ana Maria D’Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 164, p. 7-16, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/lopes2.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2007.

LOPES, Ana Maria D’Ávila. Mecanismos constitucionais de proteção dos direitos fundamentais perante os (ab)usos da internet. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2005, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 87-90. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Ana>>. Acesso em: 31 ago. 2007.

MARQUES, R. M. A importância do Bolsa Família nos municípios brasileiros. **Cadernos de Estudos Desenvolvimento Social em Debate**, Brasília, MDS, n. 1, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

PEDROZO, E. Uma avaliação ex-ante dos impactos do Bolsa Família na redução do trabalho infantil. In: ENCONTRO NACIONAL DE

ECONOMIA, 32., 2007, Recife. **Anais...** Recife: ANPEC, 2007.

RASELLA, Davide. **Impacto do Programa Bolsa Família e seu efeito conjunto com a estratégia saúde da família sobre a mortalidade no Brasil**. 2013. 92f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Universidade Federal da Bahia: Salvador, 2013. Disponível em: <<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/premio2013/doutorado/Davide%20Rasella.pdf>>. Acesso em: 22 abr 2016.

RASELLA, Davide; AQUINO, Rosana; SANTOS, Carlos At.; SOUSA, Rômulo Paes e BARRETO, Mauricio L. Effect of a conditional cash transfer programme on childhood mortality: a nationwide analysis of Brazilian municipalities. **The Lancet**, Salvador, v.382, n. 9886, p. 6–12, jul. 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/13361/1/1111.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

RESENDE, Anne Caroline Costa. **Avaliando resultados de um programa de transferência de renda: o impacto do Bolsa-Escola sobre os gastos das famílias brasileiras, 2006**. 115f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Os direitos fundamentais sociais na constituição de

1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 1, 2001, p. 36-37. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 31 ago. 2007.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e; YAZBEK, Maria Carmelita; DI GIOVANNI, Geraldo. **A política brasileira no século XXI: a prevalência dos programas de transferência de renda**. São Paulo: Cortez, 2007.

SOARES, Sergei; SOUZA, Pedro Herculano G. Ferreira de; OSÓRIO, Rafael Guerreiro; SILVEIRA, Fernando Gaiger. Os impactos do Programa Bolsa Família sobre a desigualdade e a pobreza. In: CASTRO, Jorge Abraão de; MODESTO, Lúcia (Orgs.). **Bolsa Família 2003-2010: avanços e desafios**. Brasília: Ipea, 2010.

TOWNSEND, P. **The international analysis of poverty**. New York: Harvester Wheatsheaf, 1993.

WORD WITHOUT POVERTY (WWP). Disponível em: <<https://wvp.org.br/pt-br>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

Como citar: SILVEIRA, Whenry Hawlysson Araújo; DA SILVA, Alexandre Antônio Bruno. O programa bolsa família: uma breve análise à luz da teoria dos direitos fundamentais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.10-44, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p10. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 20/07/2015

Aprovado em 03/10/2016

**ANÁLISE DA INCURSÃO DE
(EX) PREFEITO POR ATO DE
IMPROBIDADE COMETIDO POR
AGENTE COM COMPETÊNCIA
DELEGADA**

ANALYSIS OF FORMER MAYOR'S
INCLUSION FOR ADMINISTRATIVE
MISCONDUCT OF PUBLIC OFFICIALS
WITH DELEGATED POWERS

Jair Teixeira dos Reis*

Yury Vieira Tupynambá de Lélis Mendes**

Matheus de Quadros Veloso***

* Doutor em Direito pela Universidade Lusitana de Lisboa (ULL). Mestre em Educação pela Universidad Internacional Iberoamericana (UNINI). Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Professor de Direito do Trabalho, Ciência Política e Direito Previdenciário em cursos de graduação da Faculdade São Geraldo (FSG). Auditor Fiscal do Trabalho. E-mail: jairteixeirareis@bol.com.br.

** Pós-graduando em Ciências Políticas pela Universidade Cândido Mendes (IUPERJ/UCAM) e em Didática e Metodologia do Ensino Superior pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo Ius Gentium Conimbrigae (Centro de Direitos Humanos) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Advogado. E-mail: yuryvmendes@hotmail.com.

*** Pós-graduando em Direito

Como citar: REIS, Jair Teixeira dos; MENDES, Yury Vieira Tupynambá de Lélis; VELOSO, Matheus de Quadros. Análise da incursão de (ex) prefeito por ato de improbidade cometido por agente com competência delegada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.45-71, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p45. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A Improbidade Administrativa é verdadeira “patologia” na vida pública brasileira, tendo de ser confrontada. O que, não obstante, não legitima ao Estado-membro, por meio do Ministério Público, que é órgão seu (ainda que o responsável pela defesa da

sociedade) e, muito menos, dos promotores de justiça de comarcas interioranas (art. 127, §1º, da CF); a promover devassas nas administrações municipais, sob pena de incorrer em intervenção, o que se repudia. Igualmente, em relação aos Magistrados de primeira instância, tendo em vista a prerrogativa de foro privilegiado deferida, pela Constituição da República, em seu art. 29, X, ao Prefeito Municipal. Este trabalho, assim, tem por pretensão contribuir ao debate sobre a “Improbidade Administrativa”, a indevida intervenção estadual em desfavor da autonomia constitucional do Município e sua relação com o instituto do foro privilegiado, e principalmente acerca da incursão de (ex) prefeito municipal em responsabilização criminal solidária relativa a ato de improbidade administrativa cometido por agente a quem foi delegada competência estendida via decreto de desconcentração administrativa. Lançou-se mão de pesquisa bibliográfica (doutrina) e documental (jurisprudência) como método para elucidar essa questão, que está na ordem do dia.

Palavras-chave: Improbidade administrativa; autonomia municipal; princípio da autoridade e foro privilegiado; desconcentração administrativa; inexistência de responsabilidade criminal solidária.

Abstract: Administrative misconduct is the true “pathology” of Brazilian public life and must be tackled. However, this does not legitimize the State’s use of the Public Prosecutor’s

Tributário pela Universidade Cândido Mênides (UCAM) e em Didática e Metodologia do Ensino Superior pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Advogado.
E-mail: matheusquadrosv@gmail.com.

Office, one of the State's many institutions responsible for the defense of our society and, does not justify the counties prosecutors (art 127, §1 of the Constitution) misdeeds in municipal administrations, which can be penalized by State intervention. In addition, in regards to the special jurisdiction of the magistrates of the lower courts, a prerogative is granted to the mayor by the article 29, line X, of the Brazilian Constitution. Furthermore, the objective of this study is to contribute to the debate of "Administrative Misconduct"; to analyze State intervention to the detriment of the Municipality's constitutional autonomy and its relation to the courts; and to relate to a former mayor that is facing criminal liability for administrative misconduct, which was committed by his agent with delegated powers that were extended via decree of administrative decentralization. This research was made possible with the use of literature (doctrine) and documents (jurisprudence); these methods helped elucidate and answer this study's main question.

Keywords: Administrative misconduct; municipal autonomy, principle of authority and privileged forum; administrative decentralization; lack of solidarity criminal responsibility.

INTRODUÇÃO

O tema Improbidade Administrativa é da ordem do dia, vez que instrumento utilizado nas Cruzadas pelo combate à corrupção da coisa pública. Merece, portanto, ser melhor debatido, pela importância e relevância que adquirem o tema na sociedade contemporânea.

Lado outro, vivencia-se o assoberbamento de magistrados de primeira instância e de membros do Ministério Público de comarca interioranas que, cada vez mais politizados, têm interferido diretamente no cotidiano político e administrativo de Municípios desamparados de uma efetiva assessoria e aparelhamento jurídicos. Sendo o Ministério Público órgão do Estado-membro, acaba por incorrer em verdadeira “aberração jurídica”, qual seja, a de intervenção do Estado-membro, por meio de órgão próprio, nos Municípios, em manifesto ato de afronta à Constituição da República.

Assim, pretende-se, com base em pesquisa bibliográfica (doutrina) e documental (jurisprudência), discutir primeiramente i) a Improbidade Administrativa e ii) a indevida intervenção estadual em desfavor da autonomia constitucional do Município e sua relação com o instituto do foro privilegiado; para, assim, debater acerca da iii) A responsabilidade solidária dos Decretos de Desconcentração Administrativa.

Que seja frutífero o debate!

1 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS E DESENVOLVIMENTO

O ideal que se busca na Administração pública é a probidade¹, a moralidade na conduta do administrador. Esta é a regra, todavia, quando o administrador ou agentes públicos não agem desta forma, sem observar os princípios da administração, ao deixar de cumprir com seus deveres éticos, morais e legais, estes estarão cometendo improbidade administrativa.

Segundo Maria Sylvia Di Pietro:

Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna da Administração Pública (DI PIETRO, 2012, p. 879).

Atualmente, esse tema (improbidade administrativa) é tratado pela Lei n. 8.429/92. Porém, não foi este o primeiro dispositivo legal que se preocupou com a probidade administrativa. A primeira legislação a regular essa matéria data de antes da Constituição de 1946 foi o Decreto-Lei n. 3.240/41, que dispunha sobre o instituto do sequestro de bens de pessoas, para aqueles que eram indiciados por delitos que traziam dano à Fazenda Pública, esta medida possuía manifesto caráter penal.

Na Constituição Federal de 1946, houve previsão quanto ao sequestro e perdimento de bens em caso de enriquecimento ilícito ou desvirtuamento da função pública. Para regular essa disposição, foi editada a Lei n. 3.164/57. A partir deste momento, passou-se a conjecturar que essas medidas tornaram-se cíveis, além de que eram decretadas pelo

¹ Qualidade de probó; integridade de caráter; **honradez**, pundonor, brio.

juiz civil.

Nota-se que todas as legislações preocupavam-se somente com o aspecto patrimonial, não havia previsões quanto à ética e moralidade administrativa. Somente com a introdução do Princípio da Moralidade pela Constituição Federal de 1988 no ordenamento jurídico, que as práticas que não respeitassem esses valores passaram a ser considerados ilícitos.

Note-se que os atos de improbidade definidos na Lei nº 8.429/92 são de amplitude muito maior do que as hipóteses de enriquecimento ilícito previstas nas Constituições anteriores e disciplinadas pelas referidas leis. Na Lei nº 8.429/92, o enriquecimento ilícito constitui apenas uma das hipóteses de atos de improbidade (art. 9º), ao lado dos atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e dos que atenta, contra os princípios da Administração Pública (art. 11) (DI PIETRO, 2012, p. 884).

A improbidade administrativa pode ser considerada aquela nomenclatura para corrupção administrativa, que pode se manifestar de diversas formas, como por exemplo, o desvirtuamento da Administração Pública, e a afronta dos princípios nucleares da ordem jurídica. Revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais, exercício nocivo das funções e empregos públicos, “tráfico de influencias”, ou ainda o favorecimento de uma coletividade em detrimento da sociedade.

Acerca da natureza jurídica da improbidade administrativa, o STF já se posicionou, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797, no seguinte sentido:

5. de outro lado, pretende a lei questionada equiparar

a ação de improbidade administrativa, **de natureza civil** (CF, art. 37, §4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação **à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. (grifo nosso)**

Embora, diferentemente pense a doutrina:

A doutrina admite que os Governadores de Estado, Vice-Presidente da República, Prefeitos, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário ‘se autores de atos de improbidade administrativa’, se sujeitam às sanções da Lei nº 8.429/92 [...] pois nenhuma norma constitucional os excepciona, ‘salvo em relação à legitimação ativa para a ação civil correspondente e ao privilégio de foro’ (OSÓRIO apud BRAZ, 2007, p. 200).

Ademais, “[...] não se pode utilizar decisões judiciais isoladas como fonte orientadora da doutrina jurídica, a contrario sensu, é a orientação doutrinária que deve alimentar o conteúdo das decisões judiciais” (BRAZ, 2007, p. 200), as quais, com trânsito em julgado, trazem força de lei, embora não se possa “[...] pretender outorgar às decisões judiciais força constituinte, capaz de emendar a Constituição ou transformar suas normas fundamentais em letra morta” (BRAZ, 2007, p. 201).

Tratando-se de um ilícito civil, a ação de improbidade deverá ser proposta no juízo cível. A propositura desta ação não exclui a possibilidade de outros processos, haja vista que vigora a regra da independência das instâncias. A responsabilidade por ato de improbidade

poderá alcançar várias searas, sejam elas administrativa, cível, penal e até mesmo moral, as quais serão proporcionais à potencialidade lesiva do ato, acarretando sanções distintas (GARCIA; CARVALHO FILHO, 2013, p. 64).

A regra, conforme dito acima é a independência das instâncias, ou seja, o julgamento de uma das instâncias independe do julgamento ou mesmo do processamento das outras: é a norma extraída do art. 12, combinado com o art. 21, II, ambos da Lei 8.429/92. Entretanto, em algumas hipóteses poderá haver a comunicação das decisões, como previsto no art. 126 da Lei 8112/90: “Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”.

Sendo a esfera penal extremamente garantista, busca-se a verdade real dos fatos, de forma que suas conclusões (sentença absolutória por negativa de autoria ou ausência de materialidade) expande seus efeitos a outras áreas do direito, como nos processos administrativos e até mesmo na ação de improbidade.

No tocante ao procedimento da ação de improbidade administrativa, Silvio Antônio Marques ensina-nos que:

O processo da ação segue um procedimento híbrido, pois se inicia na prevista na lei especial, até o recebimento da petição inicial, mas a partir da fase da citação segue o rito comum ordinário do Código de Processo Civil, com a possibilidade de aplicação de algumas regras do Código de Processo Penal, no que concerne a oitiva de pessoas que gozam de prerrogativa de foro no âmbito penal (MARQUES, 2010, p. 181).

A lei de improbidade administrativa possui fundamento diretamente constitucional, haja vista que em mais de uma passagem, o texto maior faz referência ao combate à improbidade. O artigo 37, §4º, da Carta Magna de 1988, dispõe que,

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda de função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Percebe-se que se trata de uma norma constitucional de eficácia limitada, dependendo de uma lei que venha a lhe regulamentar. E como foi dito, esta lei já está em vigor, é a lei n. 8.249/92, que garantiu efeitos práticos a essa norma.

A própria lei já traz quais os atos importarão improbidade administrativa. Importante frisar que para configurar ato de improbidade, não é necessário que seja um ato administrativo. Ele poderá ser um ato administrativo, uma conduta ou até mesmo uma omissão. O aspecto mais relevante é o de que este ato deve ser praticado no exercício de uma função pública.

Existem três modalidades: a) **os atos que importam enriquecimento ilícito**, previstos no artigo 9º; b) **os atos que causam prejuízo ao erário**, previstos no artigo 10; e c) **os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública** (força axiológica), previstos no art. 11.

Este rol apresentado pela lei não é taxativo, e sim meramente exemplificativo. Esta conclusão pode ser retirada da parte final dos três artigos citados, onde se encontra a expressão “notadamente”. Se a conduta

não estiver prevista nos incisos, porém se enquadrar na descrição do *caput*, estará configurado o ato de improbidade. Inclusive, a modalidade prevista no artigo 11, possui vasta abrangência, alcançando assim uma gama alargada de atos de improbidade.

Quanto à necessidade da existência do dolo nas condutas, existe grande divergência. **É pacificado que não é possível a aplicação da responsabilidade objetiva na Lei de Improbidade Administrativa.** Neste sentido, disserta o Juiz Federal Felipe Veit Leal:

Não basta que haja a ilegalidade em sentido lato. É necessária a ilegalidade qualificada, qual seja, aquela querida pelo agente público ou particular, sob pena de qualquer ato, muitas vezes irrelevante, sem qualquer intenção do agente, decorrente de um despreparo, vir a ensejar improbidade, aumentando, excessivamente e sem razão, o número de demandas no Judiciário (LEAL, 2012, p. 3).

De início, vale transcrever parte do artigo 10 da lei em estudo: “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, [...]”

Como se vê, é expresso no texto legislativo que na modalidade de atos que causem prejuízo ao erário, a modalidade culposa é possível. Essa previsão inexistente nos outros artigos. Com isso, conclui-se que as modalidades previstas no artigo 9º e 11, exigem o elemento subjetivo dolo, enquanto a prevista no artigo 10, admite tanto a forma dolosa quanto a culposa.

Especificamente no caso do artigo 11, o STJ decidiu em sede de recurso especial (REsp 951.389) que, basta o dolo genérico, satisfaz o elemento subjetivo para que se configure ato improbo.

2 FUNDAMENTAÇÃO DA AUTONOMIA MUNICIPAL E DO FORO PRIVILEGIADO

Com o advento da nova ordem jurídico-política, instaurada em 05 de outubro de 1988, a nova Constituição da República Federativa do Brasil, ao definir a organização político-administrativa da Federação, não só declarou autônomos os Municípios, com tríplice autonomia política, administrativa e financeira (art. 29 e ss), como também lhes deferiu, com acerto, *status* constitucional de ente federativo (arts. 1º e 18), mesmo em respeito ao direito natural e à própria origem histórica do Estado, que tem por base o Município, célula básica da nacionalidade.

A novidade, demais disso, nasce com a inclusão do Município entre as entidades de direito político autorizadas a legislar concorrentemente. Frise-se, aliás, que essa valorização do Município surge logo no art. 1º, quando, ao contrário do que anteriormente ocorreu, entre nós, vem ele enumerado como parte da união indissolúvel que forma o País, o que é salientado pelos doutores [referindo-se às obras de M. G. Ferreira Filho e Celsos Bastos e Ives Gandra]. Deu a Constituição de 1988 especial relevo à unidade menor de nossa organização nacional. E, logo no art. 18, ao cuidar da organização político-administrativa do Brasil, declara-o, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal, *autônomo*. E assim o trata. Em especial no Capítulo IV do Título III – arts. 29 a 31 – onde, detidamente, lhe estabelece a organização e a competência, em minúcia que antes não se encontra em nossas leis constitucionais, e que, se excede em explicitação, objetiva, por certo, marcar o significado que lhe empresta (CORREA, 1991, p. 116).

E, em razão dessa autonomia oriunda do milenar Princípio da Autonomia Municipal (que tem origem no próprio Direito Natural), também consagrou o foro privilegiado ao Prefeito Municipal (art. 29, X, CRFB/1988), enquanto Chefe de Poder e de Ente Federativo Autônomo, perante o Tribunal de Justiça do Estado.

Assim, não sendo possível identificar qual a natureza do processo no qual irá figurar, a garantia constitucional da prerrogativa de foro não pode ser derogada por nenhuma lei, ordinária ou complementar, tampouco por decisões judiciais (BRAZ, 2007, p. 194).

Foro, nas palavras de Petrônio Braz (2007, p. 193), “[...] é a circunscrição em que um determinado juízo tem competência decisória”, enquanto Foro Privilegiado, na definição do STF:

[...] é um foro especial para o julgamento de determinadas causas contra pessoas que ocupam, na organização do Estado, altos cargos, entre elas o Presidente da República, os Governadores de Estado e os Prefeitos Municipais, que possuem status de Chefes de Poder (RE nº 132.747-2DF, DJU 07/12/95 – STF).

Em relação ao foro privilegiado dos Prefeitos, este alcança as ilicitudes cometidas antes do exercício do mandato, sendo irrelevante o momento de suas consumações. Por sua vez, se cometido a ilicitude no exercício do mandato, a prerrogativa prevalece independente do momento do oferecimento da denúncia (BRAZ, 2007, p. 201).

A garantia do foro privilegiado, estendida aos Prefeitos Municipais, somente não alcança atos por eles praticados que sejam objeto de mandado de segurança ou ação cautelar, principal ou a ela

vinculada, na defesa de direitos individuais ou coletivos (BRAZ, 2007, p. 194).

Há que se acrescentar, ainda, que prefeitos, vice-prefeitos, secretários municipais e vereadores são autoridades municipais; enquanto promotores de justiça e juízes de direito são autoridades do Estado-membro nos Municípios.

Estão os prefeitos postos constitucionalmente em igualdade de condições com os juízes de direito, sejam eles de instância inicial, intermediária ou final, ou, ainda, juízes do Tribunal de Alçada, não podendo ser por eles processados e julgados [...] É pacífica a jurisprudência quanto à competência do Tribunal de Justiça do Estado para processar e julgar o Prefeito Municipal nos crimes comuns, enquanto no exercício do cargo (BRAZ, 2007, p. 194-195).

No exercício do poder-dever do Poder Constituinte Derivado Decorrente, o Estado de Minas Gerais editou sua Constituição com obediência às disposições fundamentais contidas no art. 29, X, da Constituição da República, e estabeleceu em seu art. 106, as competências dos diversos órgãos da Justiça Estadual, que “Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição: I – processar e julgar originariamente, ressalvada a competência das justiças especializadas: [...] b) o Secretário de Estado, ressalvado o disposto no §2º do art. 93, os Juízes dos Tribunais de Alçada e de Justiça Militar, os Juízes de Direito, os membros do Ministério Público, o Comandante Geral de Polícia Militar e os Prefeitos Municipais, nos crimes comuns e nos de responsabilidade”.

Insta constar que a Lei de Crimes Fiscais (Lei n. 10.028/2000)

instituiu “novas modalidades de *crimes funcionais*, que são infrações penais a serem processadas e julgadas pelo Poder Judiciário, respeitada em qualquer caso concreto a prerrogativa de foro” (BRAZ, 2007, p. 195).

Sendo o descumprimento das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, por exemplo, definido como *crime de responsabilidade*, “pelo descumprimento delas o Prefeito Municipal estará sujeito a ser processado e julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado (art. 29, X, da CF)” (BRAZ, 2007, p. 196). Os chamados *crimes de responsabilidade* não são infrações penais: “[...] são condutas atípicas do administrador público, contrárias ao interesse público, definidas em leis especiais” (BRAZ, 2007, p. 195).

A Lei n. 1.079/1950 inclui a improbidade administrativa entre os crimes de responsabilidade: “[...] em sendo *crime de responsabilidade*, o processo e julgamento dos prefeitos municipais, com fundamento na Lei n. 8.429/1992, é da competência privativa do Tribunal de Justiça do Estado” (BRAZ, 2007, p. 196).

O veterano das lides municipais, comenta, com teor crítico e com acerto, o infeliz fenômeno que vem acontecendo por todo o país, em manifesta afronta à histórica e milenar autonomia municipal:

Os juízes não podem aplicar o direito *extra legem*, contudo, estão se tornando comuns atos de juízes singulares afastando prefeitos municipais do exercício de seu cargo, com fundamento na Lei de Improbidade (Administrativa), numa total inversão de valores e usurpação de funções, colocando as autoridades municipais na condição de reféns desses mesmos julgadores e jogando por terra os princípios constitucionais da autonomia municipal e da independência dos poderes [...] Quem aplica a lei deve interpretá-la mais benignamente para que

não seja deturpada a vontade do legislador, cortando-se tanto quanto possível o abuso individualista do intérprete, que possa levar ao absurdo: *interpretativo illasumenda est vitetur absurdum* (BRAZ, 2007, p. 196-197).

A Carta da República proibiu expressamente de os Estados-membros intervirem em seus Municípios, à exceção dos casos expressamente definidos no art. 35, em que ainda assim só poderá ser decretada pelo Governador do Estado, após ter sido ofertado ao Município, através de seus órgãos, ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/1988) (BRAZ, 2007, p. 197).

O prefeito municipal é a maior autoridade do Município. Os juízes e promotores são autoridades do Estado nos Municípios. Não têm eles poder de intervenção. Nem o Presidente do Tribunal de Justiça é detentor desse poder. Ele pode pedir ou recomendar a intervenção, contudo, somente o Governador do Estado pode decretá-la (BRAZ, 2007, p. 197).

Em respeito ao Princípio da Autoridade (força axiológica), não pode juiz monocrático julgar Prefeito Municipal, que lhe está no mesmo nível de igualdade constitucional. Devem, assim, serem julgados pelo Tribunal de Justiça, a nosso ver mesmo quando não mais no exercício do cargo (ex-prefeito, por exemplo): desde que, é claro, o motivo pelo qual estejam indo a julgamento tenha relação com o desempenho da função ligada ao cargo que lhe empresta tal prerrogativa.

É de se lembrar que compete precipuamente é à Câmara de Vereadores a fiscalização do Município, conforme os ditames do art. 31, da CRFB/1988. Inclusive, com fulcro na etimologia, o verbete vereador

remete ao verbo verear, que significa “verificar”, “vigiar”², “fiscalizar”. Também à Câmara Municipal compete o julgamento do Prefeito Municipal e dos Vereadores pelas infrações político-administrativas e o julgamento das contas do Município apresentadas pelo Prefeito Municipal. Ao Ministério Público compete prezar pela legalidade e ao Poder Judiciário julgar a legalidade dos atos administrativos editados pelo Prefeito Municipal, o que não importa no julgamento da autoridade que os editou.

Ao ampliar as receitas municipais, o constituinte em correspondência estabeleceu um regime mais rigoroso aos seus administradores, buscando, desta forma, que o Município fosse auto-suficiente em relação à arrecadação de receitas e a correta aplicação, para satisfazer os encargos sociais, com a competente fiscalização (CORREA, 1991, p. 116-117). Este poder fiscalizador foi conferido ao legislativo municipal.

Não pode, ademais, o Estado-membro intervir no Município (salvo os casos constitucional e taxativamente excepcionais, isto é, do art. 35 da CRFB/1988); embora, na atualidade, certo é que o faz por meio do Ministério Público, que é órgão seu, preterindo, assim, a Autonomia Municipal e o próprio Princípio da Autoridade.

Para José Nilo de Castro (2000, p. 24) não estão os Prefeitos Municipais alcançados pela norma contida no art. 20 e seu parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa. E com ele concorda plenamente Petrônio Braz (2007, p. 197), para quem “as disposições normativas contidas no citado artigo, não afastam o privilégio de foro” definido pela Constituição da República (art. 29, X).

2 “Vereador” como contração de “Verificador”: “verear” seria a contração de “verificar”; vigiar sobre a boa polícia da terra; reger e cuidar do bem público.

Neste sentido é oportuno lembrar a sentença histórica do Juiz Paterson, do Estado de Filadélfia, nos Estados Unidos da América do Norte, que rejeitando validade a uma lei do Congresso disse (apud BRAZ, 2007, p. 197):

A Constituição é a lei suprema; sua dignidade prevalece à da legislatura; só a autoridade, que a fez, poderá mudá-la; o Poder Legislativo é criatura da Constituição; deve à Constituição o existir; recebe os seus poderes da Constituição; e, pois, se os atos dele que não conformam com ela, são nulos.

A tese é clara: somente o Poder Constituinte pode mudar o que a Constituição define; se a legislação ordinária não pode, muito menos o intérprete: por óbvio! (BRAZ, 2007, p. 197).

Não se pode confundir, para fins de julgamento, os detentores de cargos, empregos e funções de natureza pública (servidores) com agentes políticos, embora ambos sejam agentes públicos: o que se extrai da comparação, ainda que perfunctória, da redação da norma contida no parágrafo único do art. 20 (que se refere a “cargo, emprego e função”), da LIA, com as disposições contidas nos arts. 2º (que fala em “mandato, cargo, emprego e função”), 9º, 13, §2º e 23, também da LIA (BRAZ, 2007, p. 198).

José Nilo de Castro (2000, p. 24) deixa transparecer seu

[...] inconformismo com a possibilidade de afastamento do prefeito, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20, caput). É que a autorização do juiz de primeiro grau para determinar afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, na literalidade do parágrafo único do art. 20 supramencionado, não está a alcançar

o agente público, detentor de mandato eletivo (agente político). Isto porque não se tem a previsão do agente político como sujeito à sanção de afastamento do exercício do mandato na disposição paragrafaria do art. 20. O prefeito não titulariza cargo, nem emprego, nem função, a que corresponda remuneração também.

Petrônio Braz (2007, 198-199) leciona que o Ministério Público é uma instituição una, o que acarreta que, quando a lei fala sobre a legitimidade ativa do MP para propor uma ação, não significa que somente o Promotor de Justiça da Comarca a possua. Desta forma, caso o sujeito ativo for Prefeito Municipal, o seu algoz deve ser a Procuradoria de Justiça. O direito-dever de atuação na defesa do patrimônio público não confere ao Promotor de Justiça a competência para dar início a processo em face do Administrador Municipal.

Além do mais, existe precedente no STJ (RO nº 95/0044473-9, rel. Min. Hélio Mosimann), onde foi reconhecido que os processos da Lei 8.429/89 possuem natureza penal, sendo crimes de responsabilidades os atos contrários às suas disposições (BRAZ, 2007, p. 200).

De lado outro, clara é a disposição constitucional capitulada no art. 85, V, da CRFB/1988: “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] V – a probidade na administração”.

E, em face do Princípio da Simetria e pela lógica aristotélica, por meio da construção de um silogismo apodíctico, infere-se que os atos praticados pelos Prefeitos Municipais que atentem contra a probidade administrativa, inscrevem-se como crimes de responsabilidade: *Ubie adem ratio, ibieadem legis dispositio*. Ademais, o Código Penal de 1940, em seu artigo 339, com redação dada pela Lei n. 1.028/00, reconhece

expressamente a natureza criminal da improbidade administrativa (BRAZ, 2007, p. 200).

Não se pode admitir a quebra dos princípios constitucionais, o desrespeito à autoridade municipal constituída pelo voto consciente do povo, que é o detentor maior do poder (soberania popular).

3 A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS DECRETOS DE DESCONCENTRAÇÃO ADMINISTRATIVA. OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Chefe do Executivo Municipal que, via decreto, institui a desconcentração administrativa no âmbito da Administração Pública Municipal, delegando competências, torna-se solidariamente responsável apenas na seara civil, quando de ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário, seja (diretamente ou à ordem) de Secretário Municipal ou de outro nomeado do Prefeito que ocupe cargo de confiança, assessoramento ou chefia; não podendo ser, no entanto, responsabilizado solidariamente na seara criminal – em razão, inclusive, do Princípio da Pessoalidade e da Individualização da Pena (art. 5º, XLV e XLVI, da CRFB/1988) que, com o advento do neoconstitucionalismo teórico-descriptivo, irmanado com o pós-positivismo, ganhou força axiológica, alcançando *status* de norma.

É verdade que é apenas a penalidade que é individual, podendo o crime ser cometido de forma coletiva. Como também é verdade que possa advir responsabilidade solidária do próprio ato de nomeação (cargo de confiança).

Entretanto, caso em que o Prefeito tenha editado Decreto instituindo a Desconcentração Administrativa, no universo da

Administração Pública Municipal, delegando competências aos Secretários Municipais e demais agentes públicos que ocupem cargo ou exerçam função de confiança, assessoramento ou chefia; tendo sido, por exemplo, um destes agentes a quem foi delegada competência o ordenador de despesa que eventualmente venha a causar lesão ao erário, ou tendo sido um deles quem tenha praticado algum ato de improbidade administrativa, com fulcro nos próprios princípios da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB/1988), da razoabilidade e da proporcionalidade, não há que se falar, a menos que sobejem provas ou evidências contrárias, em responsabilização criminal do prefeito pelo ato praticado por seu assessor, vez que está o *alcaide* amparado pelo Decreto de Desconcentração Administrativa, além de não ter sido ele quem praticou o ato em comento.

A este respeito, o Pleno do Supremo Tribunal Federal³ já se manifestou:

Não se pode, é certo, presumir a responsabilidade criminal daquele que se ache no cargo de Prefeito municipal, em função apenas dessa titularidade. Increpação mecânica ou linear que redundaria na aplicação da inadmissível figura da responsabilidade penal objetiva. Se se prefere, implicaria presumir a responsabilidade penal objetiva em razão da simples titularidade do cargo público (Min. Aires Britto – AP 409 CE, julgado em 13.05.2010, pelo Pleno do STF).

A título de exemplo, destaca-se o Caso Arruda, que está

3 Corte Constitucional brasileira, nas palavras do saudoso Ministro Oscar Dias Corrêa: “é que o Tribunal, que sempre foi Corte Constitucional – à qual incumbiu sempre dirimir os dissídios entre Poderes, no mais nobre e alto exercício do seu poder *político-constitucional* – aliava a essa competência a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais da Federação, tradicionalmente” (CORRÊA, 1991, p. 139).

na ordem do dia, e que trata do ex-prefeito municipal de Januária (2009/2012), na região norte do Estado de Minas Gerais, ou seja, do advogado municipalista Maurílio Neris de Andrade Arruda, Bacharel (Direito, 1995) e Especialista (Direito Público, 1996) da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros, e Especialista (Derecho Administrativo Internacional, 2005/2006) e Doutorando (Derecho Administrativo, ingresso em 2008) pela Universidade de Zaragoza, no Reino da Espanha; que também é professor universitário de Direito Administrativo e autor de obras sobre Direito Municipal.

In casu, foram instituídos diversos Decretos de Desconcentração Administrativa, em obediência ao art. 84, parágrafo único, da Constituição da República (em atenção ao Princípio da Simetria com o centro), e da Lei Orgânica do Município de Januária (MG), desde o início de seu mandato, os quais, em tese, deveriam eximi-lo da responsabilidade sobre as atividades delegadas a outros funcionários, especialmente aos Secretários Municipais.

In verbis, o texto da Suprema Lei da República:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI – dispor, **mediante decreto**, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

[...]

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

[...]

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

[...]

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações. (grifo nosso)

Nessa linha constitucional, o referido causídico e ex-alcaide do município ribeirinho norte-mineiro seguiu. E em respeito ao princípio da simetria, a Lei Orgânica do Município de Januária conferiu este poder ao Prefeito do Município em seu art. 68:

Art.68 - O Prefeito poderá delegar, por decreto, a seus auxiliares, as funções administrativas previstas nos incisos XV e XXIV do artigo 67. (grifo nosso)

Diz ainda, o art. 67 da LOM de Januária (MG):

Art.67 - Compete ao Prefeito, entre outras atribuições:
XV - prover os serviços e obras da administração pública;
XXIV - organizar os serviços internos das repartições criadas por lei, sem exceder as verbas para tal destinadas.

E, ademais aos dispositivos constitucionais da Lei Fundante da República e da Lei Orgânica do Município de Januária, destaca-se também os decretos municipais de desconcentração administrativa, pelos quais realizou-se a desconcentração administrativa e eximiu a responsabilidade do Chefe do Executivo Municipal dos atos alheios ao

seu conhecimento, conferindo inteira e exclusiva responsabilidade pelos atos aos Secretários Municipais, sendo responsabilidade destes, conferir a legalidade dos atos.⁴

A boa doutrina do saudoso Prof. Dr. José Nilo de Castro (2000, p. 14-22) também assim o corrobora:

Não se pode olvidar aqui, em consideração ao objeto deste artigo, a individualização da responsabilidade de todos quantos, de qualquer modo, arrecadem receitas, efetuem despesas, administrem ou guardem bens pertencentes à Fazenda Pública ou a ela confiada⁵, situação esta bem posta nos arts. 80 e 81 do Dec.-Lei 200, de 25.02.1967, verbis:

‘Art. 80. Os órgãos de contabilidade inscreverão como responsável todo ordenador de despesa, o qual só poderá ser exonerado de sua responsabilidade após julgadas regulares suas contas pelo Tribunal de Contas.

§1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recurso da União ou pela qual esta responda.

§2º O ordenador de despesas, salvo conivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas.’

4 Decreto n.º 2.894, de 11 de junho de 2010; Decreto n.º 2.599, de 2 de janeiro de 2009; Decreto n.º 2.961, de 14 de setembro de 2010.

5 Comentando a respeito do dispositivo constitucional referente à Fiscalização Financeira, o Ministro Oscar Dias Corrêa diz se tratar, talvez, do “mais prolixo, redundante, repetitivo, cansativo trecho da Constituição”. E continua: “Como se tudo – utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar – não fosse, no fundo, *administrar*, ou *gerenciar*, sem necessidade de tantas especificações que nada acrescentam; e como se bens, dinheiros e valores públicos não fossem a mesma coisa, bastando uma das indicações, como *valores públicos*”.

[...]

Papel importantíssimo, na execução orçamentária e na aplicação dos recursos públicos, tem o *ordenador* de despesas. A figura do ordenador de despesas não pode ser desprestigiada na análise das contas públicas municipais. O *ordenador de despesas* é a autoridade competente (Prefeito, Presidente da Câmara Municipal, Diretores de autarquias e fundações municipais ou seus *delegatários*) que determina expressa e formalmente que seja paga a despesa empenhada, consubstanciando-se, com a ordem de pagamento, a última fase do estágio da despesa na forma da lei (art. 64, da Lei 4.320/64). (**grifo nosso**)

Este magistral publicista mineiro, Doutor de Estado pela *Université de Sorbonne*, entende que a responsabilização do Prefeito deve ser individualizada, quando atuante como ordenador de despesa, em correspondência ao Dec.-Lei 201, de 27.02.1967. Portanto, quando delegada a função de ordenador de despesas, como ocorreu no Caso Arruda, aqui tratado, a responsabilidade não pode lhe alcançar, salvo nos casos de provada a conivência do Prefeito. O delegatário responderá pelos atos que atuou como ordenador de despesas perante o tribunal de contas.

CONSIDERAÇÕES À GUIZA DE CONCLUSÃO

Desta forma, entendemos que, em respeito ao Princípio da Autoridade (força axiológica), não pode juiz monocrático julgar Prefeito Municipal, que lhe está no mesmo nível de igualdade constitucional. Devendo, assim, serem **prefeitos ou ex-prefeitos (por força do cargo exercido)** julgados pelo Tribunal de Justiça (art. 29, X, da CRFB/1988): a nosso ver, inclusive mesmo quando não mais no exercício do cargo

(ex-prefeitos): desde que, é claro, o motivo pelo qual estejam indo a julgamento tenha relação com o desempenho da função ligada ao cargo que lhe empresta tal prerrogativa. Pois, como mencionou Petrônio Braz independente do momento da denúncia, se o crime foi praticado durante o exercício do mandato, a prerrogativa de foro prevalece.

Claro já estando que, quer como prefeito ou como ex-prefeito (cujo ato de improbidade administrativa esteja relacionado ao exercício do mandato de prefeito municipal), o processamento e julgamento de crime comum ou de responsabilidade, relacionado, o ato administrativo, ao exercício do mandato de prefeito municipal, o julgamento se dará perante o Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro.⁶

Resta vislumbrar que, à luz dos princípios da Pessoaalidade e da Individualização da Pena (art. 5º, XLV e XLVI, da CRFB/1988), da Presunção de Inocência (art. 5º, LVII, da CRFB/1988), da Razoabilidade e da Proporcionalidade, **não há que se falar em responsabilização criminal solidária do Prefeito Municipal por ato de improbidade administrativa praticado por agente cuja competência tenha sido estendida por Decreto de Desconcentração Administrativa, delegante de poderes, da lavra do Prefeito Municipal.**

É inconcebível, portanto, o incurso na responsabilização criminal do Chefe do Executivo Municipal que tiver em sua defesa Decreto de Desconcentração Administrativa e, de lado outro, carecerem provas, indícios e evidências que lhe condenem à estrita relação com o ato de improbidade administrativa causador do dano ao erário público, mesmo em razão do princípio da presunção de inocência(art. 5º, LVII,

6 A Constituição da República não especificou que apenas ao crime importa o foro privilegiado por prerrogativa de função, sendo este apenas um entendimento jurisprudencial, e, como já visto, embora mesmo possuindo força de lei as decisões judiciais transitadas em julgado, não se pode, no entanto, conferir status de constituinte derivado a estas, ou mesmo desconsiderar o conteúdo fundamental da Constituição.

da CRFB/1988), pelo qual ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e principalmente pelo princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB/1989), uma vez que delegada a função de ordenador de despesas, deve responder por este ato o delegatário, somente sendo solidariamente responsável, o delegante, quando comprovada sua conivência com os atos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Rodrigo de Souza. Responsabilidade dos agentes políticos: crimes de responsabilidade e atos de improbidade administrativa. **Debates em Direito Público**: Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 7, n. 7, p. 119-169, out. 2008.

BRAZ, Petrônio. **Manual de direito administrativo**. 2.ed. Leme/SP: LED – Editora de Direito Ltda, 2001.

BRAZ, Petrônio. **Tratado de direito municipal**: sistema tributário municipal e responsabilidade fiscal. 2.ed. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2007. v.3.

CARDOSO, Oscar Valente. Responsabilização de agentes políticos por improbidade administrativa. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 47, maio 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/46497>> Acesso em: 09 jun 2016.

CASTRO, José Nilo de. **Julgamento das contas municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988**: contribuição crítica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas. 2012.

GARCIA, Emerson; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEAL, Felipe Veit. O elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa e a sua comprovação. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012, p.3. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Felipe_Leal.html> Acesso em: 25 out. 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

MARQUES, Silvio Antonio. **Improbidade administrativa**: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Tiago do Carmo. Improbidade administrativa e agentes políticos: aplicabilidade e foro competente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/51362> > Acesso em: 09 jun. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOBRAL, Daniel Santos Rocha. Improbidade administrativa e foro Especial: reflexões pontuais. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 30, n. 104/105, p. 81-91, out./mar. 2003.

Como citar: REIS, Jair Teixeira dos; MENDES, Yury Vieira Tupynambá de Lélis; VELOSO, Matheus de Quadros. Análise da incursão de (ex) prefeito por ato de improbidade cometido por agente com competência

“HOLY MOUNTAINS”¹: O SUSSURRO HISTÓRICO NA BUSCA POR RECONHECIMENTO

“HOLY MOUNTAINS”: THE WHISPERED HISTORY IN SEARCH OF RECOGNITION

Mayron Morais Damasceno*
Cláudia Luiz Lourenço**

Como citar: DAMASCENO; Mayron Morais; LOURENÇO, Cláudia Luiz. “Holy mountains”: o sussurro histórico na busca por reconhecimento. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.72-100, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p72. ISSN: 2178-8189.

* Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Advogado. E-mail: mayronmoraisd@gmail.com.

** Pós-doutoranda em Direito Constitucional pela Università degli Studi di Messina. Doutora em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Especialista em Direito Público pela Universidade de Rio Verde (FESURV) - Axioma Jurídico. Especialista em Docência Universitária pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Especialista em Direito Penal pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Professora Adjunta da Universidade Federal de Goiás (UFG). Professora Horista-Assistente da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Advogada. E-mail: profaclaudialuizlourenco@gmail.com.

Resumo: O presente artigo tem como temática a abordagem dos Direitos Humanos, de modo a demonstrar como a visibilidade histórica dos atos deflagrados pelas gerações passadas serve como intermédio na construção de uma sociedade mais humana e igualitária. Seu principal intuito não é trazer à baila o desespero,

1 A expressão “holy mountains” aqui utilizada significa “montanha sagrada” e se refere ao monte Ararat, tido como símbolo nacional dos armênios. Título utilizado como inspiração por ser o mesmo nome de uma música da banda Americana de metal, System of a Down, formada por quatro integrantes armênios que a usaram para retratar o genocídio ocorrido em sua terra natal. Atualmente, no ano de 2015, estão em turnê cujo nome “Wake up the souls” (despertar das almas) busca a conscientização das pessoas sobre o genocídio que completa cem anos (MALAKIAN; TANKIAN, 2005).

a amargura ou desejo de vingança, é, contudo, tratar sobre os perigos em que o ser humano pode incorrer ante sua busca desmesurada por poder. Nesse intuito é que se tratará sobre o genocídio Armênio que foi um dos primeiros atos que quase exterminou grande parcela de um povo, genocídio executado pelos atos de imposição do antigo exército Turco-Otomano; essa importância advém do fato de que esse acontecimento é pouco ou quase nada conhecido na sociedade, logo, sua existência e reconhecimento não servem para manchar a história da atual Turquia, mas para expor os erros passados e modificar o presente.

Palavras-chave: Império Turco-Otomano; genocídio; Armênia; reconhecimento; direitos humanos.

Abstract: This paper focuses and analyzes human rights in order to demonstrate the historical importance of actions triggered by past generations, which serves as a building block in the construction of a more humane and egalitarian society. Its goal is not to cultivate despair, bitterness or desire for revenge but to clarify the dangers that man can bread in his unquenchable quest for power, such as the Armenian genocide, which nearly wiped out a large portion of the populace. This genocide was executed

by imposition of the old Ottoman-Turkish army and even though this event is virtually unknown in society, it holds historical significance and importance. Furthermore, its existence and recognition should not tarnish present-day Turkey, but should expose past mistakes as a means to modifying the present.

Keywords: Turkish-Ottoman Empire; genocide; Armenia; recognition; human rights.

INTRODUÇÃO

O grande mal do ser humano contemporâneo é a individualidade, de modo que suas auspicações, disposições e conquistas sempre possuem como ponto de partida seu “eu” interno, sem ter consideração com as consequências externas que determinados atos ou perpetuação de ações acarretam ao social. Assim, a finalidade primordial, do presente artigo é trazer a tona um assunto de pouco conhecimento social e global, qual seja, o genocídio armênio, buscando mostrar, não a capacidade do horror humano, sim, a possibilidade de mudança e aceitação, tolerância, convivência igualitária.

É visível, no meio internacional, a importância de se defender a dignidade da pessoa humana (SANDEL, 2014), da difusão de direitos iguais, de uma justiça igualitária e propagação da paz entre as nações. O mútuo respeito internacional e nacional. De modo que se busca estabelecer uma vida entre nações que se considerem como iguais, não uma vendo vantagens, seja econômica, política ou financeira, sobre a outra, mas como complementares, de modo que um possa auxiliar o outro com suas carências sem exigir uma contrapartida. Preserva-se com este intuito uma boa vida em comunidade, um respeito e tolerância para com o diferente.

A relevância de trazer à baila tal assunto advém pelo fato de o genocídio armênio estar completando seu centenário, mesmo que nunca tenha sido aceito como tal pela Turquia, herdeira do Império Turco-Otomano, perpetrador dos atos genocidas. Em continuidade, antes de ingressar nos contextos históricos e sociais que acarretaram em tal efemeridade, é necessário se estabelecer a finalidade dos Direitos Humanos enquanto defensor da pessoa humana e de suas características

intrínsecas, além de trazer a consideração do genocídio, possibilitando, ao final, retratar a importância do reconhecimento, por parte da Turquia, e demais países da comunidade internacional, de que tal acontecimento foi um erro.

O genocídio é um ato brutal contra um grupo de pessoas de modo que sua ação principia o extermínio, seja por questões culturais, religiosas, étnicas ou raciais. Prontamente, é de se denotar que os atos perpetrados pelo exército turco-otomano: dizimar parte de seu exército por ser composta de armênios, todos fuzilados pelos próprios companheiros de guerra, a marcha forçada rumo ao deserto de Der-El-Zor, o enforcamento em praça pública, o abandono/descaso e a inanição são atos inumanos que expurgam completamente a existência do ser humano, rompe com sua dignidade, seu respeito.

Consequentemente em uma época remota e em um local dominado por todo um império era de se considerar que não houvesse testemunhas, tanto que o uso da expressão “holy mountains” seria como um modo de interligar a fé dos armênios com o símbolo mais imponente dessa fé: o Monte Ararat, local sagrado para a fé cristã dos armênios. Além do fato de o monte ser o nascedouro e o local de maior desenvolvimento desse povo.

Nesse diapasão é que a busca pela aceitação, dos países² da comunidade internacional, do genocídio, mas principalmente pela Turquia, a “herdeira”³ do holocausto, e da República Federativa do

2 “Atualmente, apenas 24 países do mundo inteiro usam a palavra genocídio oficialmente para se referir ao assassinato de armênios em 1915 pelo governo otomano. Entre os países que reconhecem, estão Bélgica, Canadá, França, Líbano, Rússia, Argentina, Chile, Uruguai, entre outros. O Parlamento Europeu, o Mercosul e o Conselho Mundial de Igrejas também reconhecem o genocídio armênio”. Contudo, ainda há países, como o Brasil, os Estados Unidos e a própria Armênia que insistem em desconsiderar sua existência ou alegar que foram atos de uma dita “guerra civil” (FERNANDES, 2015).

3 O uso da expressão herdeira está entre aspas pela Turquia ser a predecessora do Império Turco-Otomano e, enquanto detentora do conhecimento político a única capaz de aceitar o que seus antepassados propagaram.

Brasil⁴ é necessária, não apenas como algo que indique as disparidades pretéritas ou apenas culpe os turcos, servindo, contudo, como um ponto pernicioso que deve ser constantemente evitado. De preferência, impensado.

Reconhecimento incute na sociedade a consciência da real necessidade de recrudescer um presente mais igualitário (difusão dos direitos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade) ao evitar a proliferação de atos horrendos, se torna uma moral a ser seguida. Em outro norte, a falta desse reconhecimento rompe com os preceitos da igualdade, da boa vida em comunidade. O não reconhecimento apenas perpetua atos revoltosos, expande a raiva, o rancor e rompe com a convivência pacífica, afinal, sempre haverá a desconfiança e a amargura.

O ato em si, ou seja, reconhecer é moralmente benéfico para o mundo todo; de modo que aceitar um erro não coloca em voga a intenção por trás de sua existência ou de sua continuidade, isso seria outro ponto a ser considerado. Como a objetividade (repercussão) de impedir a continuidade de atos que visem massacrar um grupo específico por não aderirem aos dominantes ou não se sujeitar às imposições estatais. A condição moral por detrás do reconhecimento é o viver em harmonia. Sim, há uma intenção por trás do reconhecimento, mas tal intenção é moralmente benéfica e seu valor, apesar de erigida em atos tenebrosos, é exultante.

De acordo com Kant, o valor moral de uma ação não consiste em suas consequências, mas na intenção com

4 A República Federativa do Brasil ao materializar seus princípios que regem as relações internacionais, demonstrando a importância de prevalecer os direitos humanos, a necessidade de defender a autodeterminação dos povos, a não-intervenção feérica de um Estado em outro, a defesa da paz, ou seja, evitar os conflitos a propagação de assoberbados debates acalorados, sendo, por fim, e mais importante o auxílio na cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, todos estabelecidos em sua Carta Magna de 1988, deveria ser um dos países que aceita o acontecimento como genocídio.

a qual a ação é realizada. O que importa é o motivo, que deve ser de uma determinada natureza. O que importa é fazer a coisa certa porque é a coisa certa, e não por algum outro motivo exterior a ela. [...] Para que uma ação seja moralmente boa, “não basta que ela se ajuste à lei moral – ela deve ser praticada em prol da lei moral”. E o motivo que confere o valor moral a uma ação é o dever (SANDEL, 2014, p. 143 -144).

De modo que o dever moral de qualquer governante, representante do povo ou cidadão que faça parte de uma sociedade é cuidar para que toda e qualquer pessoa seja civil e moralmente respeitada em seu espaço, sempre tendo em voga que todos, em comunidade, são iguais e merecem o tratamento adequado com base em sua condição integrante. O presente é feito com peças moldadas e lapidadas de atos pretéritos.

O passado não desaparece com o esquecimento, do mesmo modo que a política hitlerista ao utilizar a ideologia racial como arma política relegou ao mundo uma herança, um estigma. Não é por pouco que muitos consideram tal ato como “herança” alemã, não mundial. Contudo os atos praticados apenas refletiam a supremacia da ideologia racial que se perpetrava em todos os países, de modo que seu conhecimento histórcopolítico alimenta a busca por igualdade e proteção do indivíduo como pessoa humana, não, simples cidadão submisso ao Estado.

[...] pois, antes de esboçar um passo adiante, é preciso ter em mente o caminho percorrido pelos antecessores e que, decerto, não foi inútil, nem mesmo quando representou uma deformação ideológica. É a própria tábua, sobre a qual se balançaram (e balançam ainda) tantos juristas ilustres [...] (LYRA FILHO, 2006, p.

31).

Compreender e aceitar se faz vital à evolução social e espiritual, além de difundir materialidade hábil a aglutinar: consideração, aceitação, tolerância, igualdade e promulgação de exigências. Tudo em prol de uma sociedade com seres humanos fundamentais e especificamente protegidos. É com a intenção de efetuar essa proteção que os Direitos Humanos cresce, evolui e se permeia pelo mundo. Nasce nos primórdios da humanidade, quando se apercebe a importância da criação do Estado para controlar e resguardar direitos. Evolui com a Revolução Francesa que pela primeira vez começava a condensar a noção de igualdade entre as pessoas e a influência das classes, caminhando por diversas revoluções e abismos que impuserem a criação, após a póstuma Liga das Nações, da Organização das Nações Unidas semeando e efetivando a proteção em conjunto com o resguardo dos indivíduos em sua integridade, liberdade, dignidade e respeito para com os outros indivíduos, seja na relação com os países ou com outras pessoas.

Indubitável é a torpeza da mente humana que expôs ao mundo a beleza da antiguidade, infundindo ao homem como herança histórica o belo: suas construções, a descoberta das ciências, do automóvel, das indústrias e do bom comércio. Retrata alguns embates e batalhas, mas elimina a existência das imposições sangrentas, sofrimentos impostos e destruidores, incute no homem o sentimento de adoração à beleza e esquecimento de sua vil natureza, contudo, “[...] deixar de lado o mal e simplesmente considerá-lo um peso morto, que o tempo, por si mesmo, relegará ao esquecimento [...]” (ARENDDT, 1989, p. 13) é em vão.

1 CONTEXTO HISTÓRICO

A guerra sempre foi algo palpável e paliativo no contexto mundial. Constantemente tudo se conquistava, impunha e dominava pela guerra, quase como se o homem tivesse apenas o conhecimento e aperfeiçoamento de seu lado selvagem, impositivo. Aos poucos a conquista da fala, da retórica, permitiu que o ser humano percebesse a importância da vida pacífica e do horrendo desastre que a guerra proporcionava não para uma única pessoa, mas a todo um conjunto, uma comunidade, quiçá o mundo todo.

Dotados de faculdade similares, dividindo tudo em uma única comunidade de natureza, não se pode conceber que exista entre nós uma “hierarquia” que nos autoriza a nos destruir uns aos outros, como se tivéssemos sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros, da mesma maneira que as ordens inferiores da criação são destinadas a servir de instrumento às nossas (LOCKE, 2006. p. 84).

Mesmo aludindo ao que Locke denominava “estado de natureza”, não se pode conceber que em uma sociedade política, cultural e economicamente organizada se crie hierarquias capazes de definir quem é melhor ou pior, importante ou insignificante que outro, não há moralidade em se permitir uma estrutura social que imponha mandos e desmandos, não há moralidade e isso retira o respeito que um ser humano tem para com o outro. Deflagra-se, incipientemente, a impossibilidade de um escolher modos e meios de eliminar o outro puramente por ele se considerar “superior”.

Um dos princípios morais de Kant é justamente a consideração da pessoa humana pelo fato de ela ser humana, independente de suas

condições culturais, linguísticas e extrínseca. Além de ser indubitável que um cargo de prestígio não alça aquela pessoa ao ápice, é apenas um “complexo de Deus”, que acaba permitindo, por concepções sociais e culturais, a consideração de que aquela pessoa é imutável e correta, que deve ser seguida com os olhos fechados e sem audição.

À vista disso, é importante estabelecer a necessidade de um retorno centenário, de modo que o genocídio armênio acontece no início da Primeira Guerra Mundial, o primeiro momento de tormento para a humanidade, em sequência, se passará pelos atos nazistas, buscando estabelecer uma ligação entre os atos do Império turco-otomano, por intermédio do partido dos *jovens turcos*, e a atuação político-ideológico do exército nazista. Estabelecendo como a morte dos armênios em muito se assemelha ao genocídio judeu, mais um dos motivos que imiscuem a morte dos armênios como genocídio, no caso, o primeiro do século XX.

O Nazismo expôs ao mundo a frieza do ser humano e o perigo das armas político-ideológicas, foi um dos mais desastrosos atos contra a natureza humana, contra a vida e a preservação social. Ainda assim, não foi o pior, nem o primeiro momento que devastou os preceitos de igualdade e retalhou os direitos fundamentais de preservação da raça humana.

A ideologia, portanto, é uma crença falsa, uma “evidência” não refletida que traduz uma deformação inconsciente da realidade. Não vemos os subterrâneos de irreflexão em que a fomos buscar e, ao contrário, ela nos traz a ilusão de uma certeza tal, que nem achamos necessário demonstrá-la. Raciocinamos a partir dela, mas não sobre ela, de vez que considerá-la como objeto de reflexão e fazer incidir sobre aquilo o senso crítico já seria o primeiro passo da

direção superadora, isto é, iniciaria o pressô de desideologização (LYRA FILHO, 2006, p. 190).

Retrocedendo, o ponto de partida é a ascensão Turco-otomana que decorreu de sua crescente necessidade por expansão territorial e imposição da crença de que sua missão divina era impor ao mundo a religião islã. Os antigos nômades se instalaram nas terras da atual Turquia e fomentou um dos Impérios de maior poderio territorial e bélico, o Império Turco-Otomano, seu símbolo de poder. Primeiro, conquistaram o Ocidente, pilhando e expandindo, seguindo, posteriormente, ao seu maior objeto de desejo, a Europa. Contudo, a forte defesa da cidade de Viena e a dificuldade em se chegar ao território, uma vez que as condições climáticas eram desfavoráveis relegou aos turco-otomanos sua primeira derrota.

Apesar de poder se expandir em outras direções, seu verdadeiro objeto de desejo: a Europa, não era bem uma realidade a ser alcançada. Contudo, em outro ponto, o “problema” dos Otomanos vinha de dentro, da Armênia.

Os Armênios viviam desde antes da Era Cristã em seu território atual, assim, sua organização político-administrativa era imaculada, de modo a ser um povo com laços étnicos⁵. E, o primeiro país a aceitar a religião Cristã como oficial. Portanto no momento em que os Turco-Otomanos adentraram o Oriente Médio impondo sua ideologia pelo uso coercitivo da supremacia, encontraram um povo enraizado e indisposto a ser influenciado ou moldado.

Logo, o exército turco Otomano conquistou a parte Ocidental da

⁵ Étnico é utilizado para definir o conjunto de pessoas que possuem laços histórico-culturais que os unem, seja, língua, cultura ou religião.

Armênia, enquanto, por volta de 1804-1813, o lado Oriental era anexado pela Rússia. Apesar de ter o mesmo povo, a Armênia era governada por ambos os lados, uma desastrosa linha tênue que infelizmente viria a se romper. Nesse ínterim, a dificuldade dos turco-otomanos em impor aos armênios sua cultura e religião demonstrava como a fragilidade entre os dois Estados era perigosa, agravado ainda mais com a decisão do lado Ocidental em se unir ao Oriental na busca por independência (TAMDJIAN, 2015) fato que iniciou uma discussão política entre a comunidade internacional, principalmente pela não aceitação de independência por parte dos turco-otomanos. Era de sua precedência que toda a Armênia fizesse parte de seu Império; algo sob seu domínio e poder.

Essa discussão se enveredou por todo o fim do século XIX atingiu patamares internacionais e apenas resultou em partidos políticos contrapostos que dialeticamente duelavam em busca da libertação. Não duraria muito tempo, em 1914 o mundo via surgir o espectro da Primeira Guerra Mundial, momento que retirou da pauta toda a discussão da libertação Ocidental. Era apenas o ponto de partida para os turcos, por medo de represálias e da influência russa, além de fatores passados, iniciarem um dos piores genocídios do século XX.

A formação de uma sociedade não é visível unicamente com parcelas iguais, ela é feita com diferentes, seja em questão cultural ou social, não é sem precedentes que é necessário a criação de leis para a proteção e cuidado de toda a comunidade, sempre atendendo à igualdade e preservação humana. Os turco-otomanos governavam a impunham seus desejos e vontades; visavam unicamente ao cumprimento de seu “dever”, à expansão territorial e difusão ideológica, respeitavam a máxima da preservação comunitária, pois não se almejava preservar a comunidade diferente, sim, aquela que seria submissa ao ser governo, à cultura e à

religião islã.

[...] seja quem for que tenha o [...] poder supremo, de uma comunidade civil, deve governar através de leis estabelecidas e permanentes, promulgadas e conhecidas do povo, e não por meio de decretos improvisados; por juízes imparciais e íntegros, que irão decidir as controvérsias conforme estas leis; e só deve empregar a força da comunidade, em seu interior, para assegurar a aplicação destas leis, e, no exterior, pondo a comunidade ao abrigo das usurpações e da invasão. E tudo isso não deve visar outro objetivo senão a paz, a segurança e o bem público do povo (LOCKE, 2006, p. 159).

Nessa crescente busca por imposições ideológicas (culturais e religiosas) e poder bélico (exércitos e armas) é que o conflito teve início quando diversos Armênios intelectuais se reuniram em Constantinopla para definir os rumos de seu Estado. Logo, os turco-otomanos invadiram a reunião e após “averiguações” todos os intelectuais foram massacrados, alguns fuzilados, outros, enforcados em praça pública. Disseminada a ideia de que os armênios eram “perigosos” para os interesses do Estado foi que com a Primeira Guerra o partido dos “*jovens turcos*” (organização militar que defendia o poder bélico como imposição do poder turco) perpetrou o genocídio com a eliminação dos soldados armênios que integravam seu contingente (VASCONCELOS, 2013).

Esse foi apenas o primeiro passo rumo ao esquecimento.

2 HOLOCAUSTO NAZISTA X HOLOCAUSTO ARMÊNIO

O holocausto⁶ armênio e nazista ocorreram em pleno século XX.

6 O holocausto ocorre “no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no

Contudo, o nazismo foi difundido na Alemanha por Adolf Hitler, valendo ressaltar que não foi o simples ódio à raça judia, na política hitlerista que influenciou sua difusão, seu real objetivo era disseminar a ideologia racial ao desejar preservar a superioridade ariana. Nesse seguimento, não apenas os judeus foram excluídos como também maçons, negros, homossexuais e qualquer outra raça que poderia deturpar a “pureza” dos arianos.

As ações hitleristas foram trazidas do passado, desde o momento em que se denotou a superioridade econômica, dialética e política, principalmente dos judeus como seres que nunca estavam realmente engajados na política, mas auxiliavam e sempre ascendiam ao lado dos grandes detentores de poder. O real ódio contra os judeus adveio da falta de poder e grande acúmulo de riquezas, não sendo algo apenas do presente, outrora uma questão que predispunha uma ordem cronológica de pensamento que foi construído passo a passo com a história de formação da comunidade judaica (ARENDDT, 1989).

Enquanto os nobres dispunham de vastos poderes, eram não apenas tolerados mas respeitados. Ao perderem seus privilégios, e entre eles o privilégio de explorar e oprimir, o povo descobriu que eles eram parasitas, sem qualquer função real na condução do país. Em outras palavras, nem a opressão nem a exploração em si chegam a constituir a causa de ressentimento: mas a riqueza sem função palpável é muito mais intolerável, porque ninguém pode compreender – e conseqüentemente aceitar – por que ela deve ser tolerada [...] O que faz com que os homens obedeçam ou tolerem o poder e, por outro

momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana [...]” nesse momento em que destruição e o descarte é mais forte que a igualdade, percebe-se que os seres humanos perdem o respeito um pelo outro, os seres humanos vivem do poder e da implementação ideológica de seu ponto de vista, assim “[...] torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de reestruturar a lógica do razoável” (PIOVESAN, 2013, p. 190).

lado, odeiem aqueles que dispõem de riqueza sem poder é a ideia de que o poder tem uma determinada função e certa utilidade geral (ARENDR, 1989, p. 24-25).

Seguidamente, o ódio às outras raças advinha do passado escravocrata que denotou ao negro a impureza racial, algo heterogêneo e inaceitável. Logo, a política hitlerista não foi sentimental, apenas refletiu os sentimentos globais.

As práticas nazistas visavam colocar a sociedade e, em pouco tempo, o mundo contra os ditos “impuros”, pois ao se apoiar na Teoria da Evolução das Espécies, de Charles Darwin, o Führer, tinha plena certeza de que os arianos existiam no mundo unicamente para dominar e ascender aos altos cargos, afinal se revestia de uma pureza divina. Em contrapartida reprimia o fato de que, o Ocidente, com suas teorias marxistas de expansão e conquista matéria, acabou adentrando territórios e permitindo uma mistura de raças que acarretou na deturpação e deterioração da superioridade ariana (JORGE, 2012).

Do mesmo modo que a política perpetrada por Hitler os Turco-Otomanos também lutavam em prol do controle social, almejava-se um crescimento de proporções titânicas. A ideologia religiosa foi o derradeiro epicentro do holocausto armênio, apenas um dos motivos pelo qual se difundiu a ideia de extermínio da raça. Assim, como a política hitlerista os turco-otomanos agiam em prol da ascensão e imposição ideológica. Eclodia em seu seio o fato de que mereciam dominar não apenas um ou outro lado do continente, mas todo ele, não se cogitava aceitar que seu objetivo de impor ao mundo a religião islâmica fosse retraído por um agrupamento imutável.

No fatídico 24 de abril de 1915, cerca de 600 armênios que

vivam no Império Turco-Otomano foram presos e acusados de traição para serem, posteriormente, sumariamente executados, de fuzilamentos (prática também utilizada pelo nazismo) a enforcamentos em praça pública. Na intenção de evitar uma guerra civil em seu exército os intendentos turcos: Even Bey, ministro da Justiça e Talat Pasha, o ministro do interior, ordenaram a execução de todos os soldados armênios em seu exército. Enquanto suas famílias, mulheres e crianças deveriam ser expurgadas das zonas de guerra. Assim se iniciava a Marcha da Morte armênia⁷ que em muito se assemelha à Marcha da Morte judia.

Milhares de mulheres e crianças eram violentadas ou morriam de inanição no caminho pelo deserto; padres eram crucificados para demonstrar como a crença religiosa dos Armênios era um erro, um modo de coerção mental. Os turcos se valiam da religião armênia para desumanizá-los. Os homens levados às trincheiras apenas com pás acabavam alvejados pelo inimigo ou pelos próprios turcos⁸. Do mesmo modo como os judeus eram levados, acreditando que estavam sendo retirados da zona de guerra, da zona de risco e facilmente tratados como rebanhos, como animais descartáveis e substituíveis rumo aos campos de concentração⁹. É mais fácil começar do zero do que infundir ideologias

7 Determina-se que a Marcha da Morte armênia foi o momento em que a maioria das pessoas foram mortas e expostas a atos degradantes e desrespeitosos, pois "a maior parte das vítimas morreu durante longas e penosas jornadas de deportação que tinham como destino o deserto de Der-El-Zor, localizado no território sírio, naquela época parte do Império Otomano. "Os turcos alegavam que os armênios precisavam deixar suas casas por causa do avanço das tropas da Entente e organizavam caravanas de morte, formadas por mulheres, crianças e idosos. Muitos levavam a chave de casa, achando que iriam voltar", diz o professor de geopolítica James Onnig Tamdjian, de 39 anos, neto de armênios que sobreviveram ao genocídio. "No meio do caminho, os armênios sofriam abusos. As mulheres eram violentadas, seus filhos raptados e a maioria morria de fome, sede, doença ou frio. Os poucos que chegavam aos campos de concentração tinham poucas chances de sobreviver" (VASCONCELOS, 2015).

8 Onde se pode perceber parte do tratamento relegado aos homens da Armênia Ocidental, de modo que, "os homens morriam assassinados no front de batalha da Primeira Guerra. Se antes eles não podiam nem integrar as forças armadas turcas, agora haviam sido convocados para se alistar no Exército. Só que não podiam pegar em armas. "Enquanto cavavam trincheiras, eram executados pelos próprios soldados otomanos. A convocação para o serviço militar foi um pretexto para deixar as aldeias desprotegidas", afirma Tamdjian" (VASCONCELOS, 2015).

9 É de precedente importância ressaltar que tanto no holocausto nazista como no holocausto armênio houve

em mentes formadas.

Fato pertinente foi inculir na população, em geral, que os campos de concentração serviam unicamente com a finalidade de ensinar aquelas pessoas, com a finalidade única de lhes trazer dignidade e caráter por meio do trabalho. Enquanto, tanto com os armênios como com os judeus, os campos de concentração serviam unicamente como mecanismos de descarte daquela parcela inaceitável dentro do contexto social.

Outro ponto relevante foi a diáspora provocada tanto pelos nazistas como pelos turco-otomanos. Ao final da Segunda Guerra, e até mesmo durante, grande parte dos judeus fugiram para a Inglaterra, as Américas ou para países integrantes dos Aliados, enquanto que os armênios, durante o holocausto que quase os dizimou, na Primeira Guerra, fugiam para os países que não fossem aliados das Potências do Eixo, estava formado o fenômeno da diáspora¹⁰ que espalhou pelo mundo tanto os judeus como os armênios permitindo que eles perdessem parte de sua crença cultura, política e econômica.

Não obstante, em seu afã de provar que tudo é possível, os regimes totalitários descobriram, sem o saber, que existem crimes que os homens não podem punir ou perdoar. Ao tornar-se possível, o impossível passou a ser o mal absoluto, impunível e imperdoável, que já não podia ser compreendido nem explicado pelos motivos malignos do egoísmo, da ganância, da cobiça, do ressentimento, do desejo do poder e da

a existência de campos de concentração, contudo, a grande deflagração e conhecimento foram com base nos atos nazistas, mais difundidos em âmbito mundial, enquanto os atos Otomanos sumiam com as areais do deserto.

¹⁰ O conceito de diáspora utilizado é aquele estabelecido por Pierre George (*apud* ROSAS, 2006, p. 52) onde “a diáspora acontece quando populações se dispersam pelo mundo, saindo de seu país de origem devido à perseguições políticas, religiosas, dentre outras” [...] Assim, “as principais características da diáspora são: a dispersão de determinado povo através de vários êxodos, o estabelecimento de comunidades em diversos pontos de asilo, bem como a manutenção das características culturais do grupo e a consequente segregação em relação ao meio receptor.

covardia; e que, portanto, a ira não podia vingar, o amor não podia suportar, a amizade não podia perdoar (ARENDDT, 1989, p. 510).

Não cabe a um pesquisador reviver os atos passados ou a perspicácia com que foram desempenhados com o intuito de florescer sentimentos de rancor e ódio que possam induzir o raciocínio do interlocutor, disso se revestem os romances, cabe, unicamente, demonstrar todas as circunstâncias que permeiam o acontecimento, não apenas as elementares. O sentimentalismo deturpa a existência de uma problemática que pode permitir a compreensão e o raciocínio, não o motivo que demonstra a existência singular, mas a carga interdisciplinar (histórica, social, moral e cultural) que o rodeia.

Todo fim predispõe um início, e esse começo deve ser visto como uma mudança, como uma possibilidade de ser melhor. Não se conspurca a hipótese de possibilitar o seguimento cego de uma ideologia, se busca sua compreensão, seu raciocínio e entendimento, se busca construir um presente mais igualitário e benéfico tendo como base os erros anteriores. São eles que demonstram a forma política, econômica e moral em que a sociedade deve se erigir; tudo tem como começo, um acontecimento pretérito, e, todo “começo, antes de tornar-se evento histórico, é a suprema capacidade do homem; politicamente, equivalente à liberdade do homem. *Initium ut esset homo creatus est* – “o homem foi criado para que houvesse um começo” (ARENDDT, 1989, p. 531).

3 RECONHECIMENTO DO GENOCÍDIO ARMÊNIO COMO DIFUSOR DA IGUAL DIGNIDADE AOS POVOS

Você consegue ouvir as montanhas sagradas?

Mentiroso! Assassino! Demônio! Volte para o rio Arax! A boca de alguém disse: “pintem todos de vermelho” Mentiroso! Assassino! Demônio! Volte para o rio Arax! (MALAKIAN; TANKIAN, 2005).

O trecho apresentado retrata a represália sofrida pelos armênios, de modo que foram acuados, enganados e esmagados por um povo que desejava a conquista acima de tudo. Por um povo que não via como meio de conquista apenas a ocupação territorial, era preciso acabar com tudo que trouxesse recordações ou lembranças daquelas que outrora viveram naquele local, logo, a política da boa vizinhança era apenas uma máscara que enfraquecia um dos lados para que o outro pudesse dominá-lo e impor suas condições de existência.

Nessa época, em que a expansão territorial significava poder, prestígio, infundia-se o terror como modo de dominação. O terror foi uma das armas mais bem utilizadas para o domínio, entretanto não era apenas o terror no sentido de assustar as pessoas, não era uma brincadeira; o meio como se impelia esse terror era psicológico, havia a repressão física que assustava, mas sua constância permitia o ardor dos reprimidos e permitia que eclodisse em seu interior a raiva e o rancor, logo eles poderiam se erguer e se rebelar contra os opressores.

Desse modo, apenas reprimir nunca foi o meio mais eficaz, era preciso afetar o psicológico daqueles que se dominava pelo terror, pelo terror de que nada poderia ser modificado, pelo terror de que ninguém era confiável e qualquer pessoa poderia estar auxiliando o Estado, qualquer um poderia ser um aliado implantado para acabar com as ideias dos revoltosos. É nesse contexto que os governantes criavam propagandas, mecanismos, para que as pessoas não confiassem em ninguém, restava apenas solidão como meio de vida, fato que as impedia de encontrar

alguém disposto a lutar em prol de seus ideais.

A diferença fundamental entre as ditaduras modernas e as tiranias do passado está no uso do terror não como meio de extermínio e amedrontamento dos oponentes, mas como instrumento corriqueiro para governar as massas perfeitamente obedientes. O terror, contudo, assume a simples forma do governo só no último estágio de seu desenvolvimento. O estabelecimento de um regime totalitário requer a apresentação do terror como instrumento necessário para a realização de uma ideologia específica, e essa ideologia deve obter a adesão de muitos, até mesmo da maioria, antes que o terror possa ser estabelecido (ARENDRT, 1989, p. 26).

No caso do nazismo foi imposta uma ditadura, afinal toda a sociedade já se encontrava “alienada”, e, no caso dos turco-otomanos se utilizou a Primeira Guerra como possibilidade de “derrubar” e “conquistar”, no caso, foi feito com que os armênios desocupassem seu território com o engendrado discurso de que aquele seria um dos locais afetados pela guerra, logo, deveriam ser levado a locais apropriados onde estariam em segurança, assim, se destruiu a voz política (controle) dos armênios, depois os levou para longe e matou os soldados que aceitaram lutar ao lado dos turco-otomanos (derrubar), de modo que ao final lhes restava um território a ser ocupado (conquistar).

Frente aos dizeres de Arendt, é indubitável se estabelecer a diferença de que os turco-otomanos não criaram um governo e colocaram o terror como dominação de toda a nação, eles apenas utilizaram do terror como estratégia para fazer com que os armênios acreditassem em sua boa-intenção e não fossem contra suas ações. Eles se utilizaram do

terror advindo da guerra, logo, foi apenas um meio para possibilitar o esquecimento do massacre dos que se rebelaram em prol da independência Armênia, impedindo novas revoltas e viabilizando ao final a difusão ideológica que desejavam. É indubitável que sua política se baseava no terror para dominar as vítimas: quem era um impasse em sua ascensão.

Como política social ou como estratégia o terror, mesmo ao final do domínio e das imposições, acaba fazendo com que aqueles que o sofreram e que viveram as repressões se tornem reclusos de seus próprios temores, faz com que continuem temendo cada passo e cada fala, impede que as pessoas liberem seus sentimentos, seus temores e seus fantasmas. Há um sentimentalismo em se libertar os que ainda vivem em prol da conscientização popular do genocídio. Perpetua o medo por parte dos que sobreviveram e podem relatar ou escrever sobre seu sofrimento, há temor e isso envenena o interior de qualquer ser humano.

Porque destruir a individualidade é destruir a espontaneidade, a capacidade do homem de iniciar algo novo com os seus próprios recursos, algo que não possa ser explicado à base da reação ao ambiente e aos fatos. Morta a individualidade, nada resta senão horríveis marionetes com rostos de homem [...] todas reagindo com perfeita previsibilidade mesmo quando marcham para a morte (ARENDR, 1999, p. 506).

Existe uma maior liberdade para expor os acontecimentos e as atrocidades que foram cometidas, contudo, essa liberdade parece reacender o medo que dominava essas pessoas na época, lhes faz mergulhar no mais íntimo e sombrio do medo, não um medo fictício, um medo real e carnal que consome e domina cada partícula de seu ser.

A montanha sagrada retratada na música e no título do artigo

simboliza o monte Ararat, consideradas sagradas na cultura da religião armênia, são tidas como as únicas testemunhas do genocídio, os únicos que sussurram a verdade, que gritam aos quatro ventos, inadvertidamente para que seus algozes voltem ao rio Aras¹¹. As mentiras perpetradas os tornam traidores da boa vontade, rompendo com os princípios da vida comunitária internacional¹², os tornam “Mentirosos! Assassinos! Demônios!”. Esse sentimento de revolta¹³ é passado, após o genocídio, de pai para filho, cada vez mais cultivado pelo que aconteceu ao seu povo, principalmente quando há uma constante negação¹⁴.

O uso da expressão “holy mountains” é apenas mais um modo de se demonstrar a verdade por trás dos acontecimentos, como a fé de um povo foi desconsiderada e foram execrados pela impossibilidade de dominação e mudança, pois tinham fé no cristianismo e o grande símbolo

11 Conforme disposições cartográficas o Rio Aras separa a Armênia e a Turquia, é a fronteira entre os dois países.

12 Buscando retratar a importância do respeito entre os Estados é que na doutrina de Francisco Rezek demonstra-se a existência dos princípios, fonte primordiais do Direito, que devem reger a vida entre os países na comunidade internacional, assim, “cumpriria prestigiar antes de tudo os grandes princípios gerais do próprio direito das gentes na era atual: o da *não agressão*, o da *solução pacífica dos litígios* entre Estados, o da *autodeterminação dos povos*, o da *coexistência pacífica*, o do *desarmamento*, o da *proibição da propaganda de guerra* [...]” (REZEK, 2011, p.163).

13 Um problema que pode atingir proporções cataclísmicas, pois, uns olvidam em aceitar tal realidade e outros buscam a afirmação em prol da lembrança e do respeito aos mortos. Nesse diapasão foi que “a poderosa frase do papa - “*Ocultar ou negar o mal é como permitir que uma ferida siga sangrando sem enfaixá-la*” estendeu a condenação a todos os outros assassinatos em massa mais recentes, incluindo aqueles no Camboja, Ruanda, Burundi e Bósnia e massacres de hoje pelo Estado Islâmico” (WILLEY, 2015). A fala do papa, ao se referir às mortes na Armênia, eclodiu no centro da Turquia e não foi sem precedentes que o inconformismo do presidente da Turquia, Tayyip Erdogan, o levou a afirmar, “eu condeno o papa e gostaria de alertá-lo para que não cometa erros parecidos novamente”. (PAMUK, 2015). São discussões e ricos de se criar problemas e discussões políticas que podem afetar toda uma sociedade é que há uma necessidade de se reconhecer o genocídio.

14 Em uma carta pública aberta ao povo da Turquia o cantor Serj Tankian, cidadão armênio-americano, trás a necessidade de declaração do genocídio armênio e retrata a importância de tal ato não apenas para ele, posto que busca o reconhecimento não apenas de seus ascendentes, mas de toda uma raça, um povo que busca o reconhecimento de que foram injustiçados, a busca por uma história conjunta de turcos e armênios. Assim, em suas palavras: “Turkey is very important to me not just because my grandparents came from there but because my whole race came from those lands that were forcefully taken from them, not by war, or in the changing of borders but by the brutal orders of the Ittihad Government. What does this all mean to us today? It’s quite simple. Armenians don’t want to hassle Turkey, or create racial divisions, we just want justice so we can all move on from this historical pain that strains our relationship. This is not just about Armenian history but also the history of Turkey” (Disponível em <<http://asbarez.com/122160/tankian-urges-turks-to-%E2%80%98truly-find-yourself%E2%80%99/>> Acesso em 14 abr. 2015).

dessa fé foi o monte Ararat. Os armênios têm no monte não apenas um símbolo sagrado, uma expressão de sua fé crista, mas também como o nascedouro de sua civilização, como o nascedouro de seu povo, suas conquistas e seu espaço.

Reconhecer o genocídio¹⁵ judeu e julgar seus percussores no Tribunal de Nuremberg trouxe ao mundo a importância da real necessidade de proteção do indivíduo. Difundiu-se, interna e externamente, a ideia de que a diversidade cultural, em cada país, ainda existe; há pequenas parcelas que são diferentes, seja em âmbito cultural, religioso ou sexual, o importante é que todas essas minorias se respeitem e tolerem. Os Estados, enquanto detentores de poder devem ter consciência de que a aceitação do genocídio, mesmo soando ruim aos ouvidos, soa bem à alma, pois demonstra que há um repúdio até mesmo por parte daqueles que governam *a posteriori*.

Viver como bons vizinhos enquanto integrantes de uma comunidade impõe aos Estados respeito mútuo, tanto entre eles, quanto entre os indivíduos, de modo que essa parcela se difere por questões culturais. A ideia de proteção do ser humano surge quando essa diferenciação cultural passa a ser sinônimo de superioridade, influenciando no extermínio e recaindo na intolerância para com o diferente. Logo, é com o reconhecimento do genocídio armênio pelos turcos que se demonstrará, mais uma vez, a aceitação e convivência entre as diferenças, que se demonstrará e importância do indivíduo enquanto parte de um todo, difundindo que os erros passados não influenciem

¹⁵ Apesar do ato Turco-Otomano em retirar os armênios de suas casas e levá-los rumo aos desertos, alegando que deveriam ficar longe do centro de combate, inculcando à ideia de expulsão, deve ser levando em conta sua real finalidade: matar os habitantes, nunca houve intenção de levá-los para outro local. Logo, “a expulsão e o genocídio, embora ambos sejam crimes internacionais, devem ser distinguidos: o primeiro é crime contra as nações irmãs, enquanto o último é um ataque à diversidade humana enquanto tal, isto é, a uma característica do “status humano” sem a qual a simples palavras “humanidade” perde o sentido” (ARENDE, 1999).

negativamente nos atos presentes.

O reconhecimento¹⁶ não é para fins de confirmação ou não do ato, são inúmeros os documentos existentes em bibliotecas e museus, além de testemunhos e vítimas escondidas que confirmaram e registraram cada ato consumado. O reconhecimento exsurge para evitar esse cultivo de revolta por parte dos armênios, para que se estabeleça uma política partidária, onde os turcos entendem o erro cometido no passado e saibam que foi algo ruim. Isso, não é o fim ou o princípio do fim, é o começo da fortificação dos parâmetros de dignidade e preservação nacional.

É apenas o começo de uma crescente luta por igualdade, sem ideologias impostas, sem superioridade racial ou classista, sem um poder soberano sobre cada nação. A sociedade como ente igualitário será utópica até que todos os povos lutem e se movimentem em prol de uma real identidade universal humanitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano em grandes momentos da história era visto apenas como algo descartável, sua colocação era determinada com base na sua posição social e no modo como seria útil para que o Estado conquistasse espaço territorial, recursos econômicos e poder bélico para sua ascensão. Tal colocação acabava por considerá-lo como descartável frente à desconsideração com que era tratado.

¹⁶ É importante ressaltar o fato de que em âmbito internacional, quando o Estado não reconhece a existência do genocídio perpetrado, incide a evocação do Tribunal Permanente dos Povos, criado justamente para julgar e processar os atos considerados como atentadores à integridade dos povos. Assim, é que, pela Turquia insistir em não reconhecer tal violação é que foi instaurado, em 1984, em Paris, a sessão do Tribunal que julgou o genocídio Armênio. "Ao final do processo, esse Tribunal foi o primeiro a proferir decisão, julgando plenamente caracterizada a ocorrência do Genocídio [...] Consistiu na declaração de culpa do Governo do Partido dos Jovens Turcos, durante a Primeira Guerra Mundial, como autor da prática do Genocídio, pela qual o Estado Turco deve assumir responsabilidade" (AMIRALIAN, 2011, p.7).

Cada governante via um meio de impor suas vontades e seu desejo, sempre pensando em meios de dominar psicologicamente a sociedade para que acreditasse agir por pura vontade, por seus desejos e expressões, ledo engano, quase sempre cada ato era feito por se buscar satisfazer aquele que governava, quem detinha o poder. O pensamento era arma utilizada para que as pessoas fossem alienadas, tinha o intuito de não permitir que raciocinassem sobre a moralidade de seu ato. Visava unicamente a tarefa de executar, pois pela “[...] capacidade de pensar, os seres humanos são suspeitos por definição, e essa suspeita não pode ser evitada pela conduta exemplar, pois a capacidade humana de pensar é também a capacidade de mudar de ideia” (ARENDDT, 1989, p. 481).

Essa supremacia acabava por não aceitar pessoas que agissem ou pensassem diferentemente do que era colocado por quem controlava o Estado e seus órgãos, tornava as pessoas submissas fosse lhes retirado o direito de ir e vir, de falar, de se expressar ou até mesmo o temor de pensar diferente. O temor, o medo e o terror se tornaram armas que coagem as pessoas, que as tornavam submissas e acolhedoras de todo e qualquer ato, até mesmo lhes incutia um agir conforme as regras, gerava um bloqueio mental que impedia o raciocinar sobre o porquê daquele ato.

A intenção final não repousa em trazer à tona os horrores do passado ou o desespero que atingiu milhares de pessoas em determinado momento, serve, contudo, para incutir o pensamento de como o ser humano pode ser cruel e perverso, como a desconsideração, a intolerância e imposição de ideologias (religiosa, racial ou de classe) destrói o ser humano e acarreta em repressões sangrentas.

Não se almeja deteriorar a história de um país ou sociedade, a importância de se conhecer os horrores do passado é evitar sua propagação na contemporaneidade, é demonstrar não a culpa de cada

qual, mas a culpa de toda a nação, a culpa em se permitir, paulatinamente, a existência de represálias e imposições. A culpa por se manter quieto ou calado ante a visibilidade de horrores que não deveriam existir, ante a deterioração do ser humano.

Em consonância a expressão "holy mountains" é uma grande referência ao fato de que não se pode retirar a verdade dos acontecimentos dos montes sagrados que foram, outrora, testemunhas de todo o holocausto; entretanto, ela também é utilizada por ser parte da fé e da crença religiosa dos armênios. Dentro da fé cristã, aquele é o monte onde foi encontrada a arca de Noé e para os armênios, tal fato, tornava as montanhas sagradas e especiais. Do mesmo modo, tal monta é visto como nascedouro da civilização armênia o que o torna símbolo para essa nação.

Nesse diapasão, a intenção é demonstrar que o reconhecimento não está aprisionado nas "montanhas sagradas", que a expressão é um meio de demonstrar a busca pelo reconhecimento, que a montanha por sua exuberância e história é local da fé armênia e sussurra a verdade que gritam para todos os lados o horror do genocídio, o horror de um acontecimento que agora ganha vozes humanas em sua luta e deixa de ser apenas um sussurro, se torna um brado por igualdade e respeito.

Por fim, os holocaustos, as Guerras, as mortes e todo ato que destruiu milhares de vidas humanas não devem ser esquecidos, pois demonstram como o ser humano deve ser respeitado em sua integralidade, como o ser humano deve ser tratado por existir, como o que importa não são as características da pessoa, mas o fato de ela existir e respirar. Isso serve de massificação para o endurecimento dos Direitos Humanos, para despertar o sentimento humano de respeito ao próximo, para com aqueles que sofrem. Serve para que as pessoas e o Estado se tornem mais amáveis e respeitadoras do espaço e direito do próximo.

REFERÊNCIAS

AMIRALIAN, Sossi. **Veredito em o crime do silêncio: o genocídio Armênio**. São Paulo: Zoryan Institute, 2011. Disponível em: <<http://consuladodaarmenia.com/wp-content/uploads/2015/02/O-VEREDITO.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um retrato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

_____. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

FERNANDES, Sandro. **Brasil ainda não reconhece massacre contra os armênios como genocídio**. 2015. Disponível em: <<http://www.abc.com.br/noticias/internacional/2015/04/brasil-ainda-nao-reconhece-massacre-contra-armenios-como-genocidio>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasilienses, 2006.

ROSAS, Geraldine. **O conflito tâmil no Sri Lanka: relações transfronteiriças e caráter transnacional**. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, 2006.

JORGE, Fernando. **Hitler: retrato de uma tirania**. São Paulo: Geração Editorial, 2012.

LOCKE, John. **O segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

MALAKIAN, Daron; TANKIAN, Serj. Holy mountains. In: System Of A Down. **Hypnotize**. Rio de Janeiro. Sony Music Entertainment: 2005. 1 CD. Faixa 8.

PAMUK, Humeyra. **“Eu condeno o papa” por comentário sobre o genocídio armênio, diz presidente turco**. 2015. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/worldNews/idBRKBN0N51ZV20150414>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direito humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

TAMDJIAN, Yervant. **Armênia**. Disponível em: <<http://www.armenia.com.br/hayk.htm#osa> - Apanhado histórico dos armênios até a atualidade>. Acesso: em 14 abr. 2015.

TANKIAN, Serj. **Tankian urges turks to ‘truly find yourself’**. 2014. Disponível em: <<http://asbarez.com/122160/tankian-urges-turks-to-%E2%80%98truly-find-yourself%E2%80%99/>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

VASCONCELOS, Yuri. **Genocídio armênio**. 2013. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/genocidio-armenio-434250.shtml>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

WILLEY, David. **Papa Francisco chama mortes na Armênia de**

genocídio. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150412_papa_genocidio_armenio_lab>. Acesso em: 16 abr. 2015.

Como citar: DAMASCENO; Mayron Moraes; LOURENÇO, Cláudia Luiz. “Holy mountains”: o sussurro histórico na busca por reconhecimento. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.72-100, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p72. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 12/01/2016

Aprovado em 28/09/2016

O DEVER DE LICITAR DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E SUA INSUBMISSÃO À LEI N. 8.666/1993

THE OBLIGATION ON BEHALF OF THE INDEPENDENT SOCIAL SERVICES TO BID AND THEIR INSUBORDINATION TO THE LAW N. 8.666/1993

Vinicius Diniz e Almeida Ramos*
Romeu Faria Thomé da Silva**

* Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen (FAJANSSEN). Graduado em Administração de Empresas pela Faculdade Internacional de Ciências Empresariais (FICE). Advogado.
E-mail: vinicius@fiemg.com.br.

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Ambiental pela Faculdade de Direito de Genebra (Suíça). Professor do Programa de Pós-graduação e da Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Professor do Centro Universitário de Sete Lagoas (UNIFEMM). Professor da Pós-graduação em Direito Ambiental do Centro de Atualização em Direito (CAD). Professor da Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Professor do Centro Universitário UNA-MG e de cursos prepa-

Como citar: RAMOS, Vinicius Diniz e Almeida; DA SILVA, Romeu Faria Thomé. O dever de licitar dos serviços sociais autônomos e sua insubmissão à lei n. 8.666/1993. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.101-130, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p101. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Os serviços sociais autônomos (SSA), também denominados “Sistema S”, são pessoas jurídicas de direito privado, caracterizadas como entidades paraestatais e que recebem, para sua manutenção, recursos parafiscais. Por esta razão, têm o dever de realizar suas compras e contratações através de licitações públicas, regidas por regulamentos próprios. Entretanto, tais regulamentos, cuja elaboração foi autorizada pelo Tribunal de Contas da União

(TCU), contêm lacunas e obscuridades que vêm provocando controvérsias jurídicas, baseadas na discussão acerca da obrigatoriedade, ou não, dos SSA recorrerem subsidiariamente à Lei n. 8.666, de 1993, quando seus regulamentos não oferecerem resposta para o caso concreto. Através de pesquisa bibliográfica descritiva, procura-se demonstrar que o estudo das Decisões 907/1997 e 461/1998, do Plenário do TCU, não deixa dúvidas de que os SSA não devem recorrer à Lei Nacional de Licitações, nem mesmo de forma subsidiária. De todo modo, reconhece-se que os regulamentos próprios do “Sistema S” são omissos em vários de seus pontos, sendo necessária a reformulação de seu texto, de modo que passe a disciplinar suficientemente as matérias atinentes aos procedimentos de compras e contratações aplicáveis aos serviços sociais autônomos.

Palavras-chave: Serviços sociais autônomos; licitação; regulamentos próprios; Tribunal de Contas da União; Lei Nacional de Licitações.

Abstract: Independent Social Services (SSA), also called “S System”, are legal entities of private law, which are characterized as parastatal entities that are maintained by parafiscal resources. For this reason, they are obliged to perform their purchases and contracting by way of public tenders and are subject to specific regulations. However, such regulations – their draft being authorized by

ratórios para carreiras de Estado.
E-mail: romeuprof@hotmail.com.

the Federal Court of Audit (TCU) – contain gaps and omissions, which can cause legal disputes with foundations based on the discussion regarding the possible obligation of resorting to the alternative Law no. SSA. 8666, of 1993, when its regulations do not provide a reply to the substantial case. By way of the bibliographical descriptive research, this paper sought to demonstrate that the analysis of the determinations 907/1997 and 461/1998, on behalf of the Plenary of the TCU, leaves no doubt that the SSA shall not resort to the National Legislation of Tenders, not even on a subsidiary basis. However, it is known that the specific regulations of the “S system” presents omissions concerning several of their items, thus requiring a redesign of its wording, so that matters related to purchasing procedures and contracting of independent social services may be subjected to adequate disciplinary procedures.

Keywords: Independent social services; tender; own regulations; Federal Court of Audit; National Legislation of Tenders.

INTRODUÇÃO

Os serviços sociais autônomos (SSA), também denominados “Sistema S”, muito embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, obrigam-se a realizar suas compras e contratações por meio de licitação pública, haja vista receberem recursos parafiscais instituídos por lei.

Até o ano de 1998, os SSA utilizavam, para suas licitações, a Lei n. 8.666, de 1993, que disciplina os procedimentos licitatórios da Administração Pública. A partir de 16 de setembro de 1998, porém, passaram a utilizar regulamentos próprios, elaborados com fundamento nas Decisões n. 907/1997 e 461/1998, ambas do Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU).

As omissões e obscuridades dos regulamentos, todavia, têm acarretado controvérsias jurídicas. A celeuma funda-se na obrigatoriedade, ou não, dos serviços sociais autônomos utilizarem, subsidiariamente, os dispositivos da Lei Nacional de Licitações (LNL), quando seus regulamentos não forem suficientes para disciplinarem determinado tema.

Nesse contexto, o artigo suscita o seguinte problema: os SSA devem utilizar a Lei n. 8.666, de 1993, de forma subsidiária, para solver eventuais omissões e obscuridades contidas em seus regulamentos próprios?

De modo a responder ao tema-problema, adotam-se duas hipóteses contrapostas. A primeira, de que os regulamentos de licitação dos serviços sociais autônomos, por não decorrerem – conforme entendimento do TCU – do artigo 119 da Lei Nacional de Licitações, têm origem e fundamento desvinculado da Lei n. 8.666 e, por essa razão, não há que se falar em sua utilização subsidiária. A segunda, de que eventuais omissões dos regulamentos próprios somente podem ser sanadas com a utilização da

Lei Nacional de Licitações, que é norma geral e que se aplica a todas as entidades sujeitas a procedimento licitatório, ainda que essas entidades disponham de regulamentos próprios.

O marco teórico a ser utilizado são as Decisões n. 907, de 1997, e 461, de 1998, proferidas pelo Plenário do TCU, através das quais o Tribunal reconheceu a singularidade dos serviços sociais autônomos e, ato contínuo, autorizou que as entidades elaborassem regulamentos próprios de licitação.

O objetivo geral do trabalho é investigar se, apesar de seus regulamentos próprios, os serviços sociais autônomos devem obediência, ainda que subsidiária, aos comandos da Lei n. 8.666, de 1993. Para tanto, discutir-se-á a natureza jurídica dos SSA para, simultaneamente, identificar o contexto e os fundamentos que proporcionaram a essas entidades a elaboração de regulamentos próprios de licitação. A partir daí, procurar-se-á compreender qual o mecanismo deve ser utilizado para sanar eventual omissão ou obscuridade dos textos regulamentares.

Inicia-se a pesquisa com o debate acerca da natureza jurídica dos serviços sociais autônomos que, não obstante tratem-se de pessoas jurídicas de direito privado, são caracterizados como entidades paraestatais, que recebem recursos parafiscais e que, portanto, obrigam-se a realizar suas compras e contratações por meio de procedimento licitatório.

Em seguida, busca-se demonstrar, com respaldo nas Decisões n. 907, de 1997, e 461, de 1998, do Plenário do TCU, que o “Sistema S” não se subordina aos comandos da Lei n. 8.666, de 1993. As licitações promovidas pelos SSA são disciplinadas por regulamentos próprios, os quais não decorrem do disposto no artigo 119 da Lei. Apesar disso, apontar-se-ão decisões recentes do Tribunal, por meio das quais foi

imposto a entidades do “Sistema S” comportamento similar ao exigido para órgãos da Administração Pública.

Discorre-se, na sequência, acerca das lacunas e obscuridades presentes nos regulamentos próprios dos SSA, as quais vêm dando ensejo a controvérsias jurídicas, especialmente relacionadas à necessidade de utilização subsidiária da Lei Nacional de Licitações.

Ao final, procurar-se-á apontar se os fundamentos dos regulamentos próprios dos serviços sociais autônomos dão ensejo à sujeição dessas entidades à Lei Nacional de Licitações, ainda que subsidiariamente, ao mesmo tempo em que buscar-se-á identificar as medidas que podem ser adotadas para que, efetivamente, os regulamentos disciplinem adequada e suficientemente as compras e contratações realizadas pelos SSA.

1 NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Os serviços sociais autônomos (SSA), conhecidos também como “Sistema S”, são pessoas jurídicas de direito privado, classificadas como entidades paraestatais, que mesmo não integrando a Administração direta ou indireta, trabalham ao lado do Estado prestando serviços de interesse público (MEIRELLES, 2000, p. 346).

Lembra Di Pietro (2007, p. 455) que o termo paraestatal (ou parastatal) é formado por dois elementos: a partícula grega *pará*, significando “ao lado de”, “lado a lado”; e a partícula latina *status*, que tem o sentido de Estado. Dessa forma, uma organização ou entidade paraestatal é aquela que atua ao lado do Estado. Atuando ao lado, com ele não se confunde, não integrando, pois, nem a Administração direta nem a indireta.

Para Mello (2007, p. 155), a expressão “entidades paraestatais” designa pessoas jurídicas de direito privado que, em paralelo com o Estado, desempenham atividades que este poderia desempenhar, por se encontrarem no âmbito de seu interesse. Por esta razão, o Poder Público lhes concede certo amparo, colocando a seu serviço o poder de império de que dispõe e instituindo tributo em seu favor. É o que ocorre, segundo o autor, com os serviços sociais autônomos que, embora desvinculados da Administração indireta, prestam serviços de interesse público, o que lhes confere uma notável singularidade.

Interessante ainda salientar a conceituação desenvolvida por Marques Neto e Cunha (2013, p. 142), para quem:

[...] os serviços sociais autônomos são entes associativos não fundacionais, de direito privado e sem fins lucrativos, e que, portanto, não integram a estrutura da administração pública, seja a administração direta ou a administração indireta. São em regra criados por lei e têm como objetivo a execução de atividades de interesse público não econômicas, o que justifica o fomento prestado pelo poder público.

Ao tratar dos serviços sociais autônomos, Justen Filho (2014, p. 326) leciona que essas entidades atuam vinculadas a um setor empresarial¹ ou a uma categoria profissional, que apresentam interesses comuns e homogêneos. Segundo o autor, pressupõe-se que “[...] a solução mais satisfatória reside na não intromissão estatal”. Assegura-se, dessa forma, à própria categoria “[...] o poder de promover a gestão de organizações criadas por lei para a satisfação de interesses comuns”.

¹ Exemplificadamente, o SESI e o SENAI são entidades que atuam em prol do segmento industrial; enquanto o SESC e o SENAC atuam em favor do comércio; o SENAT atua junto ao setor de transportes, e assim por diante. Cada ente do “Sistema S” está vinculado a um segmento empresarial.

Os atos constitutivos dos serviços sociais autônomos explicitam que “sua função não é a de auxiliar o Estado”, mas sim de “intervir em área de atividade privada” (comércio e indústria, por exemplo) em que o Estado, por razões estratégicas, decidiu incentivar. Esses entes “não são considerados como integrantes da administração indireta”, o que lhes proporciona autonomia frente ao Poder Público (SCAFF, 2001, p. 281).

Os SSA são organizações sem fins lucrativos, voltadas ao treinamento e aperfeiçoamento profissional, assistência social, consultoria, assessoria, pesquisa e assistência técnica. A rigor, o “Sistema S” é composto por entidades como o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI, Serviço Social da Indústria – SESI, Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC, Serviço Social do Comércio – SESC, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – SENAR, Serviço Social do Transporte – SEST, Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT e Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – SESCOOP (SENADO, 2015).

Os serviços sociais autônomos não se confundem com as autarquias, haja vista não serem pessoas jurídicas de direito público. Também não se confundem com empresas públicas ou com sociedades de economia mista, eis que os SSA não exercem atividade econômica com fins lucrativos. Por fim, também não se confundem com as fundações, porque não têm estrutura fundacional (não decorrem da afetação de patrimônio a uma finalidade de interesse público).

É importante lembrar que:

As leis que deram origem a tais entidades não as criaram diretamente, nem autorizaram o Poder Executivo a fazê-lo, como ocorre com as entidades

da Administração Indireta. Tais leis atribuíram a Confederações Nacionais o encargo de fazê-lo. Veja-se, a título de exemplo, os Decretos-leis n. 9.403, de 25-6-46, e 9.853, de 13-9-46, que atribuíram, respectivamente, à Confederação Nacional da Indústria e à Confederação Nacional do Comércio o encargo de criarem, organizarem e dirigirem o Serviço Social da Indústria (SESI) e o Serviço Social do Comércio (SESC). Paralelamente, pelos mesmos decretos-leis, o poder público garantiu a manutenção das entidades por meio de contribuições parafiscais recolhidas pelos empregadores (DI PIETRO, 2007, p. 459).

Destarte, é possível concluir que os SSA não integram a estrutura administrativa do Estado, nem direta, nem indireta, porque seu modelo não encontra guarida dentre os figurinos disciplinados pelo Decreto-Lei n. 200, de 1967² (MARQUES NETO e CUNHA, 2013, p. 142). Tratam-se, na verdade, de entidades paraestatais, que prestam serviços de interesse público, colaborando com o Estado, muito embora tenham natureza privada.

2 A INSUBORDINAÇÃO DO “SISTEMA S” À LEI N. 8.666/1993 E A INSTITUIÇÃO DE REGULAMENTOS PRÓPRIOS DE LICITAÇÃO

Historicamente, os SSA sempre realizaram suas compras e suas contratações por meio de procedimento licitatório, utilizando-se, para

2 Dispõe sobre a organização da Administração Federal e, no artigo 4º, estabelece: “Art. 4º A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) fundações públicas.”

tanto, da mesma legislação aplicável à Administração Pública.

Muito embora Moreira Neto (2010, p. 303) leccione no sentido de que não há, na Constituição da República, qualquer dispositivo que imponha ao “Sistema S” a obrigatoriedade de licitar, entendemos que o dever dos SSA realizarem suas compras e contratações por meio de licitação pública decorre do fato dessas entidades receberem, para sua manutenção, recursos parafiscais que, segundo Baleeiro (2008, p. 26), são uma espécie do gênero tributo que, em regra, apresentam uma forma híbrida entre imposto e taxa.

Niebuhr (2011, p. 52) destaca que, por estarem autorizados a arrecadarem e disporem de contribuições parafiscais compulsórias, os serviços sociais autônomos sujeitam-se a regime jurídico *sui generis*, incidindo sobre eles normas de Direito Privado e normas de Direito Público, como a obrigatoriedade de efetuar suas compras e contratações por meio de licitação pública, porém, com rigores atenuados e diferentes daqueles impostos à Administração.

Para Silva (2016, p. 7-8), é exatamente “[...] o fato de se beneficiar de receitas cujo pagamento pela iniciativa privada se dá em caráter compulsório, por determinação legal, é que confere aos Serviços Sociais Autônomos obrigações peculiares às entidades de natureza pública”.

Nessa linha é o posicionamento de Moreira (2012, p. 4), para quem as contribuições sociais (como aquelas instituídas em favor dos serviços sociais autônomos) possuem natureza jurídica de tributo, devendo “[...] ser considerados como recursos públicos, se sujeitando, portanto, a todas as consequências que isso acarreta, inclusive a necessidade de licitação.”

Desse modo, parece-nos indubitável que, por receberem recursos

tributários (e, portanto, públicos), os SSA obrigam-se a realizar suas compras e contratações com observância do que dispõe o artigo 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição da República:

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 (BRASIL, 2006, p. 17).

Até 16 de setembro de 1998, os serviços sociais autônomos balizavam suas licitações na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, também conhecida como Lei Nacional de Licitações (LNL) ou Estatuto das Licitações Públicas. Portanto, até 1998 o “Sistema S” adquiria bens e contratava serviços de modo semelhante à Administração Pública.

Esse cenário começou a se modificar em 1997, quando o Tribunal de Contas da União publicou a Decisão n. 907, que visou, inicialmente, solver denúncia de irregularidades formuladas contra o SENAC do Rio Grande do Sul na contratação de agência de publicidade, na admissão de pessoal para seu quadro de empregados, na contratação de serviços advocatícios, dentre outras questões menos relevantes.

No julgamento do TCU, o Relator da Decisão n. 907, Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, não se ateu apenas aos pontos suscitados na denúncia, mas proferiu um voto emblemático, amplo, que foi acompanhado pela unanimidade dos Ministros daquela Corte e que viria a modificar definitivamente a forma como os SSA eram vistos pelos órgãos de fiscalização (BRASIL, 1998).

Do voto, extrai-se uma passagem na qual o Relator ressalta a contribuição que os serviços sociais autônomos têm oferecido na formação de comerciários, industriários, trabalhadores rurais e rodoviários, com efeito direto na qualidade dos serviços prestados por esses trabalhadores, aduzindo ainda que a sujeição dos SSA à fiscalização estatal “não implica em rigorosa observância à legislação a que estão sujeitos os órgãos e entidades da Administração Pública”.

Ao tratar especificamente dos procedimentos adotados pelo “Sistema S” para realização de suas compras e contratações, o Ministro Relator salientou que, de acordo com a Constituição da República de 1988, apenas os órgãos e entidades da Administração direta e indireta estão obrigados a licitar. Desse modo, a Lei Nacional de Licitações “não poderia alargar o seu alcance, extrapolando o permitido pela Constituição, a entidades não pertencentes à Administração Direta e Indireta, e não o fez”, o que se depreende do exame do artigo 1º da Lei n. 8.666/1993, que subordinou às suas normas a Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

De modo a firmar seu posicionamento, aduziu ainda o Relator que a expressão “entidades controladas” refere-se “apenas às empresas ou sociedades nas quais a União ou suas empresas – considerando-se a

Administração Pública Federal – detenha a maioria absoluta dos direitos de voto”, conforme se depreende da Lei n. 6.404/1976, artigo 243, §2º. A partir desse raciocínio, o TCU concluiu que

3.8. [...] *tanto o parágrafo único do art. 1º quanto o art. 119 da Lei nº 8.666/93³ não podem abranger os serviços sociais autônomos porque eles não se inserem entre as entidades que compõem Administração Pública e tampouco são entidades controladas direta ou indiretamente pela União, nos termos definidos na Lei das Sociedades por Ações. Além do mais, a competência atribuída à União para legislar em matéria de licitações e contratos não abrange os serviços sociais autônomos porque, embora sendo beneficiários de recursos oriundos de contribuições parafiscais, não se incluem entre aquelas unidades e entidades classificadas nos dois grupos da Administração Pública indicados no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. Se a Lei nº 8.666/93, em perfeita consonância com a Constituição, não enumerou essas instituições entre aquelas a que se destina, é defeso ao intérprete fazê-lo. (BRASIL, 1997, p. 78). (grifo nosso)*

Ao final do julgamento, o Plenário do Tribunal de Contas da União julgou improcedente a denúncia, destacando que, por não constarem do rol de entidades indicadas no parágrafo único, do artigo 1º, da Lei Nacional de Licitações, “os serviços sociais autônomos não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos da referida lei, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados.”

3 Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial. (grifo nosso)

É relevante destacar que o TCU, na Decisão n. 907/1997, indicou claramente que os SSA poderiam elaborar regulamentos próprios de licitação (que até aquele momento inexistiam); e mais, que esses regulamentos não adviriam do artigo 119, *caput* e §1º, da Lei Nacional de Licitações.

Dessa forma, a considerar o entendimento do Tribunal de Contas da União naquela Decisão, o “Sistema S” estaria apto a realizar suas compras e contratações com balizamento exclusivo em regulamentos próprios, haja vista que se estes não advêm do artigo 119 da Lei n. 8.666, de 1993 (conforme decidiu o TCU), por óbvio não se aplicam a tais entidades a parte final do dispositivo: “[...] ficando sujeitas às disposições desta Lei”. Assim, conclui-se que os SSA poderiam elaborar regulamentos absolutamente desprendidos da Lei Nacional de Licitações, à qual não deveriam mais recorrer e se sujeitar, nem mesmo de forma subsidiária.

Este não é o posicionamento de Carvalho Filho (2014, p. 544) que, analisando o teor da Decisão n. 907/1997, do Tribunal de Contas da União, leciona no sentido de que a solução adotada pelo TCU não oferece plena liberdade aos serviços sociais autônomos, que estariam obrigados à observância dos princípios licitatórios fixados na Lei n. 8.666/1993. Para o autor, a permissão dada ao “Sistema S” para a edição de regulamentos próprios, menos complexos, se coaduna e se vincula à LNL (artigo 119, parágrafo único).

Parece-nos equivocado o posicionamento do autor, uma vez que o Tribunal de Contas, na Decisão 907/1997, foi taxativo ao fixar que o parágrafo único do artigo 1º, bem como o artigo 119, ambos da Lei n. 8.666/1993, não podem incidir sobre os serviços sociais autônomos, haja vista que tais entidades não integram a Administração Pública, nem direta nem indireta, tampouco são controladas pela União.

Silva (2016, p. 11) aduz que o Tribunal de Contas da União, reconhecendo o caráter híbrido dos serviços sociais autônomos, “[...] adota uma postura intermediária entre determinar ou não o atendimento aos textos legais voltados à Administração Pública.” O mesmo autor destaca que a recomendação do TCU é de que os SSA “[...] se auto regulamentem por instrumentos formais que, em sua essência devem carregar os princípios gerais da Administração Pública, contidos no art. 37 da Carta Magna”.

Nesse mesmo sentido, há entendimento doutrinário lecionando que os serviços sociais autônomos, como pessoas jurídicas de direito privado, devem, em obediência ao artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, observar tão somente a regulamentação legal, sendo-lhes permitido agir com liberdade, limitados apenas pelos normativos específicos que lhe são próprios. Em face de eventuais lacunas nos regulamentos de licitação, é possível aos SSA supri-las no próprio instrumento convocatório, criando regras que atendam aos princípios gerais, mas nunca por utilização da Lei Nacional de Licitações (BRITO, 2014, p. 16).

Em obra que objetivou promover aprofundada análise da Lei n. 8.666/1993, Rigolin e Bottino (2006, p. 49) aduzem que as entidades paraestatais estariam livres das amarras da Lei Nacional de Licitações, cabendo-lhes editar regulamentos próprios, “[...] com observância tão-só dos princípios de licitação”. Segundo os autores, os regulamentos representam o momento em que os SSA tornaram-se livres “[...] do império da mais funesta, canhestra, inadequada, desajeitada, prolixa, torpe e horrenda lei jamais concebida para o seu âmbito, a Lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993”.

De toda forma, foi a partir da Decisão TCU n. 907, de 1997, que

as entidades integrantes do “Sistema S” iniciaram, de forma conjunta, a elaboração de seus regulamentos próprios, cujas minutas foram submetidas à apreciação do Tribunal de Contas da União, que exarou, em sessão realizada no dia 22 de julho de 1998, o Acórdão n. 461, também do Plenário, cuja decisão foi assim condensada:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1 - receber a presente minuta de Regulamento de Licitações e Contratos das entidades integrantes do Sistema S”, mencionadas no item 4 supra, tendo em vista a Decisão Plenária/TCU nº 907/97, prolatada na Sessão de 11/12/97, que concluiu que os Serviços Sociais Autônomos não estão sujeitos à observância aos estritos procedimentos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados, consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório; 2 - informar à Confederação Nacional da Indústria que: 2.1 - cabe aos próprios órgãos do Sistema “S” aprovar os regulamentos internos de suas unidades; 2.2 - este Pretório, ao julgar as contas e ao proceder à fiscalização financeira das entidades do Sistema “S”, pronunciar-se-á quanto ao cumprimento dos regulamentos em vigor, relativamente a licitações e contratos, bem como à pertinência desses regulamentos em relação à Decisão/Plenário/TCU nº 907/97, prolatada na Sessão de 11/12/97; e 3. arquivar o presente processo (BRASIL, 1997).

Resta claro, portanto, que o Tribunal de Contas da União, naquela oportunidade, não se julgou competente para aprovar os regulamentos de licitação do “Sistema S”. Ao contrário, entendeu o TCU que caberia aos próprios serviços sociais autônomos aprovarem os

textos regulamentares, dando a eles publicidade. A partir daí, os órgãos fiscalizatórios, ao julgar as contas dos SSA, pronunciar-se-iam quanto ao cumprimento dos regulamentos (próprios) em vigor.

Contudo, apesar de seu posicionamento de 1997 e 1998, o Tribunal de Contas da União vem, no decorrer do tempo, prolatando decisões que buscam aproximar os procedimentos do “Sistema S” às práticas de contratação do Poder Público. É o que se vê, por exemplo, no Informativo de Licitações e Contratos do TCU n. 190, de 26 e 27 de março de 2014:

6. Nas licitações do tipo técnica e preço, é irregular a atribuição de excessiva valoração ao quesito técnica, em detrimento do preço, sem amparo em estudo suficiente a demonstrar a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa. Representação relativa a concorrência conjunta Sesi-Senai, do tipo técnica e preço, objetivando a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria e assessoria de imprensa, análise de noticiário, monitoramento e planejamento de ações em redes sociais, apontara, dentre outras irregularidades, critério de pontuação desproporcional e injustificado, uma vez que atribuíra peso na proporção de 70% para a proposta técnica e 30% para a proposta de preços (BRASIL, 2014, p. 1).

É interessante observar que os regulamentos próprios dos SSA preveem a licitação do tipo “técnica e preço” em seu artigo 8º, inciso II, explicitando no §2º do mesmo artigo que “Nas licitações de técnica e preço a classificação dos proponentes será feita de acordo com a

média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos estabelecidos no instrumento convocatório, que serão objetivos”. Logo, os regulamentos não fixaram limites mínimos e máximos para os pesos a serem atribuídos à técnica e ao preço, o que daria ao “Sistema S”, pelo menos em tese, a liberdade de estabelecer tais pesos no edital de licitação. Diferentemente desse posicionamento, o TCU entendeu que a fixação de peso 7 (sete) para técnica e 3(três) para preço seria “desproporcional e injustificado”, ainda que tenha sido regularmente previsto no instrumento convocatório.

Distorção ainda mais robusta entre as Decisões n. 907/1997 e 461/1998, do Plenário do Tribunal de Contas da União, e os mais recentes julgamentos do TCU, encontra-se no seu Informativo de Licitações e Contratos n. 159, de 9 e 10 de julho de 2013:

3. As entidades do Sistema S *não podem inovar na ordem jurídica, por meio de seus regulamentos próprios*, instituindo novas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, haja vista que *a matéria deve ser disciplinada por norma geral*, de competência privativa da União (BRASIL, 2013, p. 2). (grifo nosso)

O posicionamento acima, que proíbe que sejam acrescentados nos regulamentos próprios do “Sistema S” outras hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, vai de encontro à Decisão n. 461/1998, quando o Tribunal de Contas da União entendeu que caberia aos próprios serviços sociais autônomos elaborarem e aprovarem seus regulamentos e, por consequência, quaisquer alterações posteriores que viessem a ser implementadas.

É preciso salientar que a insubordinação dos SSA à Lei n. 8.666,

de 1993, já pode ser deduzida com a interpretação do artigo 1º, *caput* e parágrafo único da própria Lei⁴ (como bem aduziu o Ministro Lincoln Magalhães da Rocha ao relatar a Decisão TCU n. 907, de 1997), que elenca os órgãos e entidades que a ela se sujeitam, não constando desse rol os serviços sociais autônomos.

A Lei Federal não poderia mesmo surtir efeitos para os SSA, uma vez que, “[...] do ponto de vista jurídico, embora exerçam atividades de notável importância social a ponto de serem consideradas de interesse público, não atendem aos comandos do poder público via critério hierárquico” (MARQUES NETO; CUNHA, 2013, p. 156). Saliente-se que a hierarquia

[...] ocorre quando há diferença de posição dos órgãos no escalonamento estrutural, de tal modo que o órgão superior, nas relações com o subordinado, exerce uma série de poderes aos quais o subordinado se sujeita. Trata-se de relação de supremacia-subordinação. Existe hierarquia entre órgãos inseridos na mesma estrutura, ou seja, no âmbito da estrutura interna da mesma pessoa jurídica (MEDAUAR, 2012, p. 64).

Ao nosso sentir, a interpretação das Decisões 907/1997 e 461/1998, do Tribunal de Contas da União, não pode levar a outro entendimento a não ser o de que, para o TCU, os serviços sociais autônomos estariam livres das amarras da Lei n. 8.666/1993, bem como das demais regras de compras e contratações próprias da Administração Pública. Por esta razão, poderiam os SSA elaborar seus regulamentos

4 Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

com alargada liberdade, criando e fixando normas inéditas e desapegadas da LNL, desde que fossem observados os princípios indicados no artigo 37, *caput*, da Constituição, quais sejam, os da legalidade (que, no caso, traduz-se na obediência às regras dispostas nos seus próprios regulamentos de licitação), impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

3 DA EXCESSIVA SIMPLICIDADE DOS REGULAMENTOS PRÓPRIOS DE LICITAÇÃO DO “SISTEMA S”

Em razão do Acórdão n. 461/1998, do Plenário do TCU, os serviços sociais autônomos fizeram publicar seus regulamentos de licitações e contratos no Diário Oficial da União do dia 16 de setembro do mesmo ano. Tal procedimento representou um marco para as entidades que, enfim, viram-se – pelo menos em tese – livres da obediência à Lei Nacional de Licitações – LNL.

Forçoso reconhecer, entretanto, que os textos dos regulamentos assemelham-se bastante aos da Lei n. 8.666/1993. A nomenclatura dada às modalidades e aos tipos de licitação, o objetivo do certame e os princípios regentes, as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, os prazos recursais, a documentação passível de ser exigida na fase de habilitação e o ritual procedimental (inclusive quanto ao pregão presencial e pregão eletrônico) são apenas alguns exemplos de regras que, estando nos regulamentos do “Sistema S”, foram na verdade inspiradas na Lei n. 8.666/1993, e em outras leis às quais a Administração Pública se sujeita.

De início, parece-nos incompreensível que, estando autorizados a elaborarem regras próprias, criativas e desatreladas das normas impostas

ao Poder Público, tenham os serviços sociais autônomos optado por elaborar regulamentos de licitação extremamente conservadores, com escassa inspiração para ineditismos. Ao revés, preferiu-se buscar na Lei Nacional de Licitações os influxos para a construção dos regulamentos, o que denota certo contrassenso, pois a principal conquista advinda das Decisões n. 907/1997 e 461/1998, ambas do Plenário do TCU, foi exatamente a liberdade para que o “Sistema S” criasse regras próprias, desvinculadas da Lei n. 8.666/1993, à qual não deveria mais se sujeitar.

Embora inspirados na LNL, é imperioso reconhecer a excessiva simplicidade nos textos dos regulamentos, que deixam de disciplinar uma série de situações passíveis de ocorrência nos certames licitatórios ou, disciplinando-os, o fazem de forma incompleta e duvidosa. Parece que, equivocadamente, as entidades consideraram que a elaboração de um texto curto, com poucos dispositivos, representaria a desburocratização tão almejada, quando, na verdade, em tema de licitação pública, a desburocratização deve ser conquistada pelo disciplinamento (o mais exaustivo possível) de procedimentos mais simples, mais céleres e mais eficientes. Em outros termos, simples devem ser os procedimentos da licitação, e não o texto que os regulamenta.

A título ilustrativo, cabe lembrar que os regulamentos de licitação dos SSA não cuidam, nem mesmo de forma superficial, da denominada impugnação de edital. Poder-se-ia entender que tal instituto não se aplica às licitações do “Sistema S”. Todavia, a prática observada no SESI, SENAI, SESC, SENAC, dentre outros, é o acatamento da impugnação sob o procedimento da LNL, artigo 41, §§ 1º e 2º⁵.

5 Art. 41. [...]

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

Outro exemplo não menos interessante é o tipo licitatório “melhor técnica”, que não encontra previsão nos regulamentos próprios, mas que são cotidianamente utilizados pelos serviços sociais autônomos, com sustentação no §1º, inciso II, do artigo 45, da Lei n. 8.666, de 1993⁶.

Em alguns outros aspectos, os regulamentos próprios não disciplinam adequadamente as matérias, dando margem a várias interpretações. Ilustra-se a afirmação com o artigo 13, *caput*, do regulamento próprio:

Art. 13. O procedimento da licitação será iniciado com a solicitação formal da contratação, na qual serão definidos o objeto, a *estimativa de seu valor* e os recursos para atender à despesa, com a consequente autorização e a qual serão juntados oportunamente todos os documentos pertinentes, a partir do instrumento convocatório, até o ato final de adjudicação (SENAR, 2006, p. 6). (grifo nosso)

O dispositivo não indica a origem da estimativa de valor: se proviria de uma pesquisa de mercado, de contratações anteriores (próprias ou de outros órgãos e entidades) ou, ainda, do conhecimento empírico. Curiosamente, essa obscuridade é a razão da celeuma que se estabeleceu entre os SSA e a CGU e o TCU, uma vez que estes últimos

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

6 Art. 45. [...]

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

têm defendido a imprescindibilidade de uma pesquisa prévia de mercado para fixação da estimativa, ao passo que algumas entidades do “Sistema S” têm se posicionado no sentido de que a estimativa pode corresponder, por exemplo, à previsão orçamentária ou ao conhecimento próprio do homem médio. No Informativo de Licitações e Contratos do TCU n. 211, datado de 19 e 20 de agosto de 2014, é estampado o posicionamento do Tribunal sobre este tema:

2. É da competência da comissão permanente de licitação, do pregoeiro e da autoridade superior *verificar se houve recente pesquisa de preço junto a fornecedores* do bem a ser licitado e se essa pesquisa observou critérios aceitáveis. Em autos de Acompanhamento, a unidade técnica constatou, dentre outras ocorrências, que não fora realizada pesquisa de preços para respaldar a planilha orçamentária usada como referencial em concorrência lançada pelo Serviço Social da Indústria - Departamento Regional do Paraná (Sesi/PR) para a execução das obras de ampliação do Centro Integrado dos Empresários e Trabalhadores do Estado do Paraná (BRASIL, 2014, p. 1). (grifo nosso)

Vê-se, portanto, de forma indubitosa, que o Tribunal de Contas da União passou a adotar para o “Sistema S”, mais recentemente e apesar das Decisões 907 e 461, de 1997 e 1998, respectivamente, a mesma posição que é adotada para a Administração Pública em relação à pesquisa prévia de preços.

Exatamente em razão das omissões e obscuridades apresentadas pelos regulamentos próprios, Vareschini (2012, p. 18) aduz que os SSA estão sujeitos à Lei n. 8.666/1993, de forma subsidiária, de tal modo que se as regras regulamentares forem insuficientes para solver dúvidas ou

conflitos, devem as entidades recorrerem aos princípios fixados tanto na Constituição da República quanto na Lei Nacional de Licitações, em respeito ao ordenamento jurídico pátrio.

Não resta dúvida de que é imperativa a sujeição dos SSA aos dispositivos da Constituição da República de 1988. Entretanto, quanto a utilizar a Lei de Licitações como parâmetro para solver eventual dúvida, omissão ou conflito dos regulamentos próprios (muito embora reconheça-se que estes, em certos pontos, são omissos ou obscuros), não podemos concordar com a autora. Em face do posicionamento do TCU de que tais regulamentos não advêm do artigo 119 da Lei – e, dessa forma, seus textos não ficam sujeitos às disposições legais – não há que se falar, em nenhuma hipótese, de aplicação subsidiária da LNL aos serviços sociais autônomos.

Nessa mesma linha, tem-se afirmado que,

Da aplicação desses regulamentos próprios podem surgir lacunas decorrentes da sua maior simplicidade em comparação à lei geral de licitações. Nesses casos, o entendimento que, aparentemente, é o predominante no TCU pode motivar a prolatação de decisões que professem pelo suprimento das omissões suscitadas mediante a utilização de princípios e regras típicas da Administração Pública que não são aplicáveis aos serviços sociais autônomos (BRITO, 2014, p. 2).

Não devendo os serviços sociais autônomos recorrerem às normas da Lei n. 8.666, de 1993, só é possível concluir que a solução para eventuais omissões ou obscuridades dos regulamentos próprios deve ser alcançada por meio da interpretação dos princípios aplicáveis à espécie, especialmente aqueles indicados no artigo 37 da Constituição,

quais sejam, os da legalidade (significando a observância dos dispositivos regulamentares), impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

CONCLUSÃO

Os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado, caracterizadas como entidades paraestatais, que atuam ao lado do Estado prestando serviços de interesse da coletividade. Apesar disso, devem realizar suas compras e contratações através de procedimento licitatório.

Seu dever de licitar decorre do fato de receberem recursos parafiscais, instituídos por lei. Contudo, desde o ano de 1998, os SSA estão desobrigados de conduzirem suas licitações com fundamento na Lei n. 8.666/1993, haja vista que as Decisões n. 907/1997 e 461/1998, ambas do Plenário do Tribunal de Contas da União, deram a essas entidades a possibilidade de elaborarem regulamentos próprios, os quais não se fundamentam – segundo o TCU – no artigo 119 da Lei. Desse modo, tais regulamentos poderiam ser elaborados com alargada liberdade, desatrelados das regras licitatórias impostas à Administração Pública.

Entretanto, os serviços sociais autônomos, ao elaborarem seus regulamentos em 1998, o fizeram de forma excessivamente simplificada, deixando lacunas e obscuridades que vêm dando ensejo a celeumas jurídicas. Parte da doutrina entende que os SSA não devem utilizar a Lei Nacional de Licitações, nem mesmo subsidiariamente, de modo que, para sanar eventuais omissões, bastaria interpretar os princípios que regem o procedimento. Porém, para outra corrente doutrinária, se o texto dos regulamentos não for suficiente para disciplinar determinada matéria, devem as entidades buscarem a solução na Lei n. 8.666/1993.

Percebe-se que os órgãos fiscalizatórios – especialmente a Controladoria Geral da União e o Tribunal de Contas da União – têm adotado recentemente a segunda corrente, impondo aos SSA práticas que, na realidade, são apropriadas para os órgãos da Administração Pública.

Nota-se que o “Sistema S” poderia (e deveria) ter sido mais criativo na elaboração de seus regulamentos, disciplinando de forma efetiva e exaustiva as situações próprias do procedimento licitatório, de modo a eliminar ou pelo menos reduzir as omissões regulamentares. Não o fez.

Todavia, no nosso entendimento, é inadmissível que os SSA, buscando solver as lacunas de seus regulamentos próprios, utilizem-se subsidiariamente da Lei n. 8.666/1993, eis que tal prática denota não apenas um desprezo pelas conquistas obtidas com a Decisão n. 907/1997, do TCU, mas – o que é pior – seu descumprimento, haja vista ter restado claro naquela ocasião que o “Sistema S” não se sujeita à LNL e que seus regulamentos não advêm do artigo 119 da Lei, não podendo as entidades, portanto, dela fazer uso. As lacunas e obscuridades dos textos regulamentares devem, portanto, ser supridas com a interpretação dos princípios aplicáveis à licitação pública, previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição.

De toda forma, é inarredável reconhecer que a excessiva simplicidade dos regulamentos próprios dos serviços sociais autônomos, cujo processo de elaboração careceu de inspiração e cujos textos são inegavelmente omissos e obscuros em vários pontos, é a causa principal das controvérsias acerca de procedimentos que devem ser adotados no âmbito das licitações do “Sistema S”.

Conclui-se, portanto, que para eliminar definitivamente as

celeumas jurídicas acerca dos seus certames licitatórios, é necessário que os SSA reformulem corajosa e profundamente seus regulamentos próprios, de modo que estes passem a disciplinar, de maneira exaustiva e suficiente, as matérias que envolvem suas compras e contratações.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 2.ed. São Paulo: RT, 2006.

BRASIL. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 907/1997**. 1997. Disponível em: <<http://migre.me/qZAUR>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 461/1998**. 1998. Disponível em: <<http://migre.me/qZAPk>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Jurisprudência**: Informativo de Licitações e Contratos, Brasília, n. 190, Sessões: 26 e 27 de março de 2014. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBADBC3A71239&inline=1>. Acesso em: 16 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Jurisprudência**: Informativo de Licitações e Contratos, Brasília, n. 159, Sessões: 9 e 10 de julho de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Jurisprudência**: Informativo de Licitações e Contratos, Brasília, n. 211, Sessões: 19 e 20 de agosto de 2014.

BRITO, Nelson José Almeida de. **As lacunas nos regulamentos de licitações e contratos dos serviços sociais autônomos e a forma de seu suprimento**: regras e princípios aplicáveis. 2013. 18 f. Monografia (Especialização em Direito e Gestão dos Serviços Sociais Autônomos) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Serviços sociais autônomos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 135-174, maio/ago. 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: RT, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

MOREIRA, Lucas Pessôa. A necessidade de licitação pelas entidades do Sistema "S". **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 2-7, 2012.

MOREIRANETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual prático das licitações**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 273-297, 2001.

SENADO FEDERAL. **Notícias**: sistema S. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/sistema-s>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM RURAL – SENAR. **RLC: Regulamento de Licitações e Contratos do SENAR: Resolução nº001/2006/CD**. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.senar.org.br/sites/default/files/senar/RLC-SENAR.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2016.

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI. **Regulamento de licitações e contratos do SESI**: com as modificações da Resolução n. 21/2011. Brasília: SESI, 2011.

SILVA, João Marcos Castro da. **A extensão de aplicação de leis destinadas à administração pública aos serviços sociais autônomos**. 2013. 17f. Monografia (Especialização em Direito e Gestão dos Serviços Sociais Autônomos) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1455>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Licitações e contratos no sistema**

“S”. 5. ed. Curitiba: JML, 2012.

Como citar: RAMOS, Vinicius Diniz e Almeida; DA SILVA, Romeu Faria Thomé. O dever de licitar dos serviços sociais autônomos e sua insubmissão à lei n. 8.666/1993. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.101-130, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p101. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 16/02/2016

Aprovado em 26/09/2016

**A NEGOCIAÇÃO
COLETIVA NO ÂMBITO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À
LUZ DA SUPRALEGALIDADE
E DO CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE**

**THE COLLECTIVE BARGAIN
IN THE CONTEXT OF PUBLIC
ADMINISTRATION, UNDER THE
SUPERLEGALITY AND THE
CONVENTIONALITY CONTROL**

**Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça*
Alexandre Augusto Batista de Lima****

* Pós-doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora Titular dos cursos de Graduação e Pós-graduação *stricto sensu* e *lato sensu* em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora do curso de Graduação em Direito na Faculdade Católica Rainha do Sertão (FCRS/Quixadá-CE). Coordenadora-geral do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo e Tributário (GEPDAT).
E-mail: liridacalou@unifor.br.

** Mestre em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Tributário pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (CEUT). Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Professor do curso de graduação em Direito do Centro Universitário da Faculdade de Saúde, Ciências

Como citar: MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; LIMA, Alexandre Augusto Batista de. A negociação coletiva no âmbito da administração pública à luz da supralegalidade e do controle de convencionalidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.131-175, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p131. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O trabalho debate a negociação coletiva de trabalho como garantia constitucional do direito humano fundamental ao labor dos servidores públicos, sob perspectiva

Humanas e Tecnológicas do Piauí (UNINOVAFAPI). Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo e Tributário (GEPDAT).

E-mail: alexandreablma@hotmail.com.

da suprallegalidade e do controle de convencionalidade. A problemática reside em examinar se o instrumento da Negociação Coletiva pode ser aplicável ao setor público, analisando, também, se o instituto é compatível com a Constituição Brasileira. Aborda-se o debate doutrinário e jurisprudencial sobre a hierarquia dos tratados internacionais, em especial, daqueles que garantem a realização da Negociação Coletiva no âmbito do serviço público, no Brasil. A pesquisa objetiva evidenciar que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito nacional possuem aplicabilidade interna, o que garante a viabilidade da Negociação Coletiva Pública. Investiga, ainda, a possibilidade de implementação de um controle de Convencionalidade que busque dar fundamento à Negociação Coletiva no ambiente interno, bem como aborda de forma crítica a ADI n.º 492 do STF que declarou a inconstitucionalidade do artigo 240, alíneas “d” e “e” da Lei n.º 8.112/90. Com metodologia bibliográfica, análise doutrinária e jurisprudencial, considera os tratados internacionais diante do advento da Emenda à Constituição do Brasil de n.º 45/2004, e sua implicação no controle de convencionalidade, e nas convenções de n.º 151 e 154 da Organização Internacional do Trabalho. Conclui que as negociações coletivas no âmbito da Administração Pública não afrontam a Constituição,

e possibilitam sua máxima efetivação, pois garantem a realização dos objetivos fundamentais previstos.

Palavras-chave: Administração Pública; servidor público; negociação coletiva; controle de convencionalidade.

Abstract: This paper discusses collective bargaining work as a constitutional guarantee of the fundamental human right to work of civil servants, in view of the conventionality control. However, the problem lies in examining whether the instrument of collective bargaining may be applicable to the public sector; thus, analyzing if the institute is also compatible with the Brazilian Constitution. This study addresses the doctrinal and jurisprudential debate on the hierarchy of international treaties – specifically those that guarantee the realization of collective bargaining in the Brazilian public service. This research aims to show that international human rights treaties that are incorporated into national law have domestic applicability, which ensures the viability of the Public Collective Bargaining. This study also investigates the possibility of implementing conventionality control, which seeks to ground the collective bargaining in Brazil's domestic environment, and discusses critically the ADI N^o. 492 of the Supreme Court that declared the unconstitutionality of Article 240, paragraphs “d” and “e” of

the Law N°. 8,112 / 90. With the use of the bibliographic methodology, doctrinal and jurisprudential analyses, this paper examines international treaties before the advent of Amendment to the Constitution n°. 45/2004 of Brazil, and its implication in the control of conventionality, particularly within the realm of the the conventions` number 151 and 154 of the International Labour Organization. This paper concludes that the collective negotiations in the public administration does not affront the Constitution and enables maximum effectiveness, as they ensure the achievement of fundamental objectives.

Keywords: Public administration; rights of public worker; collective labor bargaining; conventionality control.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo evidenciar os contornos jurídicos da negociação coletiva no âmbito da Administração Pública, no que concerne à sua compatibilidade com ordenamento jurídico-constitucional.

A convenções n. 151 e 154 da Organização Internacional do Trabalho - OIT preveem a possibilidade de utilização do instrumento da negociação coletiva na Administração Pública. Nessa perspectiva, devem-se analisar a teoria do controle de convencionalidade para que se estabeleça um juízo acerca da viabilidade jurídica ou não da utilização deste instrumento garantidor dos direitos do trabalhador público, no Brasil.

A problemática reside em discutir, à luz da legislação vigente, dos tratados internacionais de direitos humanos, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das teorias constitucionais, se a negociação coletiva de trabalho pode ser utilizada no setor da Administração Pública, e, portanto, se essa garantia, assim aplicada, é materialmente constitucional.

A pesquisa teórica ora desenvolvida é exploratória, de natureza descritiva e explicativa. Utiliza-se de abordagem dialético-interpretativa, como forma de investigar os tratados internacionais e sua implicação no direito interno, bem como os parâmetros de controle de convencionalidade adotados no Brasil, com o intuito de buscar uma orientação para a aplicação das negociações coletivas no setor público.

O método de interpretação é sistemático, analisando-se os institutos jurídicos, a jurisprudência e a legislação infraconstitucional, internacional e supralegal, em consonância com o ordenamento jurídico-

constitucional. A técnica de pesquisa empregada é bibliográfica e documental, utilizando-se de análise de teorias, doutrina, legislação e jurisprudência dos tribunais, em especial do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal - STF na ADI n. 492, de modo a extrair argumentos hábeis a elucidar sob o aspecto material a constitucionalidade da negociação coletiva aplicável aos servidores públicos no direito brasileiro, com seus respectivos contornos jurídicos.

Assim, o texto em tela desenvolve-se em três eixos fundamentais. No primeiro, faz-se uma abordagem sobre os tratados internacionais, tendo em vista a sua natureza e internalização no direito pátrio, em cotejo com o controle de convencionalidade no Brasil.

Em seguida, desenvolve-se uma abordagem acerca das Convenções n. 151 e 154 da OIT, especialmente, realizando uma análise sobre sua forma de ingresso no ordenamento jurídico e do seu *status*, de norma constitucional, supralegal com efeito paralisante das normas infraconstitucionais e a possibilidade de figurarem tais convenções como parâmetro para um exame de convencionalidade da negociação coletiva administrativa dos servidores públicos no Brasil.

Analisa-se, também, a decisão da ADI n. 492, do STF que julgou inconstitucional a previsão da negociação coletiva na Administração Pública, quando da análise do disposto no artigo 240, alíneas “d” e “e”, da Lei n.º 8.112/90, pontuando os principais argumentos jurídicos suscitados pelos ministros do STF, favoráveis e contrários à instituição da negociação coletiva no campo público.

Conclui-se que a negociação coletiva administrativa se mostra como um importante instrumento de garantia para o trabalhador público, que, em conjunto com o direito à sindicalização e o direito de greve, constituem um arcabouço garantidor das condições de trabalho dignas no

âmbito da Administração Pública e, ainda, um instrumento democrático hábil a estabelecer de modo eficaz a paz social.

1 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS: ASPECTOS CONCEITUAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca como fundamentos do Estado de Direito os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana, reconhece a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e, neste contexto, atribui aos tratados internacionais sobre direitos humanos, especialmente após a edição da Emenda à Constituição n. 45/2004, a condição de normas constitucionais (BRASIL, 1988).

Para que se desenvolva um estudo adequado dos tratados internacionais de direitos humanos, necessário se faz pontuar, inicialmente, uma definição acerca de direitos humanos e, também, verificar se há identidade entre o conceito de direitos humanos e o de direitos fundamentais.

O autor português José Carlos Vieira de Andrade, ao abordar os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, determina que os direitos fundamentais podem ser concebidos sob três perspectivas: a primeira denominada perspectiva filosófica ou jusnaturalista, segundo a qual os direitos fundamentais se identificariam como direitos naturais de todos os homens, independentemente de tempos e lugares. A segunda, que o autor nomina de perspectiva estadual ou constitucional, sendo esta a que vislumbra os direitos fundamentais sob a ótica daqueles direitos que sejam mais importantes às pessoas em determinado tempo e lugar e

a terceira chamada universalista ou internacionalista que engloba aqueles direitos essenciais às pessoas em certo tempo, porém, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo (ANDRADE, 2006, p. 15).

Ademais, o mesmo autor assevera que o direito se consubstancia numa “posição jurídica intersubjetiva”. Enquanto, uma garantia realiza e promove “[...] a dignidade da pessoa humana centrada em posições subjetivas, mas não investe os indivíduos em situações de poder ou de disponibilidade com esse objeto específico” complementa, aduzindo, que as garantias apresentam “[...] um *carácter* simultaneamente *objectivo* e *instrumental*” (ANDRADE, 2006, p. 142-143).

Assim, na constituição brasileira há normas declaratórias de interesses ou vantagens que se conformam como direitos e outras que se constituem como assecuratórias e instrumentais da consecução e realização dos direitos que são nominadas de garantias. Nesse sentido, Canotillo acentua: “[...] as garantias institucionais não garantem às particulares posições subjetivas autônomas” (CANOTILHO, 2003, p. 397).

Deve-se ressaltar, portanto, neste contexto, que a negociação coletiva, enquanto instituto coletivo do direito do trabalho, se apresenta como uma garantia. Neste sentido, José Carlos Vieira de Andrade, cita que as garantias importam numa imposição de legislação associadas aos direitos fundamentais e exemplifica assegurando que será “[...]” o caso da participação das organizações de trabalhadores nas empresas e estruturas sociais conexas, entendendo que os direitos conferidos têm como principal função a proteção dos direitos dos homens trabalhadores”. Afirma, também, que será, “[...] em geral, o caso dos direitos fundamentais coletivos na medida em que tenham por fim proteger ou promover direitos *subjectivos* fundamentais” (ANDRADE, 2006, p. 142-143).

Por outro lado, no que tange aos direitos fundamentais, a doutrina pátria constrói a definição de direito fundamental o distinguindo em duas categorias. Direito fundamental, em acepção formal, que consiste nas “[...] posições jurídicas da pessoa - na dimensão individual, coletiva ou social - que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais” e, em sentido material, que considera direitos fundamentais “[...] aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais” (SARLET, 2007, p. 95).

No sistema jurídico-constitucional brasileiro os direitos fundamentais têm diversas funções, dentre as quais: a “[...] limitação do Poder Público e proteção contra a formação de eventuais maiorias” e, ainda, a limitação das relações entre particulares (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2013, p. 231).

No entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 95): “[...] direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado)”. Entretanto, deve-se registrar que há autores que entendem não haver diferença entre tais expressões de modo que poderiam ser utilizadas como termos unívocos (MESQUITA, 2005, p. 3).

O aspecto da dificuldade conceitual dos direitos humanos é reforçado por Ana Maria D'Ávila Lopes que obtempera: “[...] não existe consenso sobre o próprio conceito de direitos humanos, ainda que a maioria os defina como os direitos naturais que todo homem tem apenas pelo fato de ser tal” (LOPES, 2004, p. 10)

Em que pese o juízo ordinário de que direitos humanos e direitos

fundamentais se tratam de expressões sinônimas. Na visão de Ingo Sarlet, há uma diferença conceitual entre direitos humanos e fundamentais. Destarte, aponta que fundamentais são “[...] aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, enquanto direitos humanos se podem conceber como os que “[...] guardam relação com documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, [...] e que, portanto, aspiram validade universal, para todos os povos e tempos” (SARLET, 2007, p. 35-36).

2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNO NACIONAL: FORMALIZAÇÃO E HIERARQUIA

Dáí se pode perceber a importância dos tratados, especialmente, dos que versam sobre direitos humanos para a atual conjuntura constitucional nacional. Destarte, pode-se conceber tratado, nos termos da Convenção de Viena sobre o direito dos Trados de 1969, promulgada pelo Decreto n. 7.030/2009, como “[...] um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica” (BRASIL, 2009d).

No entendimento de Vanessa de Oliveira Batista tratado internacional “[...] é o acordo formal entre dois ou mais sujeitos do direito internacional público, com a finalidade de estabelecer obrigações, nos termos do direito internacional”. Ademais, assevera que “[...] o tratado se coloca como um gênero do qual são espécies demais manifestações dos Estados soberanos no âmbito internacional, como: convenção,

declaração, ato, pacto, estatuto, protocolo, acordo, dentre outros” (BATISTA, 2008, p. 09).

Nesse contexto, enuncia que “[...] por convenções entendem-se os atos internacionais, solenes e formais, de cuja elaboração podem participar diversos países, porque seu conteúdo se destina a todas as nações” e, ainda, que o termo “[...] tratado – é utilizado para os acordos solenes, por exemplo, tratado de paz”, enquanto a “[...] convenção – é o tratado que cria normas gerais, por exemplo, convenção sobre mar territorial” (BATISTA, 2008, p. 11).

Noutro sentido, acentua que “[...] a expressão `tratados internacionais` englobaria diversos tipos de instrumentos internacionais”. Aponta, por conseguinte, que “[...] os tratados, dependendo de seu conteúdo concreto e sua finalidade, são denominados de forma diversa” (BATISTA, 2008, p. 12). Em que pese a diversidade de nomenclatura, o direito constitucional brasileiro não faz distinção entre as espécies de documentos internacionais derivados de acordos entre as nações e os trata pela expressão singular de tratados internacionais.

A Constituição de 1988 determina no artigo 5º, § 2º, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Mais adiante, no § 3º, enuncia que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988).

Os tratados se formalizam e se internalizam no direito pátrio, segundo regras específicas expressamente preconizadas pela própria Constituição Federal, neste sentido, o artigo 49 delinea que “é da

competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;” e, a seguir, o artigo 84 estatui que “compete exclusivamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.” (BRASIL, 1988)

Desse modo, percebe-se que o tratado, inicialmente, precisa ser celebrado pelo Presidente da República ou outra autoridade, após, passa pela deliberação do Congresso Nacional que, por meio de um Decreto Legislativo, referenda a adesão ao respectivo tratado, o qual, depois pode ser ratificado pelo Presidente da República. Após a ratificação do tratado, ocorre a promulgação do mesmo, por intermédio de um Decreto Executivo e sua publicação no Diário Oficial, assim, o tratado conclui o seu ciclo de internalização e passa a ter eficácia no ordenamento jurídico interno. Entretanto, é importante pontuar que “[...] não há necessidade de promulgação e publicação dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, sendo a incorporação, pois, automática” (MONTEIRO, 2011, p. 135).

Há autores, ainda, que defendem que a mera ratificação seria suficiente para a aplicação dos tratados internacionais no direito interno. Assim, Flávia Piovesan pontua que “[...] a ratificação é ato necessário para que o tratado passe a ter obrigatoriedade no âmbito internacional e interno”. No mesmo sentido, complementa a autora, que “[...] celebrado, por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e, por fim, ratificado pelo Presidente da República, passa o tratado a produzir efeitos jurídicos” (PIOVESAN, 2015, p. 114-115).

No mesmo sentido, se manifesta Luiz Guilherme Arcaro Conci,

assinalando que, segundo a “[...] conjugação das normas jurídicas que se extraem dos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da Constituição Federal, os direitos decorrentes de tratados, dada sua aplicabilidade imediata, dependem unicamente da ratificação por parte do Estado brasileiro” (CONCI, 2015, *online*)

Entretanto, deve-se registrar que o STF no julgado da ADI n.º 1.480, da relatoria do Ministro Celso de Mello, enunciou: “[...] o *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais [...] conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto” (BRASIL, 2001). Constata-se, pois, que, no entendimento do STF, somente após a promulgação e publicação do tratado, por intermédio de decreto expedido pelo Presidente da República se poderia cogitar da vinculação e obrigatoriedade no plano do direito positivo interno dos tratados internacionais. Entretanto, deve-se considerar que a decisão do pretório é anterior à alteração promovida pela Emenda n. 45/2004, de modo, que o entendimento acima esposado pela doutrina é mais consentâneo com o atual quadro constitucional.

No que tange à hierarquia deferida aos tratados internacionais de direitos humanos a doutrina e a jurisprudência dissentem. Há os que elevam os tratados citados à condição de normas supraconstitucionais, sendo, portanto superiores aos ditames erigidos pelas normas da constituição interna. Assim, Agustín Gordillo, por um lado, assenta: “[...] *la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas que también son internas Pero es más, a partir de allí son ya derecho supranacional.*” (GORDILLO, 2005, p. I-13)

Por outro lado, alguns doutrinadores nacionais, ao interpretarem as normas do artigo 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal de 1988, conferem aos tratados de direitos humanos caráter constitucional.

Neste sentido, Flávia Piovesan certifica que “[...] conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988” Assim, o disposto no artigo 5º, § 3º, da Constituição, reconhece de modo expreso a “[...] natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando a existência de um regime misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados comerciais” (PIOVESAN, 2015, p. 130;147).

Todavia, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema em algumas ocasiões. Antes de 1977, a jurisprudência da Suprema Corte era no sentido da consagração do primado do Direito Internacional. Após, o julgamento do Recurso Extraordinário - RE n. 80.004, em 1977, revelou-se o entendimento pela equiparação do tratado à lei federal. A decisão do HC n. 72.131, em 1995, manteve a teoria da paridade hierárquica entre tratado e lei federal e, por último, mais recentemente, a decisão do RE n. 466.343, em 2008, na qual se consignou uma hierarquia especial e privilegiada aos tratados de direitos humanos, asseverando-se sua supralegalidade. (PIOVESAN, 2015, p. 144).

Tal é o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes que garante que tais tratados possuem um “efeito paralisante” da norma interna incompatível, neste sentido afirma: “[...] o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, [...], torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (BRASIL, 2009a).

Valério de Oliveira Mazzuoli, por seu turno, ao discorrer sobre a teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, indica como marco legislativo a Emenda n. 45/2004, que inseriu o §

3º ao artigo 5º da Constituição Federal e pontua que “[...] a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1º limite) e b) os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país” (MAZZUOLI, 2009, p. 137).

O autor, ainda observa, que, no que se refere ao primeiro limite, não há distinção se os tratados de direitos humanos forem ou não aprovados segundo a regra do artigo 5º, § 3º, pois, ainda que não tenham sido assim aprovados, remanescerá sua condição de norma materialmente constitucional. No que distinguirão dos tratados internacionais comuns, que ostentarão o *status* de supralegalidade (MAZZUOLI, 2009, p. 137).

Desse modo, percebe-se que os direitos humanos recebem proteção, tanto no âmbito internacional, como no âmbito interno, sendo, portanto, relevante considerar a teoria do controle de convencionalidade, no sentido de aferir as normas internas sob as balizas dos tratados internacionais de direitos humanos, no sentido de efetivar a concretização da realização de tais direitos.

Ao se opor à tese da supralegalidade exposta pelo STF o autor observa que a mesma peca por “[...] desigualar os tratados internacionais de direitos humanos”, criando um dúplice regime jurídico, “[...] impróprio para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece categorias de tratados que têm o mesmo fundamento ético” (MAZZUOLI, 2014, p. 474).

3 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade se mostra como um

“constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana”, nesse sentido, as autoridades públicas “[...] têm o dever de controlar a validade dos atos internos (leis, atos administrativos, constituições, decisões judiciais etc.) a partir das normas internacionais dos direitos humanos no plano regional” (CONCI, 2015, *online*).

Os legitimados a manejar o controle de convencionalidade, no âmbito do STF, com o fito de retirar a validade dos atos que contrariem tratados internacionais de direitos humanos são os mesmos que recebem tal prerrogativa a teor do disposto no artigo 103 da Constituição Federal. Saliente-se que o controle de convencionalidade compete à Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH e aos Estados e suas autoridades no âmbito das suas respectivas competências.

Cabe registrar que tal controle não é exclusivo do Poder Judiciário, sendo, assim, pode ser exercido no âmbito do Poder Legislativo, por exemplo, quando da apreciação de um projeto de lei, ou pelo Poder Executivo, quando da prática de atos administrativos. Assim, aos juízes locais e outras autoridades públicas, também, é permitida a realização do controle de convencionalidade.

Ressalte-se que controle de convencionalidade não se confunde com controle de constitucionalidade, pois o controle de constitucionalidade se refere à análise da compatibilidade das normas com a Constituição Federal, inclusive no âmbito do que se denomina de bloco de constitucionalidade, assim, o parâmetro do Controle de Constitucionalidade é a Constituição Federal mista, enquanto que, no controle de convencionalidade o parâmetro da convencionalidade não é a Constituição, mas um tratado internacional de direitos humanos.

Portanto, insta assinalar que, conforme se viu acima, para o controle de convencionalidade, segundo o entendimento de parte da

doutrina, não importaria ser o tratado internacional superior à lei ou à Constituição, pois a preferência de uma norma ou outra pelo aspecto da convencionalidade não se impõe a partir de um critério formal, e sim de um critério material.

Deve-se observar um critério que averigüe a maior proteção da pessoa humana (*pro persona* ou *pro homine*), associando a isso o efeito útil da aplicação do tratado internacional de direito humano, o aspecto da boa-fé e do *pacta sunt servanda*, uma vez que o Estado Nacional teria o dever de cumprir os compromissos assumidos no ambiente internacional. Luiz Arcaro Conci assenta que “[...] a jurisdição constitucional nacional, [...] tem a Constituição e o critério hierárquico como paradigmas, o controle de convencionalidade se constrói a partir de três pressupostos: (a) efeito útil; (b) *pro homine*; (c) boa fé ou *pacta sunt servanda*” (CONCI, 2015, *online*).

Entretanto, é importante anotar o entendimento de Mazzuoli (2009, p. 137), segundo o qual um tratado internacional incorporado com fulcro na regra do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, será parâmetro de controle de convencionalidade concentrado, enquanto que um tratado intencional de direitos humanos que não se insira por intermédio do dispositivo em comento, somente poderá ser paradigma para o controle de convencionalidade difuso.

Ademais, o controle de convencionalidade, diferentemente do controle de constitucionalidade, extrai o fundamento de normas emanadas do direito internacional e não do direito interno. Neste sentido, da diferenciação entre constitucionalidade e convencionalidade, “[...] o que difere o controle de convencionalidade do controle de constitucionalidade é exatamente o paradigma do controle. Se a partir do bloco de constitucionalidade não se está a falar em controle de

convencionalidade” (CONCI, 2015, *online*).

No ponto, se revela uma sutil distinção entre o entendimento de Luiz Guilherme Arcaro Conci e Valério Mazzuoli, pois este último sustenta que mesmo normas que já façam parte do bloco de constitucionalidade, por terem sido inseridas na constituição, sob os auspícios do § 3º, do artigo 5º, podem ser parâmetro para o controle de convencionalidade. Enquanto o primeiro, sugere um posicionamento que situa a realização do controle de convencionalidade fora do bloco de constitucionalidade, ou seja, fora do âmbito da constituição formal e da novel Constituição Mista do Brasil, considerando, portanto, apenas os tratados internacionais de direitos humanos internalizados sem a observância do disposto no artigo 5º, § 3º.

Outro ponto de relevo a ser observado é o das normas que efetivamente podem servir como parâmetros do controle de convencionalidade. Como já se viu, devem ser tratados internacionais de direitos humanos. Então, ficam excluídos tratados outros que não revelem a conotação de assegurar a proteção do ser humano ou as posições jurídicas que se reconhecem à pessoa, como, por exemplo, tratados de acordos comerciais entre os países.

Entretanto, ao se assegurar uma amplitude hierárquica diferenciada aos tratados internacionais de direitos humanos, tais são elevados a paradigmas do controle de convencionalidade. Contudo, necessário se manter um certo cuidado para não se dilatar em demasia o espectro de controle de convencionalidade, comprometendo, assim, a própria soberania do Estado nacional, mediante interferências indevidas do Direito Internacional (MAUÉS, 2013, p. 32).

Mas quais tratados internacionais de direitos humanos podem ser paradigma de tal controle? Parte da doutrina aponta que, para aqueles

Estados que estão submetidos ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como é o caso do Brasil, o parâmetro é a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH, além de seus protocolos e as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos - IDH (CONCI, 20015, *online*).

Entretanto, ao se conceber a ideia de que todos os tratados de direitos humanos são normas constitucionais, ou pelo menos normas materialmente constitucionais, tais se mostrariam como aptos a ser paradigma do controle de convencionalidade em conjunto com a CADH, seus protocolos e a sentenças da CIDH (PIOVESAN, p. 147; MAZZUOLI, p. 137). Neste sentido, Mazzuoli afirma: “[...] caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seus *status* serão de norma (apenas) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma de controle somente *difuso* de convencionalidade” (MAZZUOLI, 2009, p. 137).

Por outro lado, os tratados comuns, ou seja, que não se caracterizem como de direitos humanos, são paradigmas tão-somente do controle de legalidade das normas infraconstitucionais.

Deve-se firmar, ainda, que o controle de convencionalidade tem características especiais, sendo assim, não basta a mera contrariedade da norma de direito interno com o tratado internacional de direitos humanos para se afirmar sua inconvenção, mostra-se necessário, ademais, que se identifique “[...] se há proteção menos efetiva ou restrições mais intensas aos direitos humanos pelo direito interno” (CONCI, 2015, *online*).

4 AS CONVENÇÕES N.º 151 E 154 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO COMO PARÂMETROS DE

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A Convenção n. 151 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, trata de normas relativas à sindicalização e relação de trabalho no âmbito da Administração Pública, tendo sido aprovada na 64ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 1978, em Genebra e entrou em vigor no plano internacional em 25 de fevereiro de 1981. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 206, de 07 de abril 2010, do Congresso Nacional e ratificada em 15 de junho de 2010.

Por sua vez, a Convenção 154 da OIT trata do fomento à negociação coletiva no âmbito da Administração Pública. A referida norma foi aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 1981, em Genebra e entrou em vigor no plano internacional em 11 de agosto de 1983. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 22, de 12 de maio de 1992, do Congresso Nacional e ratificada em 10 de julho de 1992, tendo sido ratificada pelo Decreto n.º 1.256 de 29 de setembro de 1994. Desse modo, se pode perceber que os dois tratados se encontram internalizados ao direito nacional.

Superada a questão da internalização das normas de direito internacional, deve-se ponderar acerca da hierarquia que merecem gozar no ordenamento jurídico brasileiro os tratados veiculados por Convenções da OIT. Consoante já se pode observar, o entendimento de boa parte da doutrina nacional, como, por exemplo, Flávia Piovesan, Ingo Sarlet, e Cançado Trindade, que erigem os tratados internacionais de direitos humanos ao *status* de normas formalmente constitucionais, e Valério Mazuolli, para o qual, tais tratados não internalizados na forma do artigo 5º, § 3º, possuem *status* de norma materialmente (e não formalmente)

constitucional.

As convenções da OIT, que se revelem como tratados internacionais de direitos humanos, ainda, que não haja a internalização pela maioria qualificada do dispositivo constitucional acima citado, se revestiriam, neste sentido, de condição que superaria a mera supralegalidade com efeito paralisante, sendo normas, senão formalmente, pelo menos, materialmente constitucionais, e aptas a deflagrar o controle de convencionalidade, senão o concentrado, ao menos, o difuso.

Contudo, segundo o STF, esses tratados teriam hierarquia supralegal e com efeitos “paralisantes” das normas infraconstitucionais, como se evidenciou no julgado referente ao depositário infiel, no qual o ministro relator assentou: “[...] a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel [...] deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria” (BRASIL, 2009c).

Destaque-se, no mesmo sentido, o entendimento de Gésio Lima Veras e Ana Maria D'Ávila Lopes (2015, p. 06), segundo o qual as Convenções da OIT¹ gozam de *status* de norma supralegal, afirmam: “[...] as convenções n. 148 e n. 155 da OIT possuem natureza supralegal, na medida em que tratam sobre direitos humanos dos trabalhadores, devendo os efeitos de suas normas se irradiar por todo o ordenamento infraconstitucional”.

Dito isto, resta claro que as Convenções da OIT, a depender do entendimento sobre a sua posição hierárquica frente à Constituição, poderiam ser parâmetros para o controle de convencionalidade das normas de direito interno. Porém, constata-se que as Convenções n. 151 e 154, por serem convenções internacionais consagradoras de uma garantia e não

1 Ao analisarem as Convenções 148 e 155 da OIT em cotejo com a Constituição.

de um direito não poderiam afrontar o quadro constitucional positivado da Constituição Federal de 1988, não se aplicando a tais disposições o princípio *pro homine* ou *pro persona*.

Todavia, apesar de não fazerem parte do bloco de constitucionalidade, o qual está restrito, hoje, ao próprio texto da Constituição Federal de 1988, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT e à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007 e promulgada, no Brasil, pelo Decreto n. 6.949, de 25 de janeiro de 2009, as Convenções citadas poderiam ser parâmetro para o controle de supralegalidade das normas jurídicas internas (BRASIL, 2009b).

Ademais, Antônio Moreira Maués acentua que a “[...] supralegalidade possibilita que os tratados de direitos humanos sejam utilizados não apenas para interpretar as disposições legais, mas também a própria Constituição”. E noutro ponto, sustenta o doutrinador que “[...] os tratados de direitos humanos devem servir de parâmetro de interpretação constitucional no direito brasileiro, permitindo a harmonização das disposições constitucionais e internacionais” (MAUÉS, 2013, p. 32).

5 ADI N. 492 - ADEQUAÇÃO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA POR SERVIDORES PÚBLICOS E LIMITAÇÃO DOS DIREITOS DO TRABALHADOR PÚBLICO, SOB A PERSPECTIVA DA SUPRALEGALIDADE E DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O julgamento da ADI - Ação Direita de Inconstitucionalidade – n. 492 do STF, sob relatoria do Ministro Carlos Velloso decidiu,

por maioria, pela inconstitucionalidade das alíneas “d” e “e” da lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o estatuto do Regime Jurídico dos servidores Públicos da União, das autarquias e das Fundações Públicas Federais.

Os referidos dispositivos legais autorizavam a negociação coletiva no âmbito da Administração Pública, tendo a seguintes redação: “Art. 240. Ao servidor público civil é assegurado, nos termos da Constituição Federal, o direito à livre associação sindical e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrentes: [...] d) de negociação coletiva; [...]” (BRASIL, 1990).

Diante do recorte teórico realizado no presente estudo, limita-se a análise ao aspecto inerente à negociação coletiva de trabalho, do ponto de vista substantivo, material, sem perscrutar sobre a repercussão processual, ou seja, sobre a questão da competência da Justiça do Trabalho ou da Justiça Comum para tratar da matéria que poderá ser objeto de outro estudo.

5.1 Fundamentos do julgado: ADI n. 492²

A ação foi proposta pelo Procurador Geral da República, sob dois argumentos principais, primeiramente, que haveria incompatibilidade dos dispositivos com os artigos 37 e 40 da Constituição Federal, pois qualquer vantagem oferecida a servidor público deverá ser concedida por lei. Ademais, argui que a competência da Justiça do trabalho restringe-se a dissídios pertinentes a trabalhadores, ou seja, pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

A Advocacia Geral da União, por seu turno, opinou pela

2. As informações e argumentos dos juristas e ministros constantes deste subtópico foram extraídas do inteiro teor do Acórdão da ADI n.º 492.

improcedência da ADI, por entender que o fato de se estabelecer por lei o regime jurídico previsto no artigo 39 não retira da justiça especializada a competência fixada pelo artigo 114, Constituição Federal.

Por outro lado, a Subprocuradora Geral da República, à época, Odília Ferreira da Luz Oliveira, apresentou parecer pela procedência da ação, arguindo, em síntese, os seguintes argumentos: 1. Os direitos, vantagens e garantias dos servidores públicos são definidos unilateralmente pelo Estado-legislador. 2. Não há direito adquirido a regime jurídico; 3. As relações de direito público se caracterizam pela desigualdade jurídica das partes; ao passo que as relações de direito privado se pautam na igualdade jurídica, apesar de ser comum a desigualdade econômica. 4. Quando quis atribuir direitos específicos aos servidores públicos a CF o fez expressamente. (Art. 39, § 2º, 42, § 11); 5. Superioridade do Estado, em face do Interesse Público. 6. O processo trabalhista é incompatível com o regime estatutário e com a superioridade jurídica do Estado nas relações dele derivadas. 7. A extensão do artigo 114 às demandas que envolvam o Estado e os servidores estatutários viria a inferiorizá-lo indevidamente, pois o Estado atua com uso de poder público e posição de superioridade jurídica. 8. A Justiça do trabalho é representada por particulares que lá estão para defender os interesses privados, nunca o interesse público. 9. A menção feita à Administração Pública no artigo 114 se refere aos antigos servidores celetistas. 10. O STF e STJ já negaram na vigência da CF/88 a competência da Justiça do Trabalho para julgar servidores públicos estatutários e o Estado, reconhecendo a competência da justiça comum, federal ou estadual (BRASIL, 1992).

Este parecer aparenta ter sido o fio condutor do voto do ministro relator, que o cita em diversas passagens, além de citar, também, administrativistas clássicos. Assim, o ministro relator, Carlos Velloso,

julga procedente a ADI, basicamente pelos seguintes argumentos, muito assemelhados aos expostos pela subprocuradora em seu parecer: 1. O regime jurídico a que se refere o artigo 39, da Constituição Federal tem natureza estatutária. Nesse ponto, cita Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Adilson Abreu Dallari, Antônio Augusto Junho Anastasia e Carlos Pinto Coelho da Motta para dar apoio ao seu entendimento. 2. Os direitos, vantagens e garantias dos servidores públicos são definidos unilateralmente pelo Estado-legislador, que pode também alterá-lo unilateralmente a qualquer momento sem se cogitar de direito do servidor à manutenção do regime anterior. 3. A negociação coletiva é inconciliável com o regime jurídico estatutário do servidor público. 4. A negociação coletiva tem por escopo, basicamente, a alteração da remuneração; a remuneração dos servidores decorre de lei. Toda a sistemática de vencimentos e vantagens dos servidores públicos assenta-se na lei. 5. A constituição ao assegurar aos servidores públicos uma série de direitos atribuídos aos trabalhadores em geral não incluiu a negociação coletiva, Art. 39, § 2º c/c 7º, XXVI. 6. A administração pública se sujeita ao Princípio da Legalidade, não podendo transigir, no que diz respeito à matéria reservada à lei. 7. De acordo com o relator, trabalhador é o “prestador de serviços tutelado” de cujo conceito excluem-se os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio, extrai o referido entendimento da Lei do FGTS, Art. 15, § 2º. Assim, o STF exclui o servidor público do conceito jurídico de trabalhador e dos direitos e garantias que lhes são consectários. 8. O regime estatutário é incompatível com a conciliação que pressupõe capacidade para transigir (BRASIL, 1992).

O Ministro Marco Aurélio, em voto-vista, dissidente do voto do relator e, ao final vencido, apresenta como principais argumentos

os seguintes pontos e principais argumentos: aponta a previsão da Negociação Coletiva administrativa no direito comparado, assevera que, durante muito tempo, a sindicalização foi tida por incompatível com a noção de disciplina e hierarquia, cita a legislação de diversos países - França, Espanha, Inglaterra e Itália. No que tange, especificamente, à negociação coletiva, lembrou que “[...] os países com o setor público consolidado admitem a negociação coletiva, seja por meio de consultas, seja por intermédio de formalização de acordos gerais” (BRASIL, 1992).

Ademais, afirma que seria um retrocesso, conferir ao Regime Único de que trata a Lei n. 8.112/90 conteúdo estatutário, ao menos nos moldes que o revelavam e o qualificavam. Cita o artigo 39, § 2º c/c artigo 7º, da CF/88 e o artigo 13 da Lei n.º 8.112/90. Por outro lado, no que tange ao Direito à Negociação coletiva, este se mostra como um novo paradigma constitucional 1988, decorrente mesmo do Direito à sindicalização (37, VI), do Direito de Greve (37, VII) e, ainda, de um contexto de um Estado Democrático, no qual o Brasil se mostra inserido. O ministro, assim, lança a seguinte indagação: Qual o valor de tais direitos que todos os outros podem negociar e os servidores públicos não?

Cita, ainda, as convenções 151 e 154 da OIT, formalizadas em 1978 e 1981, respectivamente³. Aduz que a regra do artigo 169 da Constituição Federal visa limitar a atuação do administrador no sentido do respeito aos princípios norteadores da Administração Pública, especialmente, a moralidade e a impessoalidade, não sendo incompatível com a negociação Coletiva. Além disso, aponta que a negociação coletiva tem abrangência que extrapola a simples concessão de direitos. Pode mostrar-se como meio hábil até mesmo para encaminhamentos

3 Consoante noticiado no inteiro teor do julgado.

de projetos de lei contendo as condições de trabalho almeçadas, como ocorreu, inclusive, com o projeto que deu origem à Lei n.º 8.112/90. A negociação coletiva pode visar o afastamento do impasse, do conflito seguido de greve.

Anota, outrossim, que o Estado dever realizar atos responsáveis, devendo buscar a conciliação. Portanto, verifica que a negociação é um instrumento viabilizador de paz social. “A negociação coletiva, [...] para a busca do entendimento global, geralmente coloca em plano secundário interesses isolados e momentâneos” (BRASIL, 1992).

Registre-se, por oportuno, que o voto dissidente assevera que o legislador ordinário não estaria proibido de avançar no campo social e prever outros direitos além dos previstos constitucionalmente. Por fim, assinala que, em termos de direitos sociais, deve prevalecer a norma mais favorável ao trabalhador, sendo ainda, descabido dizer que os servidores públicos não são trabalhadores. Indica, noutra parte, que o artigo 7º, incisos VI e XIII faz referência ao direito ao acordo coletivo, no tocante à irredutibilidade salarial e à compensação de horários, respectivamente.

Desse modo, o Min. Marco Aurélio abre importante divergência ao dispor que entende a negociação coletiva como compatível e, até mesmo assegurada pela própria constituição e sustenta isso ao dizer que tal garantia se revela, senão implicitamente, quando assegura os direitos de sindicalização e greve aos servidores públicos, expressamente, quando faz remissão às mesmas no artigo 7º, incisos VI e XIII, ressaltando, entretanto, que desde que isso ocorra mediante Acordo Coletivo.

Os votos dos demais ministros não acrescentaram muito ao embate argumentativo, limitando-se a seguir o relator, como ocorreu com os ministros Ilmar Galvão, Celso de Mello, Paulo Brossard, Moreira

Alves e Sidney Sanches ou a divergência, em parte, no que concerne à competência da Justiça do Trabalho.

Pelo que se percebe, sagrou-se vitoriosa a tese da inconstitucionalidade da alínea “d” do artigo 240, da Lei n.º 8.112/90. Entretanto, necessário se faz analisar esta decisão à luz de preceitos Direito Internacional e, até mesmo, de tratados internacionais de direitos humanos. Pelo que se percorreu, os tratados constantes das Convenções n. 151 e 154 da OIT, chegaram a ser aventados no voto divergente, mas não houve uma análise aprofundada da matéria sob tal ótica.

Não se discute, entretanto, erro ou acerto da decisão, mas se pondera que outra poderia ter sido a solução adotada pelo tribunal, caso levasse em consideração as convenções de direito internacional, prestigiando as normas de direitos humanos nelas consignadas.

5.2 Da interpretação conforme

Não haveria qualquer óbice aqui, por exemplo, à utilização da técnica de interpretação conforme a constituição. Assim, deve-se questionar, por que o STF não se utilizou da interpretação conforme nesse caso? A interpretação conforme é técnica de interpretação constitucional que se mostra como uma espécie de interpretação sistemática e procura o sentido e alcance de determinada norma no ápice do ordenamento jurídico, ou seja, na constituição (RIBEIRO, 2009, p. 157). De acordo com Paulo Bonavides (2001, p. 473), a “[...] interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição [...] significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação em harmonia com a Constituição”.

Vieira Junior (2013, p. 19) aponta que “[...] as primeiras decisões

que recorreram à técnica da interpretação conforme a Constituição datam da metade da década de 90 do século passado”. A título exemplificativo pode-se citar a decisão da ADI n. 1.586, de 07 de maio de 1997, de relatoria do Ministro Sidney Sanches, que ressalta a aplicação da técnica: “Não há necessidade, porém, de se suspender o § 1º do art. 131⁴, como se pede na inicial. Basta que se lhe dê uma interpretação conforme à Constituição Federal, excluídas todas as demais” (BRASIL, 1997).

Neste toar, percebe-se que a corte à época do julgado na ADI n.º 492, ainda não aplicava o novel método hermenêutico constitucional denominado de interpretação conforme, ou se já o aplicava, ainda havia àquela época uma aplicação incipiente do referido instituto. Ademais, somente em 1999, a partir da lei n. 9.868/99 previu a referida técnica de maneira expressa no ordenamento jurídico nacional no artigo 28, parágrafo único. Entretanto, o voto divergente do Ministro Marco Aurélio cogitava justamente desta compatibilização entre o instituto da negociação coletiva no setor público e a Constituição Federal.

5.3 Análise da limitação de garantia fundamental do servidor público no julgado da ADI n. 492, STF

A decisão da ADI n. 492 limita sobremaneira as garantias dos servidores públicos ao lhes negar a possibilidade da utilização da negociação coletiva de trabalho, pois o exercício do próprio direito de greve, consoante a legislação específica, pressupõe a negociação. Com visto, o argumento central da decisão se pauta na existência de um regime jurídico único, estatutário, definido por lei, consagrador de supremacia e que, portanto, a Administração Pública não pode dispor da prerrogativa

4 Referindo-se ao artigo 131, § 1º da Lei nº 5.810/94, do Estado do Pará.

que lhe é conferida.

A decisão mencionada se funda no dogma da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado, tornando-os obstáculo intransponível para a possibilidade da negociação no âmbito administrativo.

Além disso, afirma que não há direito adquirido a regime jurídico, entretanto, a mutabilidade do regime administrativo não se mostra com óbice à negociação, pelo contrário, a própria natureza mutável do regime jurídico administrativo permite melhorias e avanços que podem seguir os intuitos das normas de direito que revelem uma maior concretização dos direitos e garantias sociais, fundamentais e humanos.

Por outro lado, a negociação coletiva não se mostra incompatível com o regime jurídico estatutário, uma vez que a negociação pode ser realizada no sentido de estabelecer melhores condições de trabalho aos servidores públicos, sem, contudo, desprezar as normas do processo legislativo e a prerrogativa de iniciativa legislativa do chefe do Poder Executivo. Nesse sentido argumenta Arnaldo Boson Paes:

Do ponto de vista da relação entre funcionário-Estado, observa-se que a teoria estatutária, unilateral, prende-se a um substrato autoritário de Estado, vinculado ainda a instituições do Estado absolutista e do Estado liberal, que propicia a manutenção, no contexto da Administração Pública, de práticas tipicamente autoritárias, em que restringe a participação coletiva dos trabalhadores na definição do conteúdo da relação jurídica. Ao vincular-se a instituição do regime estatutário à necessidade de proteger o interesse público, que está integralmente (PAES, 2013, p. 57).

Noutro ponto, deve-se ressaltar que o relator da ADI n.º 492,

afirma que a negociação coletiva tem por objetivo, basicamente, a alteração da remuneração. Tal afirmação não se mostra verdadeira, pois, na verdade, muitos outros pontos da relação de trabalho travada entre servidor público e Administração podem ser objeto desta negociação, por exemplo, a implantação de planos de carreiras, condições de trabalho, planos de saúde, planos de capacitação, dentre outras matérias relevantes para o bom desempenho do serviço público.

Todavia, nada obsta, inclusive, que a remuneração seja objeto de negociação, pois eventuais acordos podem ser firmados para reajustes futuros que tenham previsões em orçamentos de anos posteriores, como forma de reposição de perdas salariais e no contexto de uma construção legal e orçamentariamente viável para o Estado. Desse modo, “[...] a negociação coletiva tem sofrido profundas transformações em decorrência da reestruturação econômica e internacionalização da economia, ensejando a redefinição do papel do Estado, a redução do setor público e a crescente autonomia dos sindicatos” (PAES, 2013, p. 51).

No que tange à propagada superioridade da Administração Pública, deve-se ressaltar que, conforme resalta Gustavo Binenbojm (2005, p. 01) a Administração pública passa, nas últimas décadas, por uma mudança de paradigmas, o que se reflete numa desconstrução ou mesmo reedificação, ou remodelação do princípio da supremacia do interesse público pelo privado, posto que este se recoloca, no sentido de se transpor da burocracia autoritária para um dever de proporcionalidade a ser asseverado pela Administração Pública.

A doutrina contemporânea aponta, ainda, que a supremacia da Administração Pública, pautada no interesse público, não pode ser utilizada para se cometer arbítrios e infringências, em especial, aos direitos fundamentais e humanos. Ademais, a multiplicidade de interesses

revela a importância da atividade estatal se realizar em consonância com a proporcionalidade. Neste sentido, Alexandre Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binbenbojm, Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier e Marçal Justen Filho (BORGES, 2007, p. 2).

A ideia de que a Constituição não atribui aos servidores o direito à negociação coletiva, em face do cotejo do disposto no artigo 39, § 2º, com o artigo 7º, inciso XXVI não deve prosperar, pois se trata de uma interpretação literal, rasa e pobre de tais dispositivos, pois não considera o contexto e a sistemática constitucional, pois a garantia da negociação resta assegurada, expressamente, aos servidores públicos nos termos do artigo 39, § 2º c/c artigo 7º, XIII, da Constituição Federal e se extrai, também, da própria garantia ao direito de greve e à sindicalização. Assim, o disposto na alínea “d” do artigo 240 da Lei n.º 8.112/90 poderia ter sido considerado à luz daquilo que na Constituição consta e garante ao servidor público, enquanto ser humano e trabalhador.

O juízo de que a Administração Pública não pode transigir, em face do princípio da legalidade, ou do princípio da indisponibilidade do interesse público, está superada, pois nada obsta que o faça quando se tratem de direitos patrimoniais disponíveis, neste sentido é o texto da Lei n.º 13.129/2015, que consubstancia esse posicionamento no seu artigo 1º, § 1º, enunciando que: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. A Administração não pode dispor, sim, é do interesse público, assim, toda conduta realizada pela Administração, enquanto tal, não pode ser contaminada pelo desvio de finalidade, deve-se pautar no interesse da coletividade e não na busca da satisfação de interesse pessoais, individuais ou particulares, de maneira a infringir a necessária impessoalidade.

Resta, ainda, considerar que a Lei do FGTS, Lei Nº 8.036, de 11 de maio de 1990, no seu artigo 15, § 2º afasta da sua aplicabilidade o servidor público por uma simples razão, em virtude do mesmo ser detentor de uma estabilidade constitucionalmente assegurada, regime que não se aplica aos celetista, que por terem uma relação de trabalho precária podem ser beneficiados pelo sistema indenizatório do FGTS. Entretanto, tal norma não altera os conceitos esposados pela Consolidação das leis do Trabalho - CLT e, muito menos, exclui o servidor público do conceito de trabalhador em sentido *lato*, posto que este oferta sua força de trabalho ao tomador de serviços da Administração Pública, tal qual faz o empregado na seara privada, sendo, pois merecedor das mesmas garantias inerentes à sua condição de ser humano e trabalhador no contexto Constitucional e legal.

Os dias de hoje revelam novos rumos para a Administração Pública; rumos dos quais não se pode afastar da concretização, pelo próprio Estado, das condições necessárias ao exercício digno das atividades laborais no âmbito da Administração Pública. Ademais, a partir do advento Emenda à Constituição n.º 19/98 a Administração Pública rompeu, ao menos no plano legal-constitucional, com o passado de burocracia, patrimonialismo e autoritarismo reinantes no passado. A implantação do Princípio da Eficiência ao artigo 37 da Constituição Federal insere a gestão pública em um modelo gerencial, que possibilita uma atuação administrativa mais próxima dos ideais de produtividade e qualidade, que regem o setor privado, sendo assim, a negação à negociação coletiva constitui-se num obstáculo à concretização desta Administração Pública célere e eficiente, conforme preconizado pela reforma administrativa constitucional.

Por outro lado, deve-se ressaltar e reforçar que a negociação

coletiva de trabalho no âmbito da Administração Pública não é incompatível com a Constituição Federal, pois pode certamente se ajustar aos parâmetros constitucionais que regem a atividade administrativa estatal. Neste sentir, a negociação coletiva poderia ser aplicável aos servidores públicos estatutários, desde que observassem determinados limites constitucionais, como o princípio da reserva legal; a prerrogativa de iniciativa legislativa do chefe do Poder Executivo; o orçamento público e a Lei de Responsabilidade Fiscal (VIEIRA JÚNIOR, 2013, p. 26). Dentro destes parâmetros se pode abrir margem à negociação. Percebe-se, pois, que o STF poderia ter construído um conceito temperado ou mitigado de negociação coletiva no setor público, mas não o fez.

Além de tudo o que foi exposto, não se pode negar que o Estado brasileiro se constitui sob um Estado Democrático de Direito, sendo assim, o princípio democrático está no âmago da constituição jurídica do Estado. Assim, o exercício do poder estatal deve se manifestar de forma democrática. A democracia “[...] define a forma de um regime que fundando a autoridade do governo no povo, garante a presença dos governados no exercício do poder” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 13).

A negociação coletiva é um instituto eminentemente democrático de participação dos servidores na construção de soluções negociadas para a condição laboral contemplada na Administração Pública. E, de fato, a negociação já é uma realidade. Cite-se, por exemplo, a atuação de diversas Mesas Permanentes de Negociação que já existem e se conformam com o teor dos tratados internacionais estudados no presente trabalho. Neste sentido, o Estado do Ceará criou em 2007, por intermédio da Lei n.º 13.931, de 26 de julho de 2007, com regulamento no Decreto n.º 28.904, de 04 de outubro de 2007, Mesas de Negociação Permanentes entre os servidores públicos estaduais e o Estado. Ângela

Márcia Fernandes Araújo (2015, p. 03) destaca que tais mesas foram criadas “[...] na busca de democratizar as relações de trabalho, entre a administração e seus servidores [...] atendendo a uma reivindicação histórica dos trabalhadores”.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho, na OJ n. 05 da seção de dissídios coletivos já reconheceu a possibilidade jurídica de realização de Negociação coletiva por pessoas jurídicas de direito público para apreciação de cláusulas de natureza social (BRASIL, 2012).

Por outro lado, não se deve negar que a negociação é uma forma de resolução adequada de disputas preconizada pelo Conselho Nacional de Justiça como um mecanismo de autocomposição e que refletem positivamente na redução do número de demandas judiciais, sendo um relevante instrumento de Acesso à Justiça, que “[...] passa a ser concebido como um acesso a uma solução efetiva para o conflito por meio de participação adequada – resultados, procedimento e sua condução apropriada – do Estado” (AZEVEDO, 2013, p. 29).

5.4 O olhar para o futuro: os tratados internacionais de direitos humanos, supralegalidade, o controle de convencionalidade e os Projetos de Lei do Senado Federal

Apesar da decisão dissidente do Ministro Marco Aurélio citar as Convenções n.º 151 e 154 da OIT estas não foram levadas em consideração no julgamento da ADI n. 492, provavelmente, em decorrência da questão da internalização dos tratados referidos nos moldes da interpretação conferida pelo STF, nesse aspecto. Todavia, entende-se que as referidas convenções poderiam ter sido utilizadas como norte interpretativo, no sentido, de compatibilizar os ditames do artigo

240, “d” da Lei n.º 8.112/90 à Constituição Federal. Contudo, não foi o que ocorreu; o STF optou por decidir pela inconstitucionalidade material do dispositivo legal sob comento.

Ocorre que, com o passar dos anos, muita coisa se alterou no quadro legislativo nacional e internacional. Os direitos humanos cada vez mais ganham dimensão de destaque e prevalência. Adite-se, conforme já visto, no campo interno, a Emenda Constitucional n.º 19/98, que incluiu o princípio da Eficiência no rol de princípios expressos que devem pautar a atividade da Administração Pública, remodelando a gestão pública no Brasil; o artigo 28, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/99 passou a prever de forma expressa a interpretação conforme como técnica de interpretação; A emenda constitucional n. 45/04 inseriu o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, conferindo *status* de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos que se submetem ao procedimento legislativo afeto às Emendas Constitucionais; desenvolveu-se, no âmbito do Direito Internacional a Teoria do Controle da Convencionalidade.

Além de todas essas inovações legislativas; em 2013, o Decreto 7.944, em 07 de março de 2013, ratificou a Convenção 151 da OIT, concluindo, portanto, o seu processo de internalização no direito pátrio. Com isso, se percebe que, apesar da decisão proferida pelo STF na ADI 492, os tratados internacionais de direitos humanos que tratam da matéria das convenções coletivas no âmbito da Administração Pública foram devidamente internalizados. E, pelo menos, até então, não há qualquer contestação quanto a sua constitucionalidade. Sendo assim, as convenções n.º 151 e 154, da OIT, referidas neste trabalho, se mostram como uma norma supralegal com efeitos paralisantes das normas infraconstitucionais que lhes forem contrárias.

Portanto, o cenário legislativo, no presente momento, encontra-se alterado, de modo que agora há um parâmetro ainda mais definido de adequação das negociações coletivas administrativas às relações jurídico-administrativas estatutárias. Logicamente, a presente matéria ainda poderá ser alvo de questionamentos perante o Supremo Tribunal Federal, entretanto, será que a posição pela inconstitucionalidade será mantida?

De acordo com o STF, consoante já se ressaltou, os tratados internacionais de direitos humanos têm estatura de norma supralegal com efeitos paralisantes da legislação interna posterior ou anterior que contrarie o tratado. Por outro lado, diversos entendimentos doutrinários, esposados anteriormente, fundam a ideia de que tais tratados possuem natureza, senão formalmente constitucional, pelo menos materialmente constitucional, e, mesmo não tendo sido aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, têm o condão de se sustentar como parâmetro de um eventual controle de convencionalidade das normas internas.

Atualmente, há no Senado Federal, projetos de Lei que tratam da matéria, merecendo destaque dois destes projetos, primeiramente o Projeto n.º 287/2013, de relatoria do Senador Paulo Paim, que dispõe sobre as relações do trabalho, o tratamento de conflitos, o direito de greve e regulamenta a Convenção n.º 151 da Organização Internacional do Trabalho -OIT, estabelecendo as diretrizes da negociação coletiva no âmbito da administração pública dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e um outro projeto de n.º 397/2015 de relatoria do Senador Antonio Anastasia, que Estabelece as normas gerais para a negociação coletiva na administração pública direta, nas autarquias e fundações públicas dos Poderes da União, dos Estados, do

Distrito Federal e dos Municípios.

Este último projeto apresenta uma densa justificação, com base histórica, legislativa, doutrinária e jurisprudencial, inclusive abordando o julgado da ADI n. 492, do STF e se propondo a avançar na matéria, determinando a regulamentação de um mecanismo normas gerais de negociação coletiva no setor público constitucionalmente viável.

CONCLUSÃO

A emenda constitucional n.º 45/04 reconheceu a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos que ingressam no ordenamento nacional, nos termos do artigo 5º, § 3º, o *status* de norma constitucional. A referida alteração da Constituição deflagrou, no Brasil, a teoria do bloco de constitucionalidade, alterando a natureza da Constituição brasileira, que passou a ser classificada como uma constituição mista.

Ademais, se passa a cogitar de uma nova forma de controle das normas internas que se passou a denominar controle de convencionalidade, que se distingue do controle de constitucionalidade, pois o seu parâmetro de julgamento leva em conta não somente a Constituição, mas, também, normas de direito internacional.

Os tratados internacionais de Direitos Humanos são normas verdadeiramente constitucionais, em que pese o STF confira aos mesmos o *status* de norma meramente supralegal e com efeitos paralisantes.

No caso do Brasil, tendo em vista que a proteção do direito interno, especialmente, em relação à negociação coletiva, é menos efetiva que no direito internacional, faz-se necessário se valer do Controle de

Convencionalidade para invocar a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno.

As convenções 151 e 154 da OIT asseguram aos servidores públicos a garantia fundamental à negociação coletiva de trabalho no âmbito da Administração pública e devem ser utilizadas como parâmetro de eventual Controle de Convencionalidade.

O julgamento da ADI n.º 492, do STF, não levou em consideração a conjuntura internacional, ou seja, os tratados firmados pelo Estado brasileiro. Desse modo, percebe-se que não há óbice à implementação da Negociação Coletiva de trabalho no serviço público brasileiro, pois há compatibilidade do instituto com a Constituição Federal de 1988. Ademais, a Negociação se mostra como uma garantia fundamental assegurada por tratados de Direitos Humanos aos servidores públicos.

Assim, pelo que se pode concluir a negociação coletiva é um mecanismo que fomenta a própria democracia, ao permitir a construção de soluções pelas próprias partes interessadas no conflito e a participação dos servidores no exercício das decisões públicas. Se mostra, ainda, como uma forma adequada de disputa, que desafoga o Judiciário e garante o Acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARAÚJO, Ângela Márcia Fernandes. Mesa estadual de negociação

permanente: avanços e desafios na relação governo e servidores. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 2., 2009, Brasília. **Anais...** Brasília: CONSAD, 2009. Disponível em: <http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_II_congresso_consad/painel_42/mesa_estadual_de_negociacao_permanente_avancos_e_desafios.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2015.

AZEVEDO, André Goma de, *et. al.* **Manual de mediação**. Brasília: FUB, CEAD, 2013.

BATISTA, Vanessa Oliveira; BOITEUX, L.; PIRES, Thula Rafaela. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 10, n. 90, p.01-44, abr./maio, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 15, p.1-23, mar. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia do Interesse Público - Alice Gonzalez Borges.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2015.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1988). Constituição Federal nº 1988, de 05 de janeiro de 1988. **Constituição Federal de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional (1990). **Lei nº 8.112, de 11 de outubro**

de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 492. Relator: Ministro CARLOS VELLOSO. Brasília, DF, 12 de novembro de 1992. **DJ.** Brasília, 12 mar. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=492&classe=ADI>>. Acesso em: 25 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 1.840/DF. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. Brasília, DF, 18 de maio de 2001. **DJ.** Brasília, 18 mai. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+1480.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+1480.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9po6jb>>. Acesso em: 25 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hc 123.246, Habeas Corpus. Relator: Ministro GILMAR MENDES. Brasília, DF, 15 jan. 2009. **DJ.** Brasília, DF, 15 jan. 2009a. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAAahUKEwibqY-S-vvIAhXGS5AKHdUdAWI&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fprocesso%2FverProcessoTexto.asp%3Fid%3D2560843%26tipoApp%3DRTF&usg=AFQjCNHMbs3PHY6VML0vO2ILOwWDtMYZBQ&cad=rja>>. Acesso em: 26 out. 2015.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Decreto nº 6.949, de 25 de janeiro de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Decreto Nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Brasília, DF, 25 jan. 2009b. Disponível em: <<http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 12 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 466.343, Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Ministro GILMAR MENDES. Brasília, DF, 03 dez. 2008. **DJe**. Brasília, DF, 05 jun. 2009c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 16 out. 2015.

BRASIL. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (2009). **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009d**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em 20 set. de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial - Oj nº 05. Brasília, DF, 14 de janeiro de 2012. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho - Djet**. 2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_01.html#TEMA5>. Acesso em: 01 nov. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista dos Tribunais On Line: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, p.1467-1497, ago. 2015. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/ /document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000150b919449b7f38cca3&docguid=I505be43047cf11e59b470100000000000000000000&hitguid=I505be43047cf11e59b470100000000000000000000&spos=1&epos=1&td=87&context=3&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/ /document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000150b919449b7f38cca3&docguid=I505be43047cf11e59b47010000000000&hitguid=I505be43047cf11e59b470100000000000000000000&spos=1&epos=1&td=87&context=3&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 13 set. 2015.

GORDILLO, Agustín. **Derechos humanos**. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Decho Administrativo, 2005.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOPES, Ana Maria D. Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 164, p. 7-15, 2004.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: LOPES, Ana Maria D. Ávila; MAUÉS, Antônio Moreira (Org.). **A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 27-50. Disponível em: <consociodh.ufpa.br/livros/A_Eficacia_Nacional_e_Internacional_dos_Direitos_Humanos.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 141, n. 46, p.113-139, mar. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. **Direito dos tratados**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MESQUITA, Daniel Augusto. Incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro: interpretação da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal e consequências da Emenda Constitucional 45/2004 na proteção dos direitos fundamentais. **Instituto de Brasiliense de Direito Público**, Brasília, ago. 2005. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/>

view/63/40>. Acesso em: 22 out. 2015.

MONTEIRO, Marcos Antônio Corrêa. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAES, Arnaldo Boson. **Negociação coletiva na função pública: abordagem crítica do modelo brasileiro a partir do paradigma espanhol**. São Paulo: LTr, 2013

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Júlio de Melo. Interpretação conforme à Constituição: a lei fundamental como vetor hermenêutico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 184, p.149-170, dez. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194954>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VERAS, Gésio de Lima; LOPES, Ana Maria D'Ávila. A suprallegalidade das convenções da OIT e o direito fundamental à acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 12., 2015, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: UNIFOR, 2015. Disponível em:<http://www.unifor.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6875&Itemid=1847&limitstart=2> Acesso em: 14 set. 2015.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **A constitucionalidade da negociação coletiva no setor público brasileiro**. 2013. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 12 out. 2015.

Como citar: MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; LIMA, Alexandre Augusto Batista de. A negociação coletiva no âmbito da administração pública à luz da supralegalidade e do controle de convencionalidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.131-175, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p131. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 09/03/2016

Aprovado em 28/08/2016

**O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NAS
LOCAÇÕES EM *SHOPPING CENTER*:
CONTROLE DE CLÁUSULAS
ABUSIVAS E A PROMESSA DE LOJA
ÂNCORA**

CONTRACTUAL BALANCE ON LEASE
AGREEMENT IN SHOPPING CENTER:
CONTROL OF UNFAIR TERMS AND THE
PROMISE OF FLAGSHIP STORE

* Doutor e Mestre em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino (Itália). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Coordenador editorial da Revista Brasileira de Direito Civil (RBD Civil). Autor de obras jurídicas e de diversos artigos em periódicos especializados.
E-mail: c.konder@gmail.com.

** Mestre em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procuradora do Município do Rio de Janeiro (PGM-Rio). Advogada.
E-mail: dpereirap@hotmail.com.

Carlos Nelson Konder*

Deborah Pereira Pinto dos Santos**

Como citar: KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.176-200, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p176. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo objetiva tratar do princípio do equilíbrio contratual nas relações civis e empresariais, quando exista assimetria de poder negocial entre os contratantes fora do âmbito das relações de consumo. Para tanto, apresenta-se o exemplo do contrato de locação

firmado entre o lojista e o dono do *shopping center* para debater a relevância da diferença de força entre as partes e, em especial, como a cláusula de promessa de loja âncora se insere dentro do equilíbrio firmado contratualmente.

Palavras-chaves: Equilíbrio contratual; contrato de locação; *shopping center*.

Abstract: This paper analyses the contractual balance principle in business-to-business contracts; thus, studying in detail the asymmetry of bargaining power between different parties, which can be foreign to a consumerist relationship. This study also explores the case of a lease agreement that happened between a tenant-shop and a mall owner. Therefore, with the already mentioned example, we aim to discuss the importance and relevance of the different bargaining strength between parties - in particular, as this specific anchor store had a promise clause, which faithfully falls within the equilibrium of the agreed contract.

Keywords: Contractual balance; lease agreement; shopping center.

INTRODUÇÃO

A significativa renovação pela qual vem passando a teoria geral dos contratos foi proporcionada especialmente pela importância que os princípios assumiram na atividade interpretativa. De referências subsidiárias, no molde preconizado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (D. 4.657/1942), os princípios tornaram-se verdadeiros protagonistas do direito contratual. Um rápido exame da jurisprudência recente revela uma enxurrada de referências, nos últimos anos, à boa-fé objetiva, à função social do contrato, à proteção da parte vulnerável e ao equilíbrio econômico, entre outros.

Esse cenário promissor, no entanto, deve ser observado com cautela, para que a invocação generalizada de normas principiológicas não sirva de panaceia, esvaziando-as de seu conteúdo normativo, na medida em que utilizadas apenas para corroborar retoricamente posições pessoais do julgador. É imperioso enfrentar a necessidade de conferir parâmetros e critérios para a aplicação dos princípios que, ainda que flexíveis, permitam maior cientificidade e segurança à atividade jurisdicional.

De todos, o equilíbrio econômico é o que se encontra em zona de maior penumbra. Sua invocação normalmente aparece de forma meramente retórica, sob o pálio da genérica aspiração de que os contratos sejam justos ou como reforço à aplicação de outra norma ou instituto específico, tais como a lesão, a onerosidade excessiva, a redução das cláusulas penais e o limite das taxas de juros. Essa invocação genérica prejudica a normatividade do princípio, cuja relevância pressupõe a construção de parâmetros específicos que levem em conta a função do contrato concreto, diante da grande heterogeneidade das relações

contratuais.

Nesse sentido, é imperioso reconhecer que, entre as relações verdadeiramente paritárias e aquelas estabelecidas entre sujeitos completamente desiguais – como é exemplo paradigmático a relação de consumo –, existe uma grande variedade de matizes, envolvendo partes com distintos poderes de barganha, e que impõe, conseqüentemente, atuação diversa do intérprete diante do caso concreto. Coloca-se, assim, o problema de como a aplicação do princípio do equilíbrio contratual deve ser sensível às diversas formas de assimetria de poder negocial entre os contratantes fora do âmbito das relações de consumo.

O presente artigo objetiva demonstrar a relevância dessa diferença de força entre as partes na aplicação do princípio do equilíbrio econômico tomando como exemplo o contrato de locação firmado entre lojista e o proprietário do *shopping center*. Mais especificamente, o objeto de análise é a cláusula de promessa de loja âncora e seu significado e importância na construção desse delicado equilíbrio firmado contratualmente.

1 EQUILÍBRIO CONTRATUAL E ASSIMETRIA DE PODER NEGOCIAL

A grande resistência à ideia de um princípio que, dotado de força normativa, imponha algum tipo de equilíbrio no âmbito do contrato encontra-se enraizada na generalidade presente no debate sobre esse tema.¹ Na doutrina tradicional observa-se o início do clamor para que, em certas situações, a autonomia privada não prevaleça sobre a exigência de

¹ Conforme Pietro Perlingieri, a jovem doutrina destaca a primazia da pessoa humana e das instâncias solidaristas e sociais, mas as técnicas de concretização são vagas e dependem de cláusulas gerais (PERLINGIERI, 2002, p. 133).

justiça no contrato, mas a conclusão final costuma ser, tomando o exemplo da compra e venda, que o preço não pode ser vil, mas não precisa ser justo. Isso envolve a dificuldade com a própria colisão em potencial do equilíbrio contratual com o dogma da autonomia da vontade, razão pela qual se relata, mesmo no estrangeiro, que “[...] na maior parte dos casos, em lugar de ser a razão da decisão, [o princípio] torna-se descritivo e faz remissão, no conteúdo substancial, a outros princípios” (PERLINGIERI, 2002, p. 136).

Assim, as conquistas do princípio do equilíbrio econômico tiveram que ser construídas em concreto, em casos específicos, e, por conta disso, sob o modelo de exceções à regra geral da prevalência da vontade. Isso se exemplifica historicamente no âmbito do direito brasileiro, com a revogação parcial e paulatina do Código Civil de 1916 por diplomas que vão desde a Lei da Usura (D. 22.626/33) até a Lei de crimes contra a economia popular (L. 1.521/51) (LÔBO, 2012, p. 6184-6185). Trata-se de grandes conquistas para a solução de problemas econômico-sociais específicos, mas que mantém a primazia da intangibilidade do conteúdo do contrato nas situações não albergadas pelas hipóteses específicas ali tratadas.

O Código Civil de 2002 contribuiu para a manutenção dessa postura, pois a despeito de ter positivado os vícios da lesão e do estado de perigo, assim como a resolução do contrato por onerosidade excessiva (LÔBO, 2012, p. 6199), impôs, para a aplicação dessas normas, requisitos subjetivos muito limitados para além do desequilíbrio em si, quais sejam, a necessidade, a inexperiência e a imprevisibilidade. Dessa forma, a melhor doutrina já destacou que os institutos em questão “[...] não reprimem o desequilíbrio objetivamente, reprimem-no apenas enquanto resultado de uma ‘falha’ na manifestação de vontade dos contratantes”

(SCHREIBER, 2013, p. 121). Faltou ao legislador a iniciativa de, tal como fez com a boa-fé e a função social do contrato, incorporar uma cláusula geral, para facilitar o reconhecimento do princípio e impulsionar o desenvolvimento de critérios para sua aplicação. Trata-se de uma lógica que foi descrita por Vincenzo Roppo (2005, p. 47):

O equilíbrio contratual somente poderia ser atacado nos casos de desequilíbrio superveniente, devendo-se usar como parâmetro inquestionável a restauração do equilíbrio originalmente estabelecido; desequilíbrio originário decorrente de circunstâncias anômalas e lesivas para o contratante que as sofre, no tocante à sua liberdade e seu conhecimento das opções contratuais; desequilíbrio originário referente à normas de ordem pública especiais que fixam valores para fins de política socioeconômica. Fora desses casos o equilíbrio econômico é inatacável.

Na falta do legislador, todavia, incumbe à doutrina e à jurisprudência a construção de parâmetros eficazes e seguros para a aplicação do equilíbrio nas relações contratuais e o primeiro passo para isso consiste em superar a concepção de excepcionalidade e especialidade da incidência do referido princípio. Tal princípio abrange toda e qualquer relação contratual e pondera-se, com paridade de forças *prima facie*, com a autonomia privada e a intangibilidade do conteúdo do contrato.

Não há como estabelecer, *a priori*, se em determinado contrato irá prevalecer a observância estrita dos termos originalmente convencionados ou se caberá a intervenção reequilibradora do juiz. Os princípios são espécies normativas que impõem ao intérprete diferenciar seu contexto de justificação (o respaldo do ordenamento)

do seu contexto de aplicação, cujas condições pressupõem uma análise argumentativa à luz das peculiaridades do caso concreto (GÜNTHER, 2004 e HABERMAS, 1998).

O equilíbrio contratual fundamenta-se nas normas constitucionais da isonomia substancial e da solidariedade social (MORAES, 2010, p. 252) e, diante disso, sua incidência não pode restar limitada a esferas específicas, como contratos usurários, contratos de trabalho ou mesmo contratos de consumo. Todo e qualquer contrato deve ser equilibrado. O que pode mudar é o significado normativo desse equilíbrio, já que, como observado, a sua aplicação pressupõe o diálogo interpretativo com as circunstâncias concretas da contratação.

Nesse ponto reside uma dificuldade a ser superada. A promulgação do Código de Defesa do Consumidor abriu espaço para uma série de conquistas que, guiadas por doutrina e jurisprudência combativas, contribuíram para resolver, ou pelo menos minorar, diversos problemas econômico-sociais. No entanto, muitas dessas conquistas foram injustificadamente encarceradas no âmbito das relações de consumo, sob o manto do conceito de “microssistema”. Reconhecendo a unidade do ordenamento como um todo, a despeito de sua complexidade, não é possível conceber a existência de setores, no seu interior, com autonomia axiológica ou principiológica (PERLINGIERI, 2005a, p. 635-639, SCHLESINGER, 2002, p. 531 e TEPEDINO, 2008b, p. 11-13). As normas principiológicas que guiam o ordenamento brasileiro são as mesmas, estipuladas no texto constitucional, o que muda, repise-se, é a forma de sua aplicação, que envolve a adaptação às circunstâncias do caso concreto.

Nessa toada, deve ser mitigada a dicotomia rígida que se estabeleceu entre contratos de consumo e contratos civis ou empresariais,

de acordo com a qual aos primeiros se aplicariam diversos remédios de tutela da parte vulnerável, garantindo o contrato equilibrado, enquanto os segundos permaneciam intocados sob o pálio da autonomia da vontade, ao argumento de serem contratos empresariais. Como é cediço, assim como os contratos de consumo, embora presumidamente desequilibrados, podem sê-lo em intensidades diferentes, também os contratos ditos civis ou empresariais podem demandar algum tipo de intervenção reequilibradora. Dessa forma, o princípio do equilíbrio estende-se para além das hipóteses de patologia social e supera sistema taxativo de interferência excepcional sobre a circulação de bens específicos: abrem-se novas possibilidades a partir do uso de parâmetros elásticos, que confiam ao juiz poder discricionário para averiguar funcionalmente a relação em exame, caso a caso (ROPPO, 2005, p. 52-54).

Reconhece-se, de todo o lado, o que seria *tertium genus* – ou simplesmente a existência de gradações de forças nos diferentes contratos – quando se observa os graves problemas oriundos da disparidade existente em contratos como a locação, a distribuição e a franquia. O próprio legislador brasileiro, embora não tenha sido tão incisivo quanto o italiano ao promulgar a lei que coíbe o abuso de dependência econômica,² reconheceu a necessidade de intervenção nesses casos, quando previu normas de proteção ao aderente mesmo em contratos de adesão não consumeristas.³

Sob esse novo paradigma, não apenas a manifestação de vontade, mas o próprio ordenamento contribui para a construção do regulamento negocial, e os instrumentos que buscam assegurar a paridade de forças

2 Trata-se da Lei n. 192/1998, na qual, conforme descrito por Antonino Astone, o legislador, também no âmbito da contratação entre empresas que, operando em um contexto de poder contratual assimétrico, parece estar em um *tertium genus*, com a finalidade de proteger a parte mais fraca, limitou a livre determinação do contrato, invalidando disposições que ferem um conteúdo objetivamente equilibrado (2010, p. 1046).

3 Artigos 423 e 424 do CC.

entre as partes contratantes e a superação de determinadas assimetrias cognoscitivas passam a ser aplicáveis, também, aos tipos contratuais que não entram nas relações de consumo (ASTONE, 2010, p. 1045). Assim, o controle de cláusulas abusivas e outros mecanismos previstos entre nós pioneiramente pelo CDC podem ter sua área de aplicação expandida para os contratos com assimetria de poder negocial entre as partes, quando presente a mesma *ratio* (ROPPO, 2005, p. 64).⁴

Não se trata – é imperioso ressaltar – de defender a submissão de tais contratos aprioristicamente à totalidade das normas do CDC, mas tão-somente admitir que, diante de grave assimetria de poder contratual, pode justificar-se a aplicação de certos institutos de proteção à parte mais fraca, como o controle de cláusulas abusivas, respeitadas as legítimas posições de vantagem conquistadas negocialmente. Deve-se ter em mente que esse tipo de controle não desequilibra o contrato, ao contrário, assegura o equilíbrio, se tiver por critério a preservação da finalidade da avença (OLIVA, 2011, p. 626).

Essa deve ser a chave de leitura adequada para conciliar a proteção ao equilíbrio econômico nos contratos não consumeristas, em que haja assimetria de poder negocial, a preservação da segurança jurídica, com a garantia da previsibilidade das decisões, e a legitimidade de posições de vantagem conquistadas negocialmente: *a abordagem funcional*.

Somente levando em conta a síntese dos efeitos essenciais do contrato sob exame, isto é, a função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua

4 Na doutrina brasileira, afirma Rodrigo Toscano de Brito que se deve “[...] admitir a intervenção no contrato, não de forma discricionária, pondo em risco a segurança jurídica, conceito que também sofreu modificação após a consolidação do Estado Social. [...] O contrato obriga as partes nos limites do equilíbrio dos poderes contratuais e dos direitos e deveres entre elas. Esse é o grande desafio contemporâneo do direito contratual, não importando ser o contrato civil, empresarial ou de consumo” (2007, p. 185).

globalidade, considerada em sua concreta manifestação (PERLINGIERI, 2005b, p. 370), é possível ponderar a aplicação do princípio do equilíbrio. Trata-se menos de estabelecer paridade entre o valor econômico das prestações, e mais de garantir relativa proporcionalidade entre as situações jurídicas subjetivas construídas pelo contrato, levando em conta inclusive eventuais interesses não patrimoniais juridicamente relevantes (PERLINGIERI, 2002, p. 134).

Para tanto, é necessário levar em conta toda a complexidade funcional do contrato, pois o controle de juridicidade recai sobre a operação econômica guardada no seu complexo, e não os aspectos singulares dos quais ela se compõe (GAROFALO, 2012, p. 585). Nesse sentido, para proceder ao controle de abusividade, como mecanismo de tutela do equilíbrio contratual, da cláusula de promessa de loja âncora, é fundamental compreender a complexa dinâmica contratual em que se inserem as locações em *shopping centers*.

2 PECULIARIDADES DA LOCAÇÃO EM *SHOPPING CENTER*

O aparecimento de *shopping centers* nos centros urbanos é manifestação típica da sociedade de massa, que se desenvolveu no Brasil a partir da segunda metade do século XX (KARPAT, 2000, p. 127). Trata-se de “templo do consumismo” (LIRA, 1997, p. 397), sendo comunidade econômica dotada de autonomia em seu funcionamento, na qual se faz presente a colaboração dos sujeitos com vistas não só ao próprio interesse como àquele dos frequentadores que formam a clientela respectiva (MONTEIRO, 1984, p. 10-11). Decerto, encerra técnica de organização empresarial dinâmica e que visa à otimização da atividade comercial de lojas varejistas, devendo ser analisada em sua complexidade econômica

e jurídica (REQUIÃO, 1983, p. 23).

Shopping center é a locução da língua inglesa que corresponde à expressão “centro comercial” em português. Ele pode ser definido como forma de comércio varejista em que um grupo de estabelecimentos comerciais apresenta-se de modo unificado arquitetonicamente, em local com infraestrutura planejada, de cômodo acesso e seguro, além de administração operacional unificada, sendo composto por diversos tipos de lojas com variada oferta de produtos e serviços, inclusive relacionados ao lazer (BASÍLIO, 2005, p. 1 e PINTO, 2001, p. 1).

As pessoas tipicamente vinculadas no centro comercial são, de um lado, o “dono do *shopping center*”, o empreendedor que atua como poder concedente do uso das lojas e a quem cabe não só projetar e construir o empreendimento, como também organizar e mantê-lo e, de outro, os lojistas, os fornecedores de produtos e de serviços que passarão a ocupar os espaços-loja. Os lojistas podem ser dos mais diversos ramos, sendo que alguns qualificam-se como “lojas-âncora” e são voltados para a atração da clientela (GOMES, 1983, p. 9).

Ao se examinar questões relacionadas à estrutura do *shopping center*, deve-se ter em conta que ele é composto por um feixe de relações contratuais. Consoante Ricardo-César Pereira Lira, o negócio jurídico do centro comercial pressupõe *complexo contratual*, em que concorrem diversos tipos de avenças: (i) contrato contendo condições gerais que disciplinam a participação no empreendimento; (ii) negócio jurídico pelo qual o lojista passa a compor a associação dos lojistas; e (iii) contrato entre o empreendedor e cada lojista, que tem como objeto a ocupação remunerada do espaço-loja. Para o autor, “[...] tais contratos são coligados, nascem para viver juntos, de forma que o inadimplemento verificado em um deles enseja a rescisão dos demais” (LIRA, 1997, p. 397).

Nesse sentido, afirma Caio Mário da Silva Pereira que “[...] não se pode enfeixar toda a contratualística do *shopping center* numa só figura negocial” (PEREIRA, 1984, p. 18). Diversamente, entre o empreendedor e os lojistas constituem-se diversas relações jurídicas coligadas. Os contratos coligados caracterizam-se por perseguirem função comum, além de suas funções específicas, e as vicissitudes de cada um, como a invalidade ou ineficácia por causa superveniente, afetam os demais (KONDER, 2006, p. 277-278).

Assim, o negócio do *shopping center* é composto por contratos autônomos, cada qual com sua causa específica, mas que são interdependentes, no sentido de que se justificam mutuamente, como verdadeira universalidade de direito (LIRA, 2000, p. 244). Com efeito, está-se diante de “[...] universalidade de relações jurídicas, unificadas pelo escopo comum de exploração conjunta do centro comercial” (COMPARATO, 1995, p. 24). Daí que o centro comercial *per se* não é contrato, mas organização empresarial fundada em diversos contratos coligados (REQUIÃO, 1983, p. 18).

Muito já se discutiu em doutrina acerca da natureza jurídica da relação entre o lojista e o dono do empreendimento que tem por objeto a ocupação remunerada do espaço-loja. Em especial, debateu-se quanto à definição da normativa aplicável à espécie, sobretudo quanto à incidência da regra de renovação compulsória prevista na legislação então vigente para as locações comerciais.⁵

Contudo, a discussão acadêmica hoje pode ser dada como superada do ponto de vista prático, já que a Lei do Inquilinato de 1991 trouxe a disciplina acerca das locações de espaço em *shopping center*,

5 Cf. Decreto nº. 24.150/1934. Para exposição das principais posições doutrinárias, v. BASÍLIO, 2005, p. 09-39.

com a expressa previsão da ação renovatória.⁶ Ademais, como já antes assentado, a relação contratual é complexa e não se restringe a tipo contratual único. De fato, o legislador apenas se manifestou sobre um dos contratos celebrados entre empreendedor e lojistas, exatamente aquele que trata da ocupação remunerada do espaço-loja, e se omitiu quanto aos demais, somente ressaltando a liberdade das partes na definição das cláusulas contratuais.⁷

Decerto, as peculiaridades da estrutura jurídica adotada nos *shopping centers* são refletidas nos contratos celebrados entre dono do empreendimento e lojista. Como afirma Judith Martins-Costa, tais relações contratuais costumam-se caracterizar como contratos relacionais e também são formadas por adesão. Assim, as relações jurídicas entre empreendedor e lojista são pactos duradouros nos quais se destacam pessoalidade, confiabilidade e necessidade de cooperação intensa para que as partes possam atingir a finalidade prático-econômica visada com o enlace (MARTINS-COSTA, 2012, p. 113). A colaboração entre os contratantes não é somente voltada para o alcance dos seus próprios interesses, mas também é essencial para o sucesso do empreendimento e a conquista da clientela (MONTEIRO, 1984, p. 10-11).⁸

O negócio jurídico do centro comercial celebra-se pela adesão do lojista às condições gerais predispostas pelo dono do empreendimento, que são cláusulas invariáveis preparadas antecipadamente. O contrato

6 Arts. 52 § 2 e 54 da Lei nº. 8.245/1991. Nesse sentido firmou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Cf. “Embargos de Divergência em Recurso Especial. [...] 1. *A Lei do Inquilinato aplica-se aos contratos de locação de espaço em shopping center* (Inteligência dos artigos 1º, 52, parágrafo 2º, e 54 da Lei nº 8.245/91) [...]” (EREsp 331.365/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, julgado em 26/03/2008, DJe 06/08/2008), destacou-se.

7 O art. 54 da Lei nº. 8.245/91 expressamente prevê que devem prevalecer “as disposições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos”.

8 Em sentido próximo, Rubens Requião, para quem se estabelece uma relação de confiança entre os comerciantes integrantes do centro comercial que “constitui um segmento da funcionalidade da organização” (REQUIÃO, 1983, p. 19). Cf. REsp 1.295.808/RJ, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 24/04/2014, DJe 21/05/2014.

de adesão é modo de contratar em que uma das partes estabelece unilateralmente o conteúdo do futuro contrato, restando à outra aderir ao regramento sem oportunidade de alterá-lo substancialmente ou mesmo de debate prévio. Como antes observado, mesmo nas relações civis e empresariais, poderá existir assimetria de poder negocial entre os contratantes no momento da formação da relação jurídica, uma vez que cabe ao empreendedor predefinir as obrigações contratuais, sendo que ao aderente-lojista somente resta concordar com o conteúdo predisposto.

Ademais, o lojista – ainda que seja membro de grande rede de comércio – costuma ser carente de informações no que tange à sua relação com o proprietário do *shopping*, tendo em vista que o objeto de sua atividade econômica é o fornecimento de produtos ou serviços conforme a atividade escolhida, diferentemente do empreendedor que atua em ramo próprio (CERVEIRA e SOUZA, 2011, p. 46). Nesse sentido, pode-se ter presente desigualdade jurídica independentemente da econômica, pelo fato de “[...] um dos contratantes ter aquilo de que o outro necessita”, de sorte que o lojista-aderente deverá encontrar na ordem jurídica disposições que neutralizam a superioridade contratual da outra parte (PEREIRA, 1985, p. 11).

Logo, a assimetria de poder negocial entre os contratantes autoriza a intervenção em prol da justiça contratual, com a preservação do equilíbrio na avença, de forma a garantir ao lojista-aderente o atingimento da finalidade econômica visada com a contratação. Ainda que deva ser assegurada a autonomia das partes na definição do conteúdo contratual, a desigualdade jurídica existente na relação jurídica complexa de *shopping center* permite o aparecimento de cláusulas abusivas. Em tal situação, essencial passa a ser controle de merecimento de tutela das estipulações contratuais, com vistas a preservação do equilíbrio contratual.

3 A CLÁUSULA DE PROMESSA DE LOJA ÂNCORA NO EQUILÍBRIO DO CONTRATO *IN CONCRETO*

O *shopping center* é realidade pertinente à mercancia moderna (MARTINS, 1989, p. 100) e as particularidades existentes em sua estrutura levaram ao aparecimento de determinadas cláusulas nos contratos bastante específicas, que são totalmente distantes do mundo ordinário do direito do inquilinato (BASÍLIO, 2005, p. 113). Tratam-se de regras contratuais que decorrem da relação jurídica que se forma entre lojista e empreendedor e que são voltadas para o bom funcionamento da mecânica do centro de compras e, por isso, se afirma a maior autonomia na elaboração dessas estipulações negociais (TEPEDINO, 2008a, p. 169, nota 10).

O dono do empreendimento deve elaborar contrato de locação de conteúdo amplo, minucioso e extenso com todas as obrigações das partes, incluindo aquelas cláusulas que são peculiares à categoria do complexo comercial. Tais normas contratuais podem constar em documento apartado, formado pelas condições gerais que disciplinam a participação no empreendimento, ao qual o lojista-aderente presta o seu assentimento. Decerto, as denominadas “normas gerais complementares” possuem a mesma natureza do contrato e nele se integram, sendo obrigatórias para as partes (PEREIRA, 1984, p. 21).

Como exemplos, podem-se mencionar as seguintes cláusulas comuns a todos os empreendimentos de *shopping center*: (i) o aluguel percentual, consistente na contraprestação pela ocupação do espaço-loja, calculado com base no faturamento bruto do lojista, que será devido quando for superior ao aluguel mínimo fixado; (ii) o 13º aluguel em

dezembro, em razão do acréscimo de vendas esperado no Natal, fruto também das campanhas publicitárias organizadas pela associação dos lojistas; (iii) a previsão do direito do locador à “fiscalização de boca de caixa”, pela qual ele tem a prerrogativa de verificar se as vendas realizadas estão sendo devidamente contabilizadas; (iv) a denominada *res sperata*, que é preço fixo em favor do empreendedor destinado a remunerá-lo pela organização e planejamento do centro comercial; e (v) a adesão compulsória do lojista aos vários contratos coligados que juntos formam o negócio jurídico complexo do *shopping center*.⁹

Por sua vez, algumas cláusulas contratuais são referentes à presença das chamadas lojas-âncora. São grandes estabelecimentos comerciais cuidadosamente escolhidos pelo empreendedor para a formação do *tenant mix* e que funcionam como ponto de atração da clientela, de modo a agregar valor econômico considerável ao empreendimento e, em consequência, expectativa concreta de lucros aos lojistas menores, chamados de satélites (AZEVEDO, 1995, p. 120). No empreendimento do *shopping center*, diferentemente do que ocorre com a “loja de rua”, seu sucesso é vinculado à articulação orgânica das lojas, de forma a estimular a circulação dos clientes que, em busca dos estabelecimentos mais atrativos, visualizam no caminho as lojas menores (PEREIRA, 1985, p. 10).

9 Para uma descrição detalhada das referidas cláusulas e seus questionamentos de validade., v. BASÍLIO, 2005, p. 113-146. Cf., exemplificativamente, no STJ: “[...] 2. Recurso especial que veicula a pretensão de que seja reconhecida a validade de cláusula de contrato de locação de imóvel situado em shopping center que estabelece critérios para a revisão judicial do aluguel mensal mínimo. 3. O princípio do *pacta sunt servanda*, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, especialmente no âmbito das relações empresariais, deve prevalecer. 4. A cláusula que institui parâmetros para a revisão judicial do aluguel mínimo visa a estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e viabilizar a continuidade da relação negocial firmada, além de derivar da forma organizacional dos shoppings centers, que têm como uma de suas características a intensa cooperação entre os empreendedores e os lojistas. 5. A renúncia parcial ao direito de revisão é compatível com a legislação pertinente, os princípios e as particularidades aplicáveis à complexa modalidade de locação de espaço em shopping center [...]” (REsp 1.413.818/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/10/2014, DJe 21/10/2014), destacou-se.

Decerto, a promessa da presença das lojas-âncora interfere visivelmente no equilíbrio concreto dos contratos firmados pelos demais lojistas com o dono do empreendimento. Assim, permite-se que o pequeno lojista-locatário peça a redução do aluguel mínimo face à improficiência do empreendedor na locação dos espaços disponíveis para as lojas-âncora, tendo que vista que a ausência de lojas atrativas do público acaba por comprometer o faturamento dos lojistas instalados no *shopping*. Também se configura possível que o lojista deixe de fazer o pagamento da *res sperata* caso o empreendedor descumpra a sua obrigação de instalar loja-âncora no local previsto.¹⁰

De igual modo, admite-se a rescisão da locação por inadimplemento do empreendedor quando ele altera o *tenant mix* ao retirar lojas-âncora que ocupavam posições de destaque. Muito embora seja direito potestativo do dono do *shopping* a composição do *mix* na definição da distribuição dos espaços internos do centro de compras, tal direito sujeita-se, evidentemente, aos limites do abuso do direito e do ato ilícito, conforme o caso (TEPEDINO, 2008a, p. 170, nota 10). Dessa feita, se não for feita substituição que mantenha a atratividade do empreendimento para os lojistas menores, justifica-se a rescisão do contrato ante o inadimplemento da parte locadora.

Caso interessante foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se discutiu a validade de cláusula inserida em contrato de adesão que regula a locação de espaço-loja em *shopping center*, pela qual se isenta a parte locadora de responsabilidade por danos causados aos

¹⁰ Cf. “*Shopping Center*. Contrato de reserva. *Res sperata*. Exceção de contrato não cumprido. *O lojista pode deixar de efetuar o pagamento das prestações previstas no “contrato de direito de reserva de área comercial para instalação de loja e de integração no ‘tenant mix’ do centro comercial” se o empreendedor descumprir com a sua obrigação de instalar loja âncora no local previsto, em prejuízo do pequeno lojista. Para isso, não há necessidade de também rescindir o contrato de locação da loja [...]*” (REsp 152.497/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 15/08/2002, DJ 30/09/2002, p. 263), destacou-se.

lojistas-locatários. No caso, houve a promessa pelo locador aos potenciais lojistas, durante a construção do *shopping*, que algumas lojas-âncoras seriam instaladas no local, de forma a garantir a frequência do público.

Considerou a Terceira Turma do STJ, por maioria, mantendo a decisão da Corte Estadual, que a referida cláusula seria abusiva por retirar do lojista o direito à justa indenização pela frustração de promessa efetivamente feita pelo locador. Com efeito, entendeu o Tribunal que a autonomia das partes de definição do conteúdo negocial não impede que, no caso concreto, possa haver elementos que limitem essa liberdade. Na hipótese, concluiu-se que a aceitação pela parte locatária da cláusula excludente de responsabilidade não pode ser considerada válida por existir abuso pelo locador-predisponente de sua posição de superioridade negocial.

Em razão de a contratação ser por adesão, ainda que fora de relação consumerista, a conduta do predisponente consubstanciava promessa de fato de terceiro, cujo inadimplemento pode justificar a rescisão do contrato de locação, notadamente por tal promessa assumir a condição de causa determinante do contrato e não comprovada a plena comunicação aos lojistas sobre a desistência. Em consequência, reconheceu-se o descumprimento de dever contratual assumido pelo locador, que era determinante para a decisão de investimento dos lojistas.¹¹

11 “1. *Conquanto a relação entre lojistas e administradores de Shopping Center não seja regulada pelo CDC, é possível ao Poder Judiciário reconhecer a abusividade em cláusula inserida no contrato de adesão que regula a locação de espaço no estabelecimento, especialmente na hipótese de cláusula que isente a administradora de responsabilidade pela indenização de danos causados ao lojista.* 2. *A promessa, feita durante a construção do Shopping Center a potenciais lojistas, de que algumas lojas-âncoras de grande renome seriam instaladas no estabelecimento para incrementar a frequência de público, consubstancia promessa de fato de terceiro cujo inadimplemento pode justificar a rescisão do contrato de locação, notadamente se tal promessa assumir a condição de causa determinante do contrato e se não estiver comprovada a plena comunicação aos lojistas sobre a desistência de referidas lojas, durante a construção do estabelecimento.* 3. *Recurso especial conhecido e improvido*”. (REsp 1.259.210/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 07/08/2012), destacou-se.

Também em relações contratuais interempresariais e não consumeristas existe campo fértil para o aparecimento de cláusulas abusivas não merecedoras de proteção pelo ordenamento jurídico. O princípio do equilíbrio contratual, na sua feição de proporcionalidade entre as situações subjetivas, isto é, entre os direitos e deveres que cabem às partes no contrato, é destinado a exercer papel relevante no delicado controle de valoração das cláusulas contratuais e da inteira composição negocial no caso concreto (PERLINGIERI, 2008, p. 409). Dessa forma, ele incide sobre o programa previsto pelas partes, servindo como parâmetro para a avaliação de seu conteúdo, mediante a comparação entre todas as vantagens e os encargos atribuídos a cada contratante.

No caso do negócio jurídico de *shopping center*, ante a sua composição por relações jurídicas coligadas, a promessa da instalação de lojas-âncoras exerce papel relevante no equilíbrio de todo o complexo contratual. Para o lojista menor, dito satélite, a presença de lojas de grande porte representa garantia de clientela e, conseqüentemente, maior lucratividade, o que é a causa determinante de seu interesse em participar do empreendimento.

Se o empreendedor falhar na contratação de grandes estabelecimentos comerciais, tal ausência acaba por tornar o toda a complexa relação contratual desequilibrada, tendo em vista que o lojista-locatário continua obrigado ao pagamento do aluguel mínimo previsto contratualmente, além de ter que arcar com a *res sperata* e com os custos da contribuição à associação de lojistas, mesmo que seu faturamento seja reduzido. Como se tratam de contratos coligados, o inadimplemento do dono do *shopping* no contrato que preveja a contratação das lojas-âncoras afeta todos os demais contratos, o que permite a rescisão pela parte prejudicada.

CONCLUSÃO

Como visto, a existência de situação concreta de assimetria de poderes negociais entre as partes pode justificar a necessidade de intervenção heterônoma nas relações contratuais, mesmo fora do âmbito consumerista. As regras abstratas previstas para o contrato precisam ser confrontadas com a realidade concreta em sua execução, de forma que a aplicação das cláusulas contratuais seja voltada à garantia de efetiva igualdade entre as partes, com a preservação do equilíbrio da avença e respeitadas as legítimas posições de vantagem conquistadas negocialmente.

Em contraste com o que se passava no direito contratual clássico, no qual se sobressaía a fase de formação e manifestação de vontade de contratar, o princípio do equilíbrio econômico incide sobre o programa previsto pelas partes. Dessa forma, ele serve como parâmetro para o controle de merecimento de tutela do conteúdo contratual e deve ser ponderado, com paridade de forças, com os princípios da autonomia privada e da intangibilidade do conteúdo do contrato

No presente estudo, abordou-se o negócio jurídico do *shopping center*, em que se verifica relação jurídica complexa de coligação contratual formada por adesão. Apesar de não se tratar de relação de consumo, constitui ambiente propício para o aparecimento de situação de assimetria de poder negocial, a ser superada por meio de mecanismos de proteção da parte mais fraca.

Assim, objetiva-se resguardar patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas dos contratantes – dono do *shopping* e locatário-aderente – em relação ao conteúdo e aos efeitos do contrato. Juiz e legislador deverão reagir à desigualdade de forças entre as partes, sendo

que o juízo de valor do conteúdo negocial deverá partir da valoração em concreto do equilíbrio das posições contratuais, levando-se em conta todos os direitos e deveres titularizados pelos contratantes.

Portanto, a proteção do equilíbrio econômico nos contratos interempresariais, como é o caso do negócio jurídico de *shopping center*, deverá ser feita a partir de uma abordagem funcional, que leve em conta a finalidade econômica que as próprias partes objetivaram alcançar com a avença e que garanta a proporcionalidade nas situações jurídicas subjetivas que compõem a relação contratual.

REFERÊNCIAS

ASTONE, Antonino. Accordi gravemente iniqui e interventi correttivi del regolamento negoziale. **Rassegna di Diritto Civile**, Napoli, n. 4, p. 1013-1053, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 716, p. 112-131, jun. 1995.

BASÍLIO, João Augusto. **Shopping centers**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos: civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Saraiva: 2007.

CERVEIRA, Daniel Alcântara Nastro; SOUZA, Marcelo Dornellas de. **Shopping center: limites na liberdade de contratar**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial,**

Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 34, n. 97, p. 23-28, 1995.

GAROFALO, Andrea Maria. La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio. **Rivista di diritto civile**, Padova, n. 58, n. 2, p. 573-614, mar./abr. 2012.

GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um “shopping center”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 27, n. 576, p. 9-26, out. 1983.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge: MIT Press, 1998.

KARPAT, Ladislau. **Locação em geral e aluguéis em shopping center**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: grupos de contratos, rede de contratos e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LIRA, Ricardo-César Pereira. Breves notas sobre o negócio jurídico “shopping center”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 93, n. 337, p. 397-400, 1997.

LIRA, Ricardo-César Pereira. Sobre a indivisibilidade do negócio jurídico “shopping center”. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 241-249, jan./mar. 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. **Revista do Instituto Brasileiro de Direito**, Lisboa, n. 10, p. 6183-6204, 2012. Disponível em: <<http://migre.me/ll3c0>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no**

direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de shopping center. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 32, n. 116, jul. 2012, p. 110-117.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A natureza jurídica das locações comerciais dos “shopping centers”. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 13, n. 47, p. 100-113, 1989.

MONTEIRO, Washington de Barros. “Shopping centers”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 73, n. 580, fev. 1984, p. 9-14.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade:** na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OLIVA, Milena Donato. Equilíbrio contratual e cláusulas abusivas. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana (Coord.). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 615-634.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Shopping center: lei aplicável à locação de unidades. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 74, n. 596, p. 9-15, jun. 1985.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Shopping center, organização econômica e disciplina jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 73, n. 580, p. 15-26, fev. 1984.

PERLINGIERI, Pietro. **Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente.** Milano: Giuffrè, 2005a.

PERLINGIERI, Pietro. Equilíbrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 131-151, out./dez. 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**, 5. ed. Napoli: ESI, 2005b.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping center: uma nova era empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REQUIÃO, Rubens. Considerações sobre os centros comerciais ('shopping centers') no Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 72, n. 571, p. 9-35, maio. 1983.

ROPPO, Vincenzo. **El contrato del dos mil**. Tradução de Milagros Koteich. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

SCHLESINGER, P. Interpretazione della legge civile e prassi delle corti. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, v. 47, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão: direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1º a 26)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé**. 2007. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo: São Paulo, 2007.

Como citar: KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em shopping center: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.176-200, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p176. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 10/03/2016

Aprovado em 28/08/2016

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA
REDUÇÃO SALARIAL PREVISTA
PELO PROGRAMA DE PROTEÇÃO AO
EMPREGO (LEI N. 13.189/2015)**

THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF
REDUCING EMPLOYEES' SALARIES
THAT IS MADE POSSIBLE BY THE
EMPLOYMENT PROTECTION
PROGRAM (LAW N. 13.189/2015)

Oreonnilda de Souza*
Lourival José de Oliveira **

* Mestranda em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília (UNIMAR). Professora e pesquisadora vinculada ao Núcleo de Iniciação Científica do Curso de Direito (NICDir) do Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP). Advogada.
E-mail: oreonnilda@gmail.com.

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor do Programa de Mestrado da Universidade de Marília (UNIMAR). Professor Associado do curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenador e professor do curso de Graduação da Faculdade Paranaense (FACCAR). Advogado.
E-mail: lourival.oliveira40@hotmail.com.

Como citar: OLIVEIRA, Lourival José de; SOUZA, Oreonnilda de. A (in) constitucionalidade da redução salarial prevista pelo programa de proteção ao emprego (lei n. 13.189/2015). **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.201-236, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p201. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O objetivo deste trabalho foi verificar a constitucionalidade da Lei n. 13.189/2015 que criou o Programa de Proteção ao Emprego, partindo dos fundamentos da valorização do trabalho humano, da dignidade humana e da efetividade dos objetivos da República. O Programa prevê a redução temporária da jornada de trabalho e do salário em até 30% às empresas que comprovarem

dificuldades econômico-financeiras. O governo complementar, parcialmente, a remuneração do trabalhador com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador. Pelo método dedutivo, a partir de revisão bibliográfica, verificou-se a falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais e a precarização dos direitos trabalhistas.

Palavras-chave: Valor social do trabalho; dignidade humana; Programa de Proteção ao Emprego; constitucionalidade.

Abstract: This study verifies the constitutionality of the Law n. 13.189/2015, which created the Employment Protection Program. This program has within its foundations concrete respect towards human labor, human dignity and strives towards the idealism of Republican goals. It also aims for the temporary reduction of working hours and salaries by 30% within companies that demonstrate economic and financial difficulties. Nevertheless, the Brazilian government will partly complement workers' salaries with funds from the Employment Protection Program. Furthermore, this research uses the deductive and literature review methods; lastly, the conclusion that this paper reached is that even though there are fundamental social rights and labor rights, there is a lack of effectiveness when trying to materialize them.

Keywords: Social value of work; human dignity; Protection Program Employment; constitutionality.

INTRODUÇÃO

O Programa de Proteção ao Emprego (PPE) é uma medida flexibilizadora dos direitos trabalhistas, uma vez que a norma que o instituiu, Lei n. 13.189/2015, autoriza a redução de jornada e de salário dos empregados em até 30% às empresas participantes (art. 5º), cujos empregados afetados receberão do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) uma compensação pecuniária equivalente a 50% do valor da redução salarial, limitada a 65% do valor máximo da parcela do seguro-desemprego. Os trabalhadores terão garantia de emprego durante a vigência do programa, pelo tempo solicitado acrescido de um terço (art. 4º).

A justificativa para a aprovação do programa é a necessidade de preservar os empregos formais abalados pela crise, com vistas à retomada do crescimento econômico do país. Para isso a Lei do PPE elenca como objetivos: (a) possibilitar a preservação dos empregos em momentos de retração da atividade econômica; (b) favorecer a recuperação econômico-financeira das empresas; (c) sustentar a demanda agregada durante momentos de adversidade, para facilitar a recuperação da economia; (d) estimular a produtividade do trabalho por meio do aumento da duração do vínculo empregatício; e (e) fomentar a negociação coletiva e aperfeiçoar as relações de emprego (art. 1º).

Pretende-se com a pesquisa, a partir de uma análise sistêmica do texto constitucional e de revisão bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, identificar elementos capazes de demonstrar a (in) constitucionalidade desse Programa.

1 OBJETIVOS DO PROGRAMA DE PROTEÇÃO AO EMPREGO

O Programa de Proteção ao Emprego (PPE), inicialmente, instituído pela Medida Provisória n. 680, de 6 de julho de 2015, editada pela Presidente Dilma Rousseff, justificou-se na necessidade de preservar os empregos formais com vistas à retomada do crescimento econômico do país.

O Decreto n. 8.479, de 6 de julho de 2015, criou o Comitê do Programa de Proteção ao Emprego (CPPE) que editou a Resolução n. 2/2015 com as regras e os procedimentos para a adesão e o funcionamento do programa.

O PPE tem natureza de medida flexibilizadora das condições e de direitos trabalhistas, cujo objetivo precípua é evitar dispensas de empregados, mantendo-se os postos de trabalho como medida paliativa aos efeitos da crise econômica¹. Todavia, a crise se agravou provocando retração da economia brasileira, cujos resultados são o aumento da taxa de juros e a inflação, fatores responsáveis pela desaceleração da atividade empresarial e, por consequência, o aumento do índice de desemprego. “A inflação elevada corrói o poder de compra da população e cria um ambiente menos favorável para investimentos, gerando enfraquecimento da atividade econômica”².

Não é nenhum segredo que a crise vivenciada pelo Brasil está intimamente relacionada à falta de credibilidade do governo e de sua

1 “A crise econômica que teve início em 2008 e culminou com a quebra do banco Lehman Brothers nos EUA refletiu no mundo inteiro, incluindo o Brasil, fazendo com que o governo apostasse na redução do esforço fiscal e no aumento dos gastos públicos como medida de estímulo. [...] Com a desaceleração da economia diante das intempéries internacionais, o governo passou a adotar uma política anticíclica, que consistia em aumentar os gastos para impulsionar a economia. [...] No entanto, o que foi considerado como uma medida de estímulo no passado se transformou, hoje, em um dos grandes desafios do governo: cortar despesas. [Além disso] Ao tornar o crédito e o investimento mais caros, os juros elevados acabam prejudicando o crescimento da economia” (CURY; CAVALLINI, 2015).

2 Afirma Alan Ghani, economista e professor da Fundação Instituto de Administração (FIA) (apud CURY; CAVALLINI, op. cit.).

equipe econômica; apontam-se a má gestão e os sucessivos escândalos de corrupção envolvendo políticos, empresários e o governo federal como fatores contributivos à recessão.³ “A própria razão de ser do Estado democrático – servir à sociedade – foi deturpada” (AMORIM, 2015).

Certo é que o desemprego⁴ será ainda maior; não há postos de trabalho, mas há previsão de fechamento de empresas e de mais desemprego, pois é previsível uma diminuição das linhas de crédito em razão da maior rigidez nas condições de aprovação pelas Instituições Financeiras, em razão do aumento da taxa de inadimplência (CHADE, 2016).

Inclusive a utilização do FAT para custear o PPE está sendo considerada como meio indireto para “[...] maquiagem o já comprovado rombo às contas públicas, que se alastraria com o pagamento dos valores relativos ao seguro desemprego e levantamento do FGTS decorrentes das renunciadas demissões em massa” (DALVI, 2015), já que, ao ser dispensado sem justa causa, o empregado fará jus a percepção do seguro desemprego e ao levantamento do FGTS, o que refletiria nas contas públicas, pois a Previdência teria de pagar o seguro e com o levantamento dos depósitos fundiários a Caixa Econômica Federal não poderia utilizar mais esse montante – efeitos prejudiciais de demissões em massa.

3 “Em suma, a herança dos péssimos resultados econômicos de seu primeiro governo e a incapacidade de promover as mudanças necessárias para a superação da crise num cenário de agravamento das denúncias de corrupção ajudam a explicar o vigoroso processo de perda de credibilidade do governo e porque a saída de Dilma hoje, para o mercado, faz parte da solução da crise. É claro que sempre existirão aqueles que por dificuldade em enxergar a realidade irão preferir a desgastada tese do ‘compêndio da direita conservadora’. Reconhecer os próprios erros é sempre mais difícil e doloroso” (CURADO, 2016).

4 O contrato de trabalho poderá ser extinto por diversas causas, cada qual gerando efeitos diversos. Délio Maranhão (2003, v. 1, p. 554 ss.) leciona que: “[...] o contrato pode deixar de existir ou por um modo *normal*, ou por um modo *anormal*. O modo normal de extinção do contrato é a sua *execução*. Tal acontece quando ele atinge o seu *termo* ou alcança os seus fins. A extinção normal do contrato não se confunde com a sua *dissolução*. Denominam-se causas de dissolução dos contratos ‘todos os fatores que, em determinado momento, podem fazê-los cessar por *uma via que não seja normal*’. São as seguintes as causas de dissolução dos contratos: a) a rescisão; b) a resolução; c) a revogação; d) a rescisão; e) a *força maior*”. (grifos do autor)

Nelson Mannrich em entrevista para GRILLO (2015), presidente honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, registra sua preocupação sobre a utilização dos recursos do FAT (já deficitários) no PPE, inclusive, pela possibilidade dos recursos do FGTS serem transferidos para ele. Mannrich afirma que “[...] o FAT é mal gerido. E isso pode ser um problema para o governo. No texto editado, eles não apontam como o FAT⁵ será alimentado para fazer esses pagamentos”.

A justificativa de que os gastos com o Programa seriam menores do que os provenientes do seguro desemprego não parece consistente, pois, caso a crise se estenda ou se acentue, após transcorrido o período de garantia de emprego dos trabalhadores, a probabilidade de dispensas é grande, sendo necessária a verba do FAT para custear isso – recursos já deficitários, segundo adverte Mannrich, presidente honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho em entrevista concedida a GRILLO (2015).

Mesmo diante de toda crítica, o Congresso Nacional aprovou a Lei Ordinária n. 13.189, em 19 de novembro de 2015 (Lei do PPE), que já tem sua vigência previamente estipulada, até 31 de dezembro de 2017, que, praticamente, manteve os mesmos objetivos propostos na Medida

5 O Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) foi instituído no início da década de 1990, com natureza de “um fundo especial de natureza contábil-financeira, vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), constituído pelo produto das arrecadações para o PIS e o Pasep, destinado a custear os programas de seguro-desemprego e abono salarial, bem como os já referidos programas de desenvolvimento econômico. De acordo com o preceito constitucional, o FAT continuou repassando 40% da arrecadação do PIS-Pasep para o BNDES. Nessa mesma época, mais precisamente em 1991, foram criados os Depósitos Especiais do FAT com base na aplicação das disponibilidades financeiras do Fundo, a serem operados pelas instituições financeiras oficiais federais e não apenas pelo BNDES. [...] Em 30 de junho de 2006, o saldo de recursos do FAT no Sistema BNDES era de R\$ 91,4 bilhões. Desse total, R\$ 68,4 bilhões constituíam o saldo do FAT Constitucional e R\$ 23,1 bilhões eram referentes ao saldo do FAT Depósitos Especiais. [...] A Constituição Federal promulgada em 1988, em seu artigo 239, determinou que 60% da arrecadação do PIS e do Pasep seriam destinados ao financiamento de programas de seguro-desemprego e abono salarial e os restantes 40%, ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico através do BNDES, para não apenas proteger o trabalhador desempregado, mas gerar oportunidades de emprego. Com isso, o fluxo de recursos para o Banco passou a ser regular, o que solucionou o problema de descontinuidade antes existente e permitiu melhor atuação na estratégia de desenvolvimento econômico do país” (SANTOS, 2006, p. 4-6).

Provisória 680, de 6 de julho de 2015, acerca do Programa de Proteção ao Emprego: (a) possibilitar a preservação dos empregos em momentos de retração da atividade econômica; (b) favorecer a recuperação econômico-financeira das empresas; (c) sustentar a demanda agregada durante momentos de adversidade, para facilitar a recuperação da economia; (d) estimular a produtividade do trabalho por meio do aumento da duração do vínculo empregatício; e (e) fomentar a negociação coletiva e aperfeiçoar as relações de emprego (art. 1º).

Dentre as principais inovações, destacam-se: o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses de permanência, respeitada a data de extinção do programa (31/12/2017) (§1º do art. 2º); a prioridade de adesão às empresas que demonstrem cumprir com a cota de pessoas com deficiência (§2º do art. 2º); a garantia de emprego aos trabalhadores afetados pelo programa (inc. I do art. 6º) e o tratamento diferenciado que passou a ser conferido às microempresas e empresas de pequeno porte (§4º do art. 5º).

Mas, na prática, como funciona o PPE? Os empregados abrangidos receberão do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) uma compensação pecuniária equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor da redução salarial, limitada a 65% (sessenta por cento) do valor máximo da parcela do seguro-desemprego (art. 4º). Em nenhuma hipótese o salário pago pelo empregador será inferior ao salário mínimo nacional, em conformidade com o inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal, reafirmado pelo §2º do art. 4º da LPPE.

Abaixo alguns exemplos dos valores dessa redução no salário dos trabalhadores:

Tabela 1 Trabalhador com salário de R\$2.500,00 = 85% do salário original

PPE
Programa de proteção ao emprego

Exemplo: Trabalhador com salário de R\$ 2.500

Decomposição da remuneração	Situação SEM redução de jornada	Situação COM redução de jornada
Salário pago pelo empregador	2.500	1.750
Subsídio governamental	0	375
Remuneração Total do Trabalhador	(2.500)	(2.125)
Decomposição dos encargos		
- Empregador (8% da folha)	200	140
- Empregador (20% da folha)	500	350
- Adicional do empregador - INSS (20% do subsídio)	0	75
- FGTS (8% do salário)	200	140
- Adicional do empregador - FGTS (8% do subsídio)	0	30
Total	900	735

85% do salário original

Fonte: BRASIL, 2015, p. 5.

Tabela 2 Trabalhador com salário de R\$5.000,00 = 85% do salário original

PPE
Programa de proteção ao emprego

Exemplo: Trabalhador com salário de R\$ 5.000

Decomposição da remuneração	Situação SEM redução de jornada	Situação COM redução de jornada
Salário pago pelo empregador	5.000	3.500
Subsídio governamental	0	750
Remuneração Total do Trabalhador	(5.000)	(4.250)
Decomposição dos encargos		
- Empregador (8% da folha)	400	280
- Empregador (20% da folha)	1.000	700
- Adicional do empregador - INSS (20% do subsídio)	0	150
- FGTS (8% do salário)	400	280
- Adicional do empregador - FGTS (8% do subsídio)	0	60
Total	1.800	1.470

85% do salário original

Fonte: BRASIL, 2015, p. 6.

Tabela 3 Trabalhador com salário de R\$8.000,00 = 81% do salário original

PPE
Programa de proteção ao emprego

Exemplo: Trabalhador com salário de R\$ 8.000

	Situação SEM redução de jornada	Situação COM redução de jornada
Decomposição da remuneração		
Salário pago pelo empregador	8.000	5.600
Subsídio governamental	0	301
Remuneração Total do Trabalhador	8.000	6.501
Decomposição dos encargos		
- Empregado (8% da folha)	640	448
- Empregador (20% da folha)	1.600	1.120
- Adicional do empregador - INSS (20% do subsídio)	0	180
- FGTS (8% do salário)	640	448
- Adicional do empregador - FGTS (8% do subsídio)	0	72
Total	2.880	2.268

81% do salário original

PPE

Cenário comparativo do PPE e Seguro-desemprego

Fonte: BRASIL, 2015, p. 7.

Simplificando, o programa funciona da seguinte maneira: a) redução temporária da jornada de trabalho e do salário em até 30%, por meio de acordo coletivo para essa finalidade, b) o FAT complementa 50% da redução salarial, compensando parcialmente a remuneração do trabalhador, mas com limitação (desse complemento) a 65% do maior benefício do Seguro-desemprego (BRASIL, 2015). Atualmente o valor máximo pago a título de Seguro-desemprego é R\$1.542,24 (BRASIL, 2016), logo o valor limite para a compensação é de R\$1.002,45 ($1.542,24 \times 65\% = 1.002,45$).

São vedadas dispensas arbitrárias ou sem justa causa⁶ de

6 Mauricio Godinho Delgado (2009, p. 1063-1064) explica sobre a rescisão por ato empresarial, despedida arbitrária ou sem justa causa, o seguinte: “a despedida do trabalhador por decisão empresarial pode ser classificada de duas maneiras principais: segundo a motivação da dispensa e segundo sua amplitude ou abrangência no contexto empresarial [...] Em conformidade com a motivação da dispensa obreira, existem diversos tipos de ruptura contratual por iniciativa do empregador [a saber:] *despedida desmotivada*, também conhecida como *dispensa arbitrária* ou *despedida sem justa causa* [ausência de motivo legalmente tipificado; é a chamada denúncia vazia do contrato]; *despedida motivada mas sem justa causa operária* [dispensa não arbitrária; com exposição dos motivos da dispensa]; *despedida motivada por justa causa obreira* [resolução culposa do empregado por prática de falta grave]; *despedida obstativa*, que corresponde àquela realizada pelo empregador com o fito de impedir ou fraudar a aquisição de um direito pelo empregado.” (grifos do

empregados atingidos na vigência do programa. Após o encerramento, as condições ainda serão mantidas por mais um terço de tempo da adesão (art. 6º, inc. I, Lei PPE). Por exemplo: a empresa “X” se inscreveu para 6 (seis) meses de PPE, após seu término, será garantido mais 2 (dois) meses de emprego (BRASIL, 2015).

No período de adesão ao PPE, a empresa não poderá contratar empregados para executar, total ou parcialmente, as mesmas atividades exercidas pelos trabalhadores abrangidos pelo Programa, exceto nos casos de reposição ou aproveitamento de concluinte de curso de aprendizagem na empresa, nos termos do art. 429 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), desde que o novo empregado também seja abrangido pela adesão (art. 3º, Lei PPE). A seguir, os principais pontos sobre a adesão e as formas de exclusão das empresas do Programa.

2 ADESÃO, IMPLICAÇÕES E EXCLUSÃO DO PROGRAMA

Para aderir ao PPE, imprescindível a celebração de um Acordo Coletivo de Trabalho Específico (ACTE) entre a empresa e o sindicato dos trabalhadores. A empresa deverá registrar o documento no sistema mediador, anexando a relação nominal dos trabalhadores afetados. Esse acordo precisará ser aprovado por assembleia dos trabalhadores abrangidos pelo programa, identificando-se o número desses empregados, seus respectivos setores e, também, a constituição de uma comissão paritária (representantes dos empregados e do empregador) para acompanhar e fiscalizar o cumprimento do acordo e do programa (art. 5º, §1º, inc. I, II, III e VI). “O acordo coletivo de trabalho específico [...] não disporá sobre outras condições de trabalho”, por isso a terminologia

autor).

“específico”, sendo adstrito à redução da jornada de trabalho e dos salários (art. 5º, §2º).

“Não pode ser feito por convenção coletiva, pois esta teria efeitos para toda a categoria e não só para uma empresa” e não são todas as empresas que possuirão os requisitos exigidos para adesão, dentre eles, o fator determinante: a situação econômica periclitante comprovada (MARTINS, 2015). Além disso, a empresa precisará demonstrar ao sindicato que esgotou o banco de horas e a concessão de férias; não faria nenhum sentido, a empresa reduzir jornada e realizar trabalho em horas extraordinárias, soaria à fraude, vedado pela Lei do PPE (art. 6º, § 2º).

O período mínimo de duração do programa é de 6 (seis) meses, prorrogáveis por outros iguais períodos de 6 (seis) meses, desde que o total das prorrogações não ultrapasse o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses (art. 5º, §1º, inc. IV). Todavia, a garantia de emprego concedida aos trabalhadores deverá “ser equivalente, no mínimo, ao período de redução da jornada acrescido de um terço” (art. 5º, §1º, inc. V).

Para se inscrever, a empresa deverá acessar ao sistema mediador e, exclusivamente por meio eletrônico (<http://www.mtps.gov.br/ppe/formulario-de-solicitacao-de-adesao-ao-ppe>), preencher o formulário com seus dados cadastrais. De posse do comprovante de inscrição, a empresa faz a solicitação da adesão ao programa no Portal Mais Emprego do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). O comprovante da solicitação deverá ser impresso e assinado pelo representante da empresa solicitante. Após, necessário providenciar a reunião da documentação exigida e protocolizá-la no MTE. A Secretaria Executiva do Comitê do PPE analisará a documentação e, se deferida a solicitação, cientificará a empresa e a Caixa Econômica Federal (COMO..., 2015). O prazo para as adesões será até o dia 31 de dezembro de 2016 (art. 2º, § 1º, Lei do

PPE). A consequência disso será uma redução em até 30% (trinta por cento) da jornada de trabalho e do salário dos trabalhadores.

Quanto ao requisito da dificuldade econômico-financeira para concessão do PPE, Ricardo Souza Calcini esclarece:

[...] se enquadram [neste critério] os empreendimentos cujo Indicador Líquido de Emprego (ILE) seja igual ou inferior a 1%, critério matemático relacionado à situação de fragilidade econômica de toda e qualquer empresa, independentemente do setor em que atua (CALCINI, 2015, p. 4).

O Indicador Líquido de Emprego (ILE) “é um percentual que representa a diferença acumulada entre o número de admissões e demissões realizadas nos últimos 12 (doze) meses, dividido pelo número de empregados no mês anterior ao da solicitação de adesão ao PPE.” (CALCINI, 2015). Tais dados devem ser registrados no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED). Aspecto envolto a críticas, uma vez que não só admite a dispensa de trabalhadores pelas empresas como as incentiva à prática para adesão ao programa.

Se esta não for a intenção da empresa, isto é, “[...] esvaziar seu quadro de empregados, o Estado lhe presta mais uma facilidade” (ALMEIDA, 2015, *online*) ao autorizar a adesão ao programa pela apresentação de outras informações capazes de comprovar sua situação de dificuldade econômico-financeira (art. 3º, Lei do PPE).

São requisitos objetivos à empresa aderente ao Programa: - registro junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) há, pelo menos, 2 (dois) anos; comprovação de regularidade fiscal, previdenciária e quanto aos depósitos fundiários. Critérios a serem comprovados por meio de Certidão de Débitos Relativos a Créditos Tributários Federais

e à Dívida Ativa da União e do Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (CRF/FGTS).

Insta consignar que além da observância desses requisitos para adesão, ao longo de sua vigência (previsto em ACTE), a empresa deverá manter a regularidade como condição de permanência no programa. Mas, a qualquer momento, a empresa poderá denunciar (se retirar) do PPE, basta comunicar suas razões e a superação das dificuldades econômico-financeiras ao sindicato, aos trabalhadores atingidos e ao Poder Executivo com antecedência mínima de 30 (trinta) dias. Passado esse prazo, a empresa poderá exigir o cumprimento da jornada integral e o pagamento dos salários sem a redução, por óbvio.

Caso a empresa precise aderir ao programa novamente, após denunciá-lo, deverá aguardar o prazo de 6 (seis) meses. Lembrando que a garantia de emprego deverá ser mantida conforme o PPE inicial e seus acréscimos.

Serão excluídas do programa, empresas que descumprirem os preceitos e as regulamentações legais, cometerem fraudes e perderem os requisitos de regularidade exigidos pelo PPE e, bem como, inobservarem quaisquer das cláusulas do ACTE, ficando impedidas de aderirem novamente ao programa.

Excluída por algum dos motivos acima elencados, a empresa será obrigada a restituir os recursos recebidos do FAT e será compelida ao pagamento de multa administrativa no importe de 100% (cem por cento) do valor, podendo ser em sua dobra se comprovado ato fraudulento (art. 8º, §1º, LPPE).

No caso de condenação judicial transitada em julgado ou decisão final em processo administrativo que reconheça trabalho em condições análogas a escravagista ou exploração de trabalho infantil ensejam a

exclusão da empresa do PPE e, se pré-existentes à adesão, são fatos impeditivos à sua concessão (art. 8º, inc. III, LPPE).

As empresas aderentes continuam obrigadas ao recolhimento de FGTS e da contribuição previdenciária ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), mas sobre o valor do salário reduzido e, também, sobre os valores pagos pelo FAT. “Portanto, a contribuição patronal para o INSS e para o FGTS incidirá também sobre o salário complementado, ou seja, sobre 85% do salário original. Mesmo assim, o custo de salários e encargos para o empregador será reduzido em 27%.” (GOVERNO..., 2015).

Em setembro de 2015, 6 (seis) empresas haviam aderido ao programa e outras 27 (vinte e sete) estavam sob o crivo da análise de suas solicitações pelo MTE, o que envolveria 23.971 (vinte e três mil, novecentos e setenta e um) trabalhadores e recursos do FAT estimados em R\$69 milhões (PROGRAMA..., 2015). Os setores automobilístico, metalúrgico e fabril perfazem a maioria das solicitações de adesão ao programa, mas existem algumas empresas no setor de construção civil, alimentício, financeiro, imobiliário, têxtil, comércio e serviços buscando deferimento ao PPE. Em março deste ano, 83 (oitenta e três) empresas já assinaram termos de adesão ao Programa (*Id. ibid.*). Em razão disso, importante verificar a questão da irredutibilidade salarial garantida pela Constituição Federal de 1988 e a exceção a essa regra, prevista expressamente.

3 DO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL

O inciso IV do art. 7º garante o salário mínimo como um meio de valorizar o trabalho humano e de reduzir as desigualdades sociais,

impedindo a exploração patronal abusiva, uma vez que empregadores, utilizando-se da sua condição de superioridade econômica e jurídica, aproveitavam-se disso para pagar salários degradantes, ínfimos, ou até mesmo, manter o empregado em condições análogas a de escravo.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2009, p. 700-701), “[...] a primeira linha de proteção ao valor do salário manifesta-se pela garantia de irredutibilidade salarial”, garantia que traduz a aplicação do princípio geral do Direito Civil: *pacta sunt servanda*, ou seja, a inalterabilidade dos contratos, como também é reflexo do “[...] critério normativo vedatório de alterações prejudiciais ao empregado, insculpido no art. 468 da CLT,” princípio da inalterabilidade contratual lesiva ao obreiro.

Para Américo Plá Rodriguez (2002, p. 80), os princípios “[...] refletem o Direito do Trabalho, mas também o armam, respaldam, estruturam e animam”; eles se “[...] nutrem de ideias, de valores, de fundamentos sólidos que não podem ser abandonados.”

Em 1943 já havia preocupação em se garantir salário aos trabalhadores, o art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho, em vigência, dispõe:

Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

Quanto à matéria, explica Celso Ribeiro Bastos que o salário mínimo é a “[...] contraprestação mínima, que deve ser efetuada pelo empregador ao trabalhador por determinado período de serviço e que seja

capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família. Este passou a ter o seu quantum determinado por um número muito maior de itens. Cite-se, como exemplo, o lazer” (BASTOS, 2002, p. 441).

“Exige-se, ainda, que o salário mínimo cumpra o papel específico de fixar um montante que represente o menor valor monetário a ser pago a qualquer assalariado por qualquer serviço em todo o território nacional.” (*Id. ibid.*).

Cumpra ressaltar acerca da diferença entre o salário mínimo e o piso salarial, uma vez que o primeiro não diz respeito ao trabalho com qualificação profissional enquanto o piso salarial é a remuneração específica para determinado ofício ou profissão. “Demanda, ainda, que se leve em conta a qualidade desse trabalho e, sobretudo, a sua complexidade. Outro ponto é a desnecessidade de ser de âmbito nacional” (BASTOS, 2002, p. 442).

Alice Monteiro de Barros (2010, p. 362) adverte para a possibilidade de relativização do “princípio da integralidade” que inspira o ordenamento jurídico brasileiro. “Porém, esse princípio autoriza os descontos legais, tendo o texto constitucional permitido a redução por acordo ou convenção coletiva”.

A redução salarial, portanto, é uma exceção e, como tal, sofre limitações, além do requisito legal de celebração por acordo ou negociação coletiva com a participação do sindicato dos trabalhadores, por interpretação sistêmica dos preceitos e princípios constitucionais, importando dizer que o mínimo vital (ou existencial) e a dignidade humana devem ser preservados. Além disso, o caput do art. 7º é expresso ao tutelar os direitos dos trabalhadores e a melhoria de suas condições sociais, por consequência toda redução que “piorar” as condições sociais e/ou atingir o mínimo vital e a dignidade humana será considerada

arbitrária, mais ainda, inconstitucional.

3.1 Possibilidade de redução salarial contemplada pela Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal trata dos descontos salariais em seu art. 7º, inc. VI, o qual afirma que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. Repita-se: a irredutibilidade salarial é a regra geral, estabelecendo-se constitucionalmente uma exceção que é a redução salarial por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho que são resultados de processos de negociação coletiva, onde devem ser atendidos requisitos inafastáveis, como por exemplo, o princípio da transparência na negociação e o não retrocesso social.

É possível afirmar que a Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965, que não foi revogada, continua estabelecendo os seguintes parâmetros para a hipótese de redução salarial:

Art. 2º - A empresa que, em face de conjuntura econômica, devidamente comprovada, se encontrar em condições que recomendem, transitariamente, a redução da jornada normal ou do número de dias do trabalho, poderá fazê-lo, mediante prévio acordo com a entidade sindical representativa dos seus empregados, homologado pela Delegacia Regional do Trabalho, por prazo certo, não excedente de 3 (três) meses, prorrogável, nas mesmas condições, se ainda indispensável, e sempre de modo que a redução do salário mensal resultante não seja superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitado o salário-mínimo regional e reduzidas proporcionalmente a remuneração e as gratificações

de gerentes e diretores.

Não se pode esquecer que os pactos aqui mencionados pressupõem o exercício de um processo de negociação coletiva de trabalho, inspirado no princípio da autonomia coletiva, em uma definição simplista, nada mais é senão o poder jurídico conferido a determinados grupos sociais de criar normas jurídicas para a tutela de interesses de uma coletividade (Santos, 2007, p. 123). Existe o pressuposto que as decisões tomadas por uma coletividade individualizada, especialmente em termos de relações de trabalho, faria com que deixasse de existir a hipossuficiência de uma das partes (no caso do grupo de empregados) que impediria a mesma decisão tomada no plano da individualidade.

Contudo, essa autonomia coletiva encontra seus limites, que se inicia na própria representação sindical, considerando o princípio da unicidade sindical e se estende até às limitações impostas pelas normas de ordem pública.

A redução salarial por meio do PPE é “[...] hipótese de flexibilização in pejus (para pior) de condições de trabalho” (MARTINS, 2015, *online*) que o governo pretende legitimar por meio da celebração de acordo coletivo para que o sindicato fiscalize a empresa aderente. Nota-se, mais uma vez a pretexto da crise, a banalização de medidas cujo condão é precarizar a proteção ao trabalho e reduzir direitos fundamentais. Ainda mais, frente à realidade econômica brasileira o salário mínimo é incapaz de suprir todas as necessidades básicas garantidas pela Constituição Federal, objeto de análise a seguir.

3.2 Valor nominal do salário mínimo capaz de assegurar as garantias constitucionais

O salário mínimo nacional vigente, cotado em R\$880,00 (oitocentos e oitenta reais), demonstra-se insuficiente para suprir as necessidades básicas e promover uma vida digna ao trabalhador e sua família (DIEESE, 2016a).

A Constituição Federal garante o direito social ao trabalho (art. 6º *caput*) e, proveniente de seu exercício, o pagamento de salário, como um direito individual do trabalhador (art. 7º, inc. IV, V, VII). Ainda, o reveste de irredutibilidade, prevendo, de forma expressa, a única possibilidade de redução por meio de acordo ou convenção coletiva (inc. VI).

Por força do texto constitucional, nenhum trabalhador poderá receber, a título de salário, o inferior ao mínimo estabelecido nacionalmente (inc. VII). Salário esse, em tese, “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”, valor reajustado periodicamente com o fito de preservação do poder aquisitivo do trabalhador (inc. IV).

Pesquisas do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) comprovaram que o salário mínimo capaz de suprir as necessidades básicas e prover a subsistência do cidadão, consoante ao garantido pela CF/88, deveria ser de R\$3.795,24 (três mil, setecentos e noventa e cinco reais e vinte e quatro centavos) mensais, mas é de R\$880,00 (oitocentos e oitenta reais) – valores considerados a partir de janeiro/2016. Percebe-se a discrepância do valor aplicado em comparação àquele que deveria ser garantido para o atendimento das finalidades constitucionais (DIEESE, 2016a).

Com base no total apurado para a cesta mais cara, a de Brasília, e levando em consideração a determinação constitucional que estabelece que o salário mínimo deve ser suficiente para suprir as despesas de um trabalhador e sua família com alimentação, moradia, saúde, educação, vestuário, higiene, transporte, lazer e previdência, o DIEESE estima mensalmente o valor do salário mínimo necessário. Em janeiro de 2016, o salário mínimo necessário para a manutenção de uma família de quatro pessoas deveria equivaler a R\$ 3.795,24, ou 4,31 vezes o mínimo de R\$ 880,00. Em dezembro de 2015, o mínimo necessário correspondeu a R\$ 3.565,30, ou 4,52 vezes o piso vigente (R\$ 788,00) (DIEESE, 2016b).

O DIEESE (2016b), ao comparar o custo atual da cesta básica e o salário mínimo líquido (após o desconto da Previdência Social), verificou que o trabalhador que auferir o piso nacional comprometeu, em janeiro/2016 o equivalente a 47,92% com alimentação (cesta básica). Isso significa que 52,08% de seu salário devem atender as outras necessidades: saúde, moradia, transporte, educação, higiene, vestuário e lazer. Pois bem, convertendo os percentuais em valores pecuniários, o trabalhador vive com cerca de R\$421,69 (quatrocentos e vinte e um reais e sessenta e nove centavos) para alimentação e R\$458,30 (quatrocentos e cinquenta e oito reais e trinta centavos) para as demais necessidades vitais.

Há, portanto, efetividade aos direitos sociais? O salário mínimo cumpre seu papel, proporcionando uma vida com o mínimo de dignidade garantida pela CF/88? Evidente que não. O salário mínimo deveria cobrir o custo de vida do trabalhador e de seus dependentes, mas, como visto, nem de longe atinge tal finalidade.

Frente a essa realidade socioeconômica, já é possível afirmar

que o PPE ao reduzir o salário dos trabalhadores diminuindo, ainda mais, seu poder aquisitivo e comprometendo o exercício do direito ao trabalho e a uma vida digna, é inconstitucional.

4 ANÁLISE SISTEMICA DO TEXTO CONSTITUCIONAL: DISCUSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 13.189/2015

Para se chegar à essência de algo é preciso analisá-lo em sua completude. Não é possível compreender o sistema normativo de forma isolada, justamente por se tratar de um sistema composto de subsistemas, dentre os quais as partes compõem o todo.

Segundo Eros Roberto Grau (1998, p. 176):

[...] não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela - da norma - até a Constituição. Uma norma jurídica isolada, destacada, desprendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum.

Dessa maneira, há necessidade de uma interpretação constitucional sistêmica, analisando-se as regras, princípios e preceitos constitucionais de forma una, sob pena de interpretações equivocadas e não atingimento dos objetivos da República (art. 3º, CF).

É o que propõem Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2014, p. 115):

A interpretação sistemática [...] é aquela empreendida

à vista das relações de coordenação e subordinação da norma jurídica analisada com as demais normas integrantes do sistema, quer situada no mesmo patamar de hierarquia, quer situada em patamar superior.

Na verdade, o objetivo da interpretação sistemática é a análise da norma jurídica como parte do sistema. Assim, interpretar uma norma implica a interpretação do sistema, como um todo.

Se para interpretar a Constituição há necessidade de cautela, que se dirá aos dispositivos infraconstitucionais, mais ainda. Todo e qualquer ato normativo deve retirar fundamento de validade do texto constitucional, isso importa relacionar a legislação infra a efetividade do texto constitucional, aplicando seus princípios e agindo consoante aos seus vetores. Para que se alcance o melhor sentido da norma, aplicando-a ao caso concreto, imprescindível entendê-la como parte de um sistema composto por elementos políticos, históricos e ideológicos.

Para analisar a constitucionalidade do PPE é necessário antes verificar os dispositivos constitucionais autorizadores da medida e os princípios constitucionais, de forma sistêmica, como explicado.

Imperioso iniciar a análise pelos arts. 1º e 3º da CF que tratam dos fundamentos e dos objetivos da República, respectivamente. Dentre os fundamentos estão: a dignidade da pessoa humana (inc. III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inc. IV).

A dignidade da pessoa humana, em razão de sua relevância, também é um direito fundamental constitutivo de um núcleo mínimo intocável, invulnerável, objeto de tutela de qualquer Estado Social Democrático. Por consequência, o princípio da dignidade humana deve ser traduzido com uma barreira à “redução do homem à condição de

mero objeto do Estado e de particulares.” (MACÊDO, 2013).

Para Fábio Konder Comparato (2001, p. 29):

O juiz não pode, sob o falso argumento de que não é um órgão político, recusar-se a apreciar eticamente as lides submetidas ao seu julgamento. A finalidade última do ato de julgar consiste em fazer justiça, não em aplicar cegamente as normas de direito positivo. Ora, a justiça, como advertiu a sabedoria clássica, consiste em dar a cada um o que é seu. O que pertence essencialmente a cada indivíduo, pela sua própria natureza, é a dignidade de pessoa humana, supremo valor ético. Uma decisão judicial que negue, no caso concreto, a dignidade humana é imoral e, portanto, juridicamente insustentável.

Logo, para que a dignidade humana seja preservada, o cidadão precisa de algumas condições básicas de vida, dentre elas, ser remunerado pela força de seu trabalho.

Dessa forma, o salário mínimo, piso mínimo normativo, torna-se garantia expressa do mínimo existencial digno, definido por Torres (1995) como o mínimo necessário à existência, sem o qual cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. Fiorillo (2000) indica que tais condições estão expressas no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos sociais à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (MACÊDO, 2013).

Nessa linha de construção interpretativa é que o princípio da irredutibilidade salarial deve ser aplicado, sendo possível sua

flexibilização somente nos exatos termos permitidos pela Constituição Federal.

Sobre a flexibilização, alerta Souto Maior (2002, p. 11):

Verifica-se, ademais, na realidade, o aumento da utilização fraudulenta dessas leis. Ainda que o propósito das leis de flexibilização tivesse sido trazer parte das pessoas, que atuam no chamado “mercado informal”, para a formalidade, o fato é que, em concreto, tais leis estão servindo para acabar com o emprego tradicional, conduzindo os “ex-empregados” para uma situação de semi-emprego (por exemplo, contrato a tempo parcial) ou de ocupação sem qualquer garantia trabalhista (por exemplo, cooperativas de trabalho).

Relacionando a fundamentação ao art. 3º somente será possível construir uma sociedade livre justa e solidária (inc. I) e erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais e regionais (inc. III) a partir da preservação dos direitos fundamentais e sociais e da justa distribuição de renda e, para isso, imprescindível valorizar o trabalho humano.

O próprio art. 1º da Constituição Federal, que apresenta como base da República Federativa do Brasil o princípio do valor social do trabalho já estabelece que trabalho humano não pode ser negociado como se fosse um simples bem de mercado.

Segundo Arnaldo Süssekind (2003, p. 198-199), as normas de ordem pública no Direito do Trabalho consistem em evitar que se pratiquem ofensas ou abusos do princípio da autonomia da vontade, podendo ser utilizadas na medida em que atendam as finalidades sociais. Portanto, redução de percentual de horas extras, de adicional de insalubridade, periculosidade, de investimentos empresariais na melhoria

do ambiente de trabalho, como por exemplo, cursos de treinamento profissional, não podem ser admitidos ainda que coletivamente pactuados.

Outro limite para a redução salarial ao PPE é o fato de não se poder propor tal redução por este instrumento, salvo se estivesse de forma transparente tipificado os motivos que levaram à referida proposta, que no caso se justificaria apenas e somente em face de graves crises empresariais, econômicas motivada por uma conjuntura nacional ou uma série de fatores que de fato inviabilizaria a própria atividade empresarial, podendo levar ao encerramento de suas atividades e, nesse sentido, haveria necessidade de redução salarial envolvendo a todos na empresa, até mesmo a diretoria.

La rebaja de salarios, como último recurso es un medio viable para salvaguardar la fuente de trabajo y evitar despidos, afrontando con menores costos la crisis que soportan muchas empresas.

Sin embargo, para neutralizar o minimizar los efectos negativos de la rebaja, es mucho más importante que la correcta gestión legal del cambio, una adecuada comunicación de la conducción de la empresa a los trabajadores afectados. Además, si la rebaja es justa y razonable, debería alcanzar a toda la estructura, en especial a la máxima conducción de la empresa. A su vez, si las condiciones mejoraran, la empresa debería revisar las medidas, seguramente bajo mecanismos variables, de modo que una parte de los ingresos estén garantizados, y otros se relacionen con los resultados, que generalmente deben combinar las ventas y facturación, la producción, la productividad y la rentabilidad (DIEGO, 2014, p. 1).

E ainda assim, considerando que se trata de um processo de negociação coletiva de trabalho, deverá haver algo em troca para os

empregados, que no caso, poderia ser a segurança por um dado período dos empregos, mais significativo e eficaz para manter os postos de trabalho, já que no caso do PPE a garantia provisória de emprego será aplicada durante o período de sua redução, estendendo-se por mais um terço desse período (ex: adesão ao programa de 6 meses, garantia de emprego por mais 2 meses – total: 8 meses).

Também, ainda que presentes as hipóteses acima, não é possível falar em redução salarial sem que seja por um período previamente determinado e em um percentual máximo que garanta a dignidade no trabalho. Por exemplo, não é possível negociar reduções absurdas que não respeite um critério escalonado, levando-se em conta a garantia das conquistas sociais. Trata-se de uma situação de excepcionalidade.

Contudo, esse não é o entendimento que historicamente está sendo defendido pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), podendo citar aqui a Orientação Jurisprudencial n. 73, que tratou da possibilidade do pagamento mensal da participação nos lucros dos empregados da Volkswagen a fim de compensar a redução salarial que tiveram (aproximadamente 15%), para evitar a demissão em massa. No caso, o TST considerou válida a negociação coletiva havida, embasando-se no princípio da autonomia coletiva, muito embora contrariasse o contido na Lei nº 10.101/2000, que trata da participação dos empregados nos lucros da empresa, impondo que os pagamentos a este título só podem ocorrer duas vezes ao ano. O pagamento mensal, da forma como foi feito, caracterizaria verba de natureza salarial e não indenizatória. Mesmo assim, em ações julgadas pelo mesmo Tribunal promovidas por empregados demitidos restou o posicionamento da Corte no sentido que não caberia referida descaracterização por conta do contido no artigo 7º XXVI da CF que reconhece o princípio da autonomia coletiva. Em curtas

palavras, é possível afirmar que o TST praticamente não reconheceu os limites impostos ao princípio citado.

A justificativa de aplicabilidade do princípio do pleno emprego, protegendo-se os empregos em razão da crise, não foi bem executada com a edição do PPE, por conta, principalmente, do reduzido número de empresas que cumprem os requisitos do programa e pela deficiência no cumprimento do requisito transparência quando da negociação coletiva. A ideia até foi interessante, mas a forma como foi delineado não atende as finalidades sociais e constitucionais. Aliás, não se pode admitir que o princípio da livre iniciativa prevaleça aos princípios do valor social do trabalho e da dignidade humana, pois, tanto a valorização do trabalho humano quanto à livre iniciativa são fundamentos da ordem econômica e devem coexistir de forma equilibrada (art. 170, *caput*).

Corroboram os ensinamentos de Süsskind (2003, p. 198):

O Estado moderno [...] deve regular a ordem econômica e social de maneira que sejam respeitados os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho como condição da dignidade humana, [isso] inclui nos próprios textos constitucionais os preceitos mínimos de proteção ao trabalho, sublinhando, com essa atitude, a preponderância dos preceitos de ordem pública atinentes ao Direito do Trabalho.

Como também é objeto de discussão para Miraglia (2009, p. 160-161),

Para a concretização da dignidade da pessoa humana é indispensável a valorização do trabalho, por meio da efetivação das normas trabalhistas, pois é o labor a peça fundamental de afirmação individual e

social do ser humano. O princípio da dignidade da pessoa humana e, em especial, o seu aspecto social, ressaltado pelo valor-trabalho, devem nortear toda a produção e aplicação normativa, a fim de garantir a interpretação das leis conforme a Constituição, afastando-se a interpretação da Carta Magna à luz das leis infraconstitucionais, o que deturpa todo o sentido do ordenamento jurídico.

Evidente que diante de uma colisão de interesses, isto é, choque entre os princípios da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, a interpretação deve ser sempre em favor do interesse coletivo (prevalência do interesse coletivo sobre o privado), ainda mais em razão do exercício da livre iniciativa estar condicionado à função social da propriedade (art. 170, inc. III), e seu desdobramento função social da empresa, buscando-se, nesse sentido, atingir a uma finalidade social de redução das desigualdades e desenvolvimento social.

Toda e qualquer negociação coletiva de trabalho deve se orientar por esses mesmos critérios e, sempre que desrespeitar os direitos mínimos já conquistados pela classe trabalhadora deverá ser considerada inconstitucional. **O acordo coletivo de trabalho não pode servir para retirar ou diminuir direitos. Sua existência somente se justifica dentro da lógica do Direito do Trabalho quando significar avanço efetivo das condições sociais dos trabalhadores.** A autonomia privada coletiva, a negociação coletiva e os acordos coletivos de trabalho não podem, em hipótese alguma, implicar renúncia a direitos. **O momento de crise não pode servir de justificativa para a renúncia de direitos** (ALMEIDA, 2015). (grifo nosso)

Para fechar essa análise interpretativa do texto constitucional, invoca-se o enunciado pelo art. 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” Claro está que a valorização do trabalho humano, o bem estar e a justiça social devem ser buscados, mais que isso, é responsabilidade do Estado garanti-las e efetivá-las. Ao que parece não são esses os objetivos que o Programa de Proteção ao Emprego atingirá.

CONCLUSÃO

A análise sistêmica do texto constitucional, levando-se em consideração seus preceitos, princípios, fundamentos e objetivos demonstrou que, embora a ideia de proteger os postos de trabalho calcada no princípio do pleno emprego seja boa, a medida não atinge aos objetivos e, tampouco, atende aos princípios constitucionais, pois, mesmo estando representado pelo sindicato verifica-se a deficiência no cumprimento do requisito transparência quando da negociação coletiva.

Inicialmente porque a garantia à percepção salarial é um meio de valorizar o trabalho humano e de reduzir as desigualdades sociais, impedindo a exploração patronal abusiva. O princípio da irredutibilidade salarial tutela esse direito e, aliado à dignidade da pessoa humana, deve ser compatível à subsistência do trabalhador e de sua família.

Somente será possível construir uma sociedade livre justa e solidária, erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais e regionais pela preservação dos direitos fundamentais e sociais e da justa distribuição de renda e, para isso, necessário valorizar o trabalho humano.

O princípio da livre iniciativa não deve se sobrepor aos princípios do valor social do trabalho e da dignidade humana, mas sim

coexistirem harmoniosamente. De qualquer sorte, se houver colisão, a interpretação deve ser a que privilegie o interesse coletivo sobre o privado, isto porque o exercício da livre iniciativa está condicionado à função social da atividade empresarial, buscando-se a redução das desigualdades e o desenvolvimento social.

Em razão disso, a CF/88 prevê, de forma excepcional, a redução salarial por meio de acordo ou negociação coletiva com a participação do sindicato dos trabalhadores. Mas, por óbvio existem requisitos a serem observados: - a empresa deve estar em condições econômico-financeiras graves, com riscos de encerrar suas atividades; a redução deve ser a todos os funcionários da empresa; e deverá existir uma contrapartida aos empregados, uma medida compensatória, poderia ser a garantia de emprego, mas em tempo proporcional para que haja segurança e condições de equilíbrio entre a medida, a reestruturação da empresa e aos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Reduzir salários é restringir direitos fundamentais, reduzindo o poder aquisitivo do trabalhador, acentuando as desigualdades sociais e desvalorizando o trabalho humano; é transferir ao empregado, o polo mais frágil da relação, os riscos da atividade econômica, socializando o prejuízo em detrimento à dignidade do trabalhador e à efetividade de bens jurídicos inerentes ao exercício de seu direito à vida, tais como saúde, educação, moradia, alimentação, transporte e lazer; é relegar o trabalhador a sua própria sorte, para adequação da vida da maioria paupérrima à realidade economia do país na reorganização de suas contas básicas na luta pela sobrevivência. Como se o salário mínimo garantido fosse suficiente para suprir todas as necessidades básicas garantidas pela Constituição Federal (alimentação, moradia, transporte, educação, saúde, cultura, lazer etc.). Por isso, o PPE ao reduzir o salário dos trabalhadores

diminuindo, ainda mais, seu poder aquisitivo e comprometendo o exercício do direito ao trabalho e a uma vida digna, é inconstitucional.

E, por último, o art. 193 da CF ao estatuir que a “ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” afirma que a valorização do trabalho humano, o bem estar e a justiça social devem ser efetivados, portanto incompatíveis com o Programa do governo federal, aprovado em lei ordinária “inconstitucional”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de. **As falácias (e a verdade) do Programa de Proteção ao Emprego**. 2015. Disponível em: <<http://sindicalistasdoprojpopulard.org.br/index.php/2015/10/22/para-estudar-as-falacias-e-a-verdade-do-programa-de-protecao-ao-emprego/>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

AMORIM, Ricardo. **Tem jeito sim**. 2015. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/colunas-e-blogs/coluna/410215_TEM+JEITO+SIM>. Acesso em: 5 mar. 2016.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: C. Bastos, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/>

ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 8 jan. 2016.

_____. **Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965.** Institui o Cadastro Permanente das Admissões e Dispensas de Empregados, Estabelece Medidas Contra o Desemprego e de Assistência aos Desempregados, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L4923.htm>. Acesso em: 30 jan. 2016.

_____. **Lei n. 13.189, de 19 de novembro de 2015.** Institui o Programa de Proteção ao Emprego – PPE. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13189.htm>. Acesso em: 30 jan. 2016.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Seguro-desemprego formal.** Brasília, 11 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/seguro-desemprego/modalidades/seguro-desemprego-formal>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. **Programa de proteção ao emprego.** 2015. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/apresentacoes-2015/apresentacao_ppe.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CALCINI, Ricardo Souza. **As novidades do PPE:** desde a MP 680 até a recente Lei 13.189/2015 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-28/novidades-ppe-mp-680-recente-lei-131892015>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHADE, Jamil. **Brasil terá maior alta do desemprego entre grandes**

economias em 2016, prevê OIT. 2016. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tera-maior-alto-do-desemprego-entre-grandes-economias-em-2016--preve-oit,10000007484>>. Acesso em: 5 mar. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 14, p. 15-29, 2001.

CURADO, Marcelo. **Lula, Dilma e o colapso da credibilidade.** 2016. Disponível em: <<https://marcelocurado.wordpress.com/2016/03/10/lula-dilma-e-o-colapso-da-credibilidade/>>. Acesso em: 14 mar. 2016

CURY, Anay; CAVALLINI, Marta. **Conheça cinco causas do ‘fôlego curto’ da economia brasileira.** 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/03/conheca-cinco-causas-do-folego-curto-da-economia-brasileira.html>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

DALVI, Yghor Felipe Del Caro. **Um olhar sobre o Programa de Proteção ao Emprego – PPE.** 2015. Disponível em: <<http://blogs.gazetaonline.com.br/meexplicadireito/262/um-olhar-sobre-o-programa-de-protecao-ao-emprego-ppe/>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. **Salário mínimo nominal e necessário.** 2016. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. **Custo da cesta básica aumenta em todas as cidades.** 2016. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2016/201601cestabasica.pdf>>. Acesso em: 1 mar.

2016.

DIEGO, Julián Arturo de. La rebaja de salarios como una fórmula para preservar la continuidad laboral. **Revista de la Institución INDIPE**, n. 27, p. 1-2, 2014. Disponível em: <<http://www.redtelework.com/imprimir.aspx?id=7862>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GOVENO lança Programa de Proteção ao Emprego e vai garantir parte dos salários dos trabalhadores. 2015. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/governo-lanca-o-programa-de-protecao-ao-emprego-e-vai-garantir-parte-dos-salarios-dos-trabalhadores/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRILLO, Brenno. **Medida que reduz jornada de trabalho fere objetivos do FAT, dizem advogados**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-08/medida-reduz-jornada-trabalho-fere-objetivos-fat>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

GUIA TRABALHISTA. Como a empresa pode solicitar a adesão e se beneficiar com o PPE? 2015. Disponível em: <<http://direito-trabalhista.com/2015/07/29/como-a-empresa-pode-solicitar-a-adesao-e-se-beneficiar-com-o-ppe/>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

MACÊDO, Suzana Carolina Dutra. Salário mínimo e mínimo existencial digno. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 18, n. 3788, nov. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25751/o-atual-salario-minimo-brasileiro-sob-a-perspectiva-do-minimo-existencial-digno>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Programa de Proteção ao Emprego**. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/colunas/programa-de-protecao-ao-emprego/16053>>. Acesso em: 2 mar. 2016.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. O direito do trabalho como instrumento de efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p.149-162, jan./jun. 2009.

PROGRAMA de Proteção ao Emprego alcança quase metade das adesões de empresas. 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/09/programa-de-protecao-ao-emprego-alcanca-quase-metade-das-adesoes-de-empresas>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

PROGRAMA de Proteção ao Emprego já beneficiou mais de 54,5 mil trabalhadores. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/03/programa-de-protecao-ao-emprego-ja-beneficiou-mais-de-54-5-mil-trabalhadores>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SANTOS, Ronaldo Lima. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007.

SANTOS, Vivian Machado dos. Por dentro do FAT. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 26, p. 3-14, dez. 2006, Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2601.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2016.2

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A Fúria. **Revista LTR**, São Paulo, v. 66, n. 11, p. 1287-1309, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, v. 1.

Como citar: OLIVEIRA, Lourival José de; SOUZA, Oreonnilda de. A (in)constitucionalidade da redução salarial prevista pelo programa de proteção ao emprego (lei n. 13.189/2015). **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.201-236, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p201. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 19/03/2016

Aprovado em 18/08/2016

**JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA
E A REPARAÇÃO DE DANOS
EXTRAPATRIMONIAIS AMBIENTAIS**

DEMOCRATIC JURISDICTION AND
REPAIRING THE EXTRA-PATRIMONIAL
ENVIRONMENTAL DAMAGES

Augusto Antônio Fontanive Leal*

Grayce Kelly Bioen**

Carlos Alberto Lunelli ***

* Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Membro do Grupo de Pesquisa ALFAJUS. Advogado.
E-mail: aafleal@ucs.br.

** Mestranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Membro do Grupo de Pesquisa ALFAJUS. Advogada.
E-mail: graycekellybioen@gmail.com.

***Doutor em Direito e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor Titular do Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS).
E-mail: alunelli@gmail.com.

Como citar: “LEAL, Augusto”. Antônio Fontanive; BIOEN, Grayce Kelly; LUNELLI, Carlos Alberto. *Jurisdição democrática e a reparação de danos extrapatrimoniais ambientais. Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.237-263, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p237. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo tem por intuito demonstrar em um primeiro momento, a relevância da participação popular para a construção de um Estado de direitos do meio ambiente e a forma com que vem sendo assimilado no ordenamento brasileiro, tendo por base a democratização da jurisdição que objetiva a tutela do bem ambiental. Ao deflagrar limitações no tocante ao envolvimento da coletividade nas questões relacionadas ao meio ambiente, como a participação indireta na ação

civil pública, pretende-se, em um segundo momento, demonstrar o reconhecimento de um direito à personalidade do meio ambiente em virtude de um dano moral (ou extrapatrimonial) da própria coletividade, que passa a ser incluída, ainda que de forma reflexa, para a concretização do princípio da reparação integral do dano. Para tanto, a necessidade de abordar a possibilidade de indenização por danos extrapatrimoniais ambientais tendo por base uma jurisdição democrática e a reparação integral de danos causados ao meio ambiente.

Palavras-chave: Estado; dano ambiental; jurisdição ambiental.

Abstract: This paper's purpose is to analyze the importance of popular participation in the constructing of environmental rights in sovereign States; likewise, this research focuses on how this process has been assimilated in the Brazilian legal system. Furthermore, we should note that this process has the aim of the jurisdiction's democratization, which also aims to protect the environment. However, there are growing limitations in regards to the involvement of the community in issues related to the environment, such as indirect participation in class actions. This study intends to demonstrate the importance of the environment's right to personality when suffering moral or extra-patrimonial injuries within its own community and it should be included, even if reflexively, so that the

principle of full compensation of damages can be implemented. Therefore, this paper addresses the possibility of compensation for extra-patrimonial environmental damage based on democratic jurisdiction.

Keywords: State; environmental damage; environmental jurisdiction.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas o assunto meio ambiente tem sido alvo de inúmeras discussões, sendo que sua importância para a existência das presentes e futuras gerações tornou-se algo pacificado entre os estudiosos, que reconhecem a importância da temática inspirar novas legislações, doutrinas e decisões judiciais.

Ao longo dessa empreitada de saber, diversas conclusões apontaram para a relevância da participação popular no ordenamento jurídico, como instrumento desencadeador da responsabilidade pela causa verde, capaz de proporcionar uma mudança de hábitos e a fuga da falsa ideologia de que compete somente ao Estado resguardar os bens coletivos e difusos.

Além disso, também é possível embasar a existência de um Estado de Direito Ambiental, onde as questões em torno da natureza assumem papel de destaque em frente a outras, já que da sobrevivência do planeta, preocupação dessa modalidade estatal que surge, derivam todas as demais.

Por essa razão, o presente estudo em seu primeiro tópico, visa demonstrar a influência e a importância da participação popular para a consolidação de um Estado de Direito Ambiental. Demonstrando ainda, as limitações a serem superadas, como o caso da ação civil pública, que pressupõe uma participação indireta da população e o caso da Usina de Belo Monte, como caso emblemático de relutância em inserir a coletividade na tomada de decisões, mesmo diante de previsão constitucional.

Já no segundo tópico abordado, pretende-se demonstrar que a coletividade tem sido utilizada como fundamento para a concessão

de um dano extrapatrimonial, que reconhece o direito à personalidade do meio ambiente. Por essa lógica, ele pode vir a ser indenizado por danos morais oriundo dos reflexos que determinada atividade danosa ocasionou ao meio ambiente e causou prejuízos ao coletivo. Sendo assim, a coletividade apesar de não possuir a efetiva participação popular nos instrumentos decisórios, por outro viés, tem sido utilizada pelos Tribunais para condenar o poluidor-pagador a uma efetiva reparação (a mais próxima possível da integral) do dano.

O presente estudo visa demonstrar os dois ângulos do tema acerca do dano extrapatrimonial: a coletividade e as limitações existentes de um lado e as contribuições existentes de outro. Demonstrando que pouco a pouco, vem ganhando espaço e se aproximando de um modelo ideal de um Estado de Direitos do meio ambiente.

1 JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA E COLETIVIDADE NO ESTADO DE DIREITOS DO MEIO AMBIENTE

Após a Constituição Federal de 1988 foi possível cogitar a existência de um efetivo Estado de Direito Ambiental, onde questões pertinentes ao meio ambiente deixaram de encontrar-se apenas em legislações dispersas, como exemplo a Política Nacional do Meio Ambiente – PNUMA, criado pela Lei 6.938 de 1981, que deu origem ao SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), conseqüentemente possibilitando a criação do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), do IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) e do MMA (Ministério do Meio Ambiente), para ocuparem lugar de respeito na Carta Magna que viria a ser reconhecida como Constituição Verde, já que foi pioneira em trazer

para a Lei Maior uma notória preocupação com a natureza, bem de uso comum do povo.

Essa preocupação com o meio ambiente demonstra a possibilidade de existência de um Estado de Direito Ambiental, onde se reconhece a importância da preservação da natureza como própria do interesse da sociedade. Neste sentido, Araújo Ayala e Morato Leite entendem Estado de Direito Ambiental como:

O Estado de Direito Ambiental constitui um conceito de cunho teórico-abstrato que abrange elementos jurídicos, sociais e políticos na persecução de uma condição ambiental capaz de favorecer a harmonia entre os ecossistemas e, conseqüentemente, garantir a plena satisfação da dignidade para além do ser humano (AYALA; LEITE, 2011, p. 39).

Resta evidente que uma conceituação precisa do que vem a ser essa forma específica de Estado é impossível, haja vista que engloba diversos aspectos que se unidos possuirão algo em comum: a busca por uma efetiva preservação dos recursos naturais com a finalidade de garantir que haja esperança para a existência digna das futuras gerações; de modo que elementos essenciais à sobrevivência humana, como água potável, camada de ozônio e até mesmo recursos energéticos não falem.

Este aspecto, abordado Ayala e Leite (2011, p. 43), refere que os pressupostos que garantem a existência dessa modalidade estatal devem ser compartilhados entre governo e sociedade, pois de nada vale que existam ações do primeiro sem que ocorra o envolvimento do segundo; ambos devem andar juntos para que haja efetividade na tutela ambiental.

A partir disso, surge a importância da globalização de direitos em prol do meio ambiente. É certo que em se tratando de direitos difusos, não

há como restringir sua aplicação, uma vez que além de indetermináveis, tais direitos devem ser compreendidos de acordo com sua fluidez, por meio de uma dilatação na satisfação das necessidades e setores de amplos setores de uma sociedade (BOLZAN DE MORAIS, 1996, p. 138).

Abordar, então, o aspecto de um direito difuso, no âmbito da tutela do bem ambiental, leva a considerar uma internacionalização jurídica. Neste ponto, José Joaquim Canotilho ao tratar do postulado globalista é enfático ao dizer:

A proteção do ambiente não deve ser feito a nível de sistemas jurídicos isolados [estatais ou não] mas sim a nível de sistemas jurídico-políticos, internacionais e supranacionais, de forma que se alcance um standard ecológico ambiental razoável a nível planetário e, ao mesmo tempo, se estruture uma responsabilidade global [de estados, organizações, grupos], quanto as exigências de sustentabilidade ambiental (CANOTILHO, 2001, p. 1).

A proteção ao meio ambiente não deve ser realizada de forma isolada pelo poder público através da criação de legislações específicas e da respectiva fiscalização de seu cumprimento, pois apenas isso não basta para compor um Estado Verde. Tal concepção parte da premissa de que a responsabilidade é apenas estatal, quando em realidade não é, já que o próprio artigo 225 da Constituição Federal brasileira impõe também à coletividade o dever de defendê-lo “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, *impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*” (BRASIL, 1988, p. 1) (grifo nosso).

A participação popular mostra-se importante à medida que desencadeia o sentimento de responsabilidade em uma sociedade acostumada a responsabilizar a ineficiência do governo enquanto responsável pelo gerenciamento dos recursos naturais, sem, no entanto, perceber sua parcela de culpa pela escassez de água potável, apagões energéticos e o próprio desmatamento.

Contudo, infelizmente percebe-se que as questões pertinentes ao meio ambiente chegam ao conhecimento da população de uma forma distorcida, através de eufemismos que visam atenuar a triste realidade que permeia a ceara ambiental. Além disso, a pós-modernidade que para o sociólogo Zygmunt Bauman (2000) é líquida e absorve as informações de noticiários e revistas com a mesma liquidez, assimilando agora, quiçá refletindo por alguns instantes e logo em seguida, já não se recorda mais da problemática que pouco antes havia sido motivo de angústia.

Parte da responsabilidade por esse quadro atual encontra-se na deficiência que há em compreender a prática existente por trás da teoria. Pois para muitos o meio ambiente ainda é visto como causa a ser abraçada por ecologistas e estudiosos, o que conseqüentemente o afasta de grande parte da população que necessitaria alterar seus hábitos e compreender a grandiosa parcela contributiva que eles apresentam; já que a mera existência por si só já é poluidora.

E a respeito disso, menciona-se uma instigante iniciativa criada pela organização não governamental WWF (*World Wide Fund for Nature*) que possibilita fazer o cálculo da Pegada Ecológica e ver quantos planetas seriam necessários se todas as demais pessoas apresentassem um estilo de vida similar ao de quem realizou o teste.

Cumprе salientar que Latour, ao abordar o papel das organizações não-governamentais, ao qual ele denomina movimentos ecológicos,

vivenciam uma prática diversa da teoria pregada, principalmente por pregarem de forma tão extensa a interferência humana na natureza, que acabam dizendo pouco ou nada a respeito dela. Sobre isso “Pretende proteger a natureza e colocá-la ao abrigo do homem, mas, em todos os casos, volta a incluir também os humanos, que intervém ainda mais vezes, de forma ainda mais refinada, ainda mais íntima, e com uma aparelhagem científica ainda mais invasora (LATOURE, 2004, p. 45).

A participação de uma sociedade capaz de compreender a gravidade e a relevância das questões que envolvem a natureza, de modo a tentar reverter esse quadro caótico, fugindo ao viés ambíguo que Latour destaca, encontra-se como pressuposto de um Estado de Direito Ambiental.

A prática unida ao conhecimento pode ser a tarefa de uma educação do futuro. E a respeito disso, Morin (2001, p. 91):

A compreensão é, ao mesmo tempo, meio e fim da comunicação humana. O planeta necessita, em todos os sentidos, de compreensões mutuas. Dada a importância da educação para a compreensão, em todos os níveis educativos e em todas as idades, o desenvolvimento da compreensão necessita da reforma planetária das mentalidades, esta deve ser a tarefa da educação do futuro.

Neste talante, a importância de que o conhecimento de cunho ambiental seja propagado sem restrições, de maneira a propiciar uma alfabetização ecológica da sociedade. Para tanto, deve-se observar que reter o conhecimento é a mesma coisa que subjugar a sociedade, quando esta é privada do saber ecológico. Com isso, a lógica inversa é a de que por meio do conhecimento, haveria a libertação, conforme aduz Bauman

(2010, p. 26):

Uma vez que os determinantes do destino tenha sido objetificados, e uma vez que se tenha negado à vontade do sujeito o poder de forçar, influenciar ou instigar objetos externos, levando-os à submissão, o único poder de relevância para o anseio primevo de certeza é o conhecimento.

Ao propor uma mudança paradigmática através da educação para todas as idades, ainda que de forma simplista, é demonstrada a necessidade que há de uma aproximação dos debates, das pesquisas, de toda a produção científica realizada até então, de forma acessível a todos, para que se possam plantar pequenas mudanças de hábitos em curto prazo e colher seus frutos no porvir.

Entre os pilares que compõem o Estado de Direito Ambiental encontram-se princípios fundamentais que norteiam os mecanismos de tutelas. Entre eles é possível destacar o da participação pública, que reforça a ideia trazida por Araújo Ayala e Morato Leite:

A concretização do Estado de Direito Ambiental converge obrigatoriamente para mudanças radicais nas estruturas existentes da sociedade organizada. E não há como negar que a conscientização global da crise ambiental exige uma cidadania participativa que compreende uma ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental. Não se pode adotar uma visão individualista sobre a proteção ambiental, sem solidariedade e desprovida de responsabilidades difusas globais (AYALA; LEITE, 2011, p. 41).

Cidadania entendida como uso dos direitos civis, sociais e

políticas é a palavra-chave para conscientização, já que o exercício dela é o que pressupõe uma mudança paradigmática de modo a compreender e desenraizar a ideia de que o meio ambiente é responsabilidade do Estado de modo exclusivo. Sendo que a solidariedade nesse contexto pode ser entendida como elo entre a população e as interações com o meio ambiente, onde as doações são realizadas para ele, visando que viva mais, já que para alguns autores como James Lovelock, a terra é um ser vivo! (LOVELOCK, 2010).

Fensterseifer e Sarlet (2014, p. 115) entendem a participação popular como:

A participação popular, portanto, por imposição do próprio constituinte, deve se dar também e cada vez mais de forma direta [e não representada] quando em causa a formação da vontade do Estado, especialmente – para o que aqui interessa – no que toca à sua atuação no campo ecológico, assumindo uma responsabilidade compartilhada entre Estado e sociedade.

Paradoxalmente ao exposto pelos autores, em matéria ambiental a participação não é direta. A Lei 7.347 de 1985 (BRASIL, 1985), a Lei da Ação Civil Pública, tida como o instrumento capaz de responsabilizar os danos causados ao meio ambiente, em seu artigo 5º expressa o seguinte:

Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - O Ministério Público;
II - A Defensoria Pública;
III - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios
IV - Autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - A associação que, concomitantemente: a) Esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil.

Percebe-se que a sociedade civil, a população em geral, a coletividade, não possuem voz ativa nas discussões a respeito do meio ambiente, tanto é verdade que toda e qualquer denúncia que desejam fazer para provocar o Judiciário é realizada através de órgãos auxiliares da justiça, como o Ministério Público, conforme artigo 6º da Lei de Ação Civil Pública (BRASIL, 1985), que é parte legítima para iniciar um processo e participar do seu desenvolvimento, fazendo com que a participação popular seja realizada de forma representativa ou indireta.

Tal modalidade de participação é excludente na medida em que há uma perda considerável do vínculo com a problemática ambiental, fazendo com que a luta pelo meio ambiente deixe de ser do cidadão comum, para ser de um órgão estatal. E apesar do cidadão comum poder ser informado sobre o andamento processual da causa, acaba não acompanhando os desdobramentos que dela resultam. Muitas vezes por não obter informações de modo acessível, tendo que dirigir-se a órgãos públicos, onde serão informados no “juridiquês” sobre o andamento da questão.

Essa situação remete a Josef K, personagem da obra *O Processo*, de Franz Kafka (KAFKA, 2001) que passa grande parte do enredo tentando obter informações a respeito da ação processual ao qual está envolvido, dirigindo-se a inúmeros locais e dialogando com diversas pessoas, sem obter informações precisas.

Em se tratando da representatividade, é importante referir que a atuação da sociedade nos processos que envolvam a tutela do

bem ambiental devem estar baseadas na democracia que rege o Estado pós-moderno brasileiro. Porém, isso não significa dizer expurgar a própria representatividade deste viés democrático. A respeito da representatividade, aduz Silveira (2014, p. 213):

Por oposição à representação, a participação pressupõe a interveniência civil nos processos decisórios, que os cidadãos sejam ouvidos enquanto integrantes da sociedade civil. Trata-se de ordem política constitucional diversa dos regimes tradicionais, o que não exclui a democracia representativa, mas implica a atuação direta do cidadão no exercício do poder.

Como salientado por Silveira, a atuação democrática, apesar de ser modalidade diversa da usual, não interfere na representatividade. Poder-se-ia dizer que a fortalece e que significaria um avanço no tocante ao envolvimento entre sociedade e meio ambiente, que ao exercer uma imposição constitucional, estaria assegurando o direito ao meio ambiente equilibrado ecologicamente e contribuindo para a existência de um novo paradigma.

Inúmeros são os desafios para que a participação popular de uma forma direta ocorra. Todavia, existe uma forte relutância em torno da matéria, prova disso é o caso emblemático da Usina de Belo Monte, onde a polêmica teve início com o Decreto 788/2005 (BRASIL, 2005) que autorizou o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte.

Além dos impactos ambientais e sociais ocasionados com a construção da obra, o desrespeito à norma constitucional que determina que a oitiva das comunidades indígenas fosse realizada, mostra-se de grande relevância jurídica, à medida que a própria a Constituição Federal

(BRASIL, 1988) determina que:

Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

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

Considerando a problemática apresentada, mormente quanto à ausência de participação direta na ação civil pública, necessita-se uma releitura de institutos processuais, de modo que não se busque apenas uma decisão heterônoma, devendo esta seja desenvolvida a partir da inclusão e da participação (SILVEIRA, 2014, p. 101).

Com isso, a viabilização de procedimentos que reconfigurem a noção da ação civil pública necessita de certos critérios para que se efetive. Como afirmam Lunelli e Marin (2012, p. 16) as decisões devem ser proferidas por juízes que tenham um comprometimento ideológico com a salvaguarda da natureza. Assim, as decisões serão dotadas de um caráter politicamente constitucional, atendendo ao direito fundamental ao meio ambiente.

De outra banda, as decisões devem passar pela deliberação dos membros da sociedade, para além do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública referido alhures. A deliberação é respaldada com a finalidade

de efetivamente democratizar o acesso ao judiciário de todas as pessoas que são afetadas pela degradação ambiental. Deste modo, a teor do que conclui Leonardo da Rocha de Souza, para assegurar a efetividade da deliberação, é imprescindível que seja implementado um método que transmita ao participante a situação que se precisa resolver, a fim de que esta seja compreendida, transmitida e efetuada da maneira mais adequada (SOUZA, 2013, p. 155). Um dos meios que viabilizariam a deliberação certamente seria a adoção de audiências públicas no curso das ações civis públicas que permitissem a instrução e acesso de toda a coletividade envolvida na questão litigada.

É a partir disso que passa a tomar contornos a noção da jurisdição democrática, isto é, uma jurisdição que atenda à demanda pela preservação e defesa do meio ambiente de forma consoante com o ansiado pela sociedade, fornecendo condições para participação ativa dos cidadãos no curso da ação civil pública e garantindo espaços de diálogo que contenham meios para que o assunto litigado seja deliberado.

Além disso, o caso em tela serve a título exemplificativo para demonstrar que existe uma relutância no ordenamento jurídico no tocante a participação popular nas decisões. É como se não houvesse interesse em incluir a coletividade como parte do processo decisório. O que evidencia as limitações existentes no ordenamento jurídico, que apesar das inúmeras conquistas em termos legislativos e o engajamento (ainda que apenas maquiado) na causa verde, ainda não teve uma mudança paradigmática necessária e verdadeira, que vislumbrasse a importância do envolvimento social para a implementação eficaz de um Estado de Direito Ambiental, de modo a se estabelecer uma jurisdição democrática que condiga com os anseios da sociedade.

2 REPARAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL: CONCEPÇÃO E ANÁLISE

Nos últimos tempos vem ganhando força no ordenamento jurídico a concepção de um dano que encontra amparo no princípio da reparação integral, pois ele busca reparar não apenas o estrago material que foi realizado em determinada área, mas ir além, atingindo a esfera psíquica ou imaterial.

Com efeito, deve-se realizar uma análise do bem ambiental de modo a considerá-lo por meio de um direito fundamental e essencial à qualidade de vida. Sendo que, uma lesão ao bem ambiental pode resultar em danos materiais e extrapatrimoniais, caracterizados estes últimos, conforme Morato Leite e Ayala (2011, p. 292), “[...] pela violação a direito cuja integridade é de interesse comum e indispensável ao respeito à dignidade humana”.

Tal reconhecimento encontra amplo espaço de debate na jurisprudência, pois pressupõe a existência de um direito à personalidade do meio ambiente e que todo e qualquer ato bárbaro cometido contra a natureza atinge não apenas o físico, mas o moral, fazendo com que seja concebida essa modalidade de dano também.

Nesse ínterim, é importante compreender que a reparação por dano extrapatrimonial ambiental é voltada para o passado, em decorrência de danos já previamente produzidos. Nas palavras de Ricardo Luis Lorenzetti, quanto à reparação, o juiz passa a realizar um juízo retrospectivo (LORENZETTI, 2010, p. 146). Com isso, é certo que a abordagem que ora se faz a respeito de reparações extrapatrimoniais de danos ambientais é feita com base em fatos já ocorridos.

Tratando-se então da reparação por dano extrapatrimonial

ambiental, a grande problemática gira em torno de que os direitos de personalidade possuem caráter personalíssimo, não podendo ultrapassar a esfera do indivíduo, que possui o controle de seu corpo, do seu nome, da sua imagem e de todos os elementos que formam a sua identidade.

Para tanto, o dano extrapatrimonial deve ser observado por meio de uma vinculação ao direito da personalidade, porém não restringido por este, de forma a atingir um caráter abrangente e solidário. Nesse sentido, conforme, “a lesão ambiental direta não tem concepção de um direito individual e, sim, coletivo, difuso, imaterial e é um bem jurídico autônomo” (AYALA. LEITE, 2011, p. 264).

Levando em conta que o meio ambiente não apresenta em hipótese alguma caráter individual, e sim coletivo, e que é composto por uma diversidade inimaginável de flora e fauna que auxiliam a compor a sua identidade; que atualmente atitudes que o prejudiquem são vistas pela população como algo reprovável (ainda que ela encontre-se estagnada e pouco faça para impedir que ocorram), pode-se dizer que, ainda que de forma tímida, existe uma personalidade ambiental, marcada por características próprias que fazem com que o meio ambiente seja reconhecido como tal.

Razão essa que faz com que Morato Leite e Ayala, ao tratar da temática acerca do dano extrapatrimonial, mencionem a existência desse direito a personalidade e o vinculem à coletividade:

O dano extrapatrimonial está muito vinculado ao direito de personalidade, mas não restringido, pois este é conhecido tradicionalmente como atinente à pessoa física e no que concerne ao dano ambiental, abraçando uma caracterização mais abrangente e solidária, tratando-se, ao mesmo tempo, de um direito individual e um direito de coletividade. O

direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está ligado a um direito fundamental de todos e se reporta à qualidade de vida que se configura como valor imaterial da coletividade (AYALA; LEITE, 2011, p. 264).

Ou seja, todo e qualquer dano ocorrido contra o meio ambiente é um dano ocorrido contra a própria coletividade que o representa e depende dele para subsistir hoje, amanhã e sempre. Esta concepção faz com que a personalidade que o meio ambiente possui, tenha um alcance maior, fazendo com que os reflexos que determinada tragédia ambiental possua, reflita na sociedade que o rodeia, o que fundamenta a existência de um pedido indenizatório.

Tal posicionamento ainda apresenta relutância em alguns tribunais, que entendem que o direito a personalidade apresenta características exclusivamente individuais, como o entendimento do TJMG (BRASIL, 2014) ao tratar da matéria:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL
- DIREITO AMBIENTAL - REEXAME
NECESSÁRIO - REALIZAÇÃO DE OFÍCIO
- APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA -
CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO
PERMANENTE - VIOLAÇÃO DE NORMA
PROTETIVA DO MEIO AMBIENTE -
OBRIGAÇÃO DE REMOÇÃO DE TODAS
AS EDIFICAÇÕES E DE RECUPERAÇÃO
DA ÁREA - **INDENIZAÇÃO POR DANO
MORAL COLETIVO** - NÃO CABIMENTO -
SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA
- RECURSO PREJUDICADO. [...] No caso, como
a conduta do réu - construir em área de preservação
permanente - ofendeu uma norma de proteção do

meio ambiente, ou seja, um direito transindividual, qualificado pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, **não há como falar em dano moral, pois este é personalíssimo e somente visualiza a pessoa, enquanto possuidora de atributos próprios e invioláveis.** (grifo nosso)

O julgado não contemplou a existência de um dano moral a coletividade, salientando o entendimento da Câmara de que ela somente vislumbra a pessoa, enquanto possuidora de personalidade que não pode ser violada. O acórdão excluiu a possibilidade de que o meio ambiente venha a ser contemplado por uma indenização a título de dano moral.

Decisões que se posicionam manifestamente contrárias à existência de um dano extrapatrimonial ou moral, que apesar da divergência na nomenclatura pressupõem o reconhecimento de uma coletividade que teve seu direito fundamental ao meio ambiente equilibrado ecologicamente atingido e que em virtude disso merece ser indenizada; vem perdendo o folego, eis que o Supremo Tribunal de Justiça tem decidido de forma favorável em situações que versam sobre essa matéria:

AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPLEXO PARQUE DO SABIÁ. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER COM INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 3º DA LEI 7.347/1985. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem

decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microsistema de tutela coletiva. 3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. 4. *O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.* 5. *Recurso especial provido*, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, **bem como a condenação em danos morais coletivos**, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual quantum debeatur (BRASIL, 2015). (grifo nosso)

Pelo julgado, percebe-se que o direito à personalidade deixa de ser de um único indivíduo e assume o papel de representatividade de vários, fazendo com que a coletividade seja inserida, ainda que de forma reflexa, no dano ambiental ocasionado. Com esse entendimento, o derramamento de óleo pelos navios cargueiros, a poluição ocasionada pelas indústrias, os imensuráveis quilômetros de área desmatada, a caça ilegal e até mesmo a contaminação do solo com metais pesados poderiam ser passíveis de indenização. Neste sentido, a previsão legal no Art. 14

§ 1º da Lei 6.938/81:

Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: § 1º - *Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.* O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (BRASIL, 1981).

Nessa esteira, o Art. 1º, Inc. I da Lei n. 7.347 de 1985, a Lei da Ação Civil Pública, preceitua: “regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por *danos morais* e patrimoniais causados: I - Ao meio-ambiente” (BRASIL, 1985).

Com a previsão legal e o entendimento que vem sendo consolidado na jurisprudência das instâncias superiores é possível perceber que o Direito Ambiental vem acompanhando as necessidades sociais e ecológicas existentes na modernidade, apresentando um caráter preservacionista, expansivo e inovador.

E apesar de apresentar limitações na esfera processual no que diz respeito ao efetivo cumprimento de uma decisão, o reconhecimento da obrigação de indenizar um dano extrapatrimonial, em um viés ainda que ideológico, já demonstra a relevância que o meio ambiente apresenta para o ordenamento jurídico, superando pouco a pouco, o viés antropocêntrico que o perseguia até então.

Pois essa nova percepção, que permite o reconhecimento de um direito de personalidade exclusivo do meio ambiente, oriundo de um dano reflexo, é uma forma de tentar chegar o mais perto possível do estado anterior que o bem ambiental apresentava antes do evento danoso ocorrer, indo de encontro ao princípio da reparação integral do dano, que apesar de utópica, permite um reparo maior ao estrago realizado.

Por esse viés, se de um lado existe uma relutância no ordenamento jurídico em conceber uma participação maior da coletividade para a formação de um Estado de Direito Ambiental, por outro lado, o sistema tem feito uso dela para elevar o dano ao meio ambiente como causa para indenização extrapatrimonial, já que ele reflete de forma direta na coletividade que o rodeia. A respeito disso, importante dar a palavra à Rodrigues (2004, p. 175):

No mais, percebemos que o que determinam os doutrinadores é a busca, quando diante estivermos de um dano ambiental, do *status quo ante que*, todavia, é praticamente impossível, posto que a derrubada de uma árvore e, sua posterior reposição, jamais irá repor o estado anterior, posto que, no mínimo, o tempo a ser percorrido até que a mesma atinja a idade madura, prejudicará aqueles que ali habitam e, em consequência, as populações vizinhas e assim, sucessivamente. A extinção de um animal, de uma espécie vegetal jamais é recuperada e o ecossistema jamais será reavivado tal qual era antes. Rompe-se uma cadeia que nunca será refeita sem que com isto se percebam prejuízos sensíveis.

Motivo esse que faz com que a decisão jurídica considere a hipótese de um dano moral à coletividade. A extinção de uma espécie devido à caça ilegal e a impossibilidade de tê-la como parte do

ecossistema novamente é um prejuízo imensurável em termos financeiros, pois ultrapassa o valor monetário, já que diz respeito ao patrimônio biológico, histórico e cultural. O desmatamento e a ocupação em áreas de preservação permanente, ainda que indenizados os prejuízos de ordem material, jamais farão com que o impacto ocasionado naquela área desapareça, fazendo com que a coletividade que é possuidora daquele bem de uso coletivo, venha a ser prejudicada.

Motivo esse, que faz com que a decisão jurídica leve em conta além do dano físico, pois há muito além dele, que merece ser analisado e considerado pelos Tribunais. Nessa seara, a indenização surge como instrumento capaz de amenizar a violação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado ecologicamente atingido de uma coletividade, que visa, com a arrecadação da quantia em dinheiro, reparar a área degradada, tentando torná-la o mais próxima possível do estágio anterior ao da degradação.

Ademais, tratando-se de um direito coletivo, que não visa o enriquecimento ilícito das partes e objetiva atingir a maior eficácia possível do princípio da reparação integral do dano, a indenização diferentemente do que ocorre numa relação entre particulares, acaba sendo destinada para um fundo gerido por Conselhos criados com o intuito de reconstituição do bem lesado, conforme determina o Art. 13 da Lei de Ação Civil Pública:

Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados (BRASIL, 1985).

A respeito da indenização por dano extrapatrimonial o maior obstáculo que vem sendo encontrado, reside em um problema comum ao próprio instituto da responsabilidade civil, que é quantificação do dano. Quanto vale uma ofensa ao direito de personalidade? Quanto vale um dano que refletiu direta ou indiretamente na coletividade? Diversos são os questionamentos realizados nesse sentido e diversas são os entendimentos utilizados pelos Tribunais como parâmetro para arbitragem do *quantum*.

Contudo, o principal diferencial dessa indenização, é que tendo o meio ambiente em um dos polos ativos, não há que se falar em enriquecimento ilícito, como dito anteriormente, sendo assim, os valores a serem arbitrados podem apresentar um caráter mais flexível que numa relação entre particulares, fazendo com que a função pedagógica da condenação ao poluidor-pagados seja mais eficaz

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inúmeros são os desafios a serem superados para que seja possível cogitar um Estado democrático que consagre direitos ao meio ambiente, com a inclusão da população na tomada de decisões e na formação de um paradigma ecológico, onde a preocupação com as questões voltadas ao meio ambiente seja vista como fundamental para o equilíbrio do planeta e por essa razão, medidas que se impõem como indispensáveis no cotidiano da coletividade.

Ademais, percebe-se que se de um lado existe uma relutância para aplicar preceitos constitucionais, como o caso da Usina de Belo Monte, onde as comunidades indígenas não foram ouvidas; por outro lado, há um reconhecimento da importância do coletivo quando se trata

de direito ambiental. Prova disso é que o reconhecimento de um direito à personalidade do meio ambiente pelos Tribunais Superiores encontra seus pressupostos na coletividade e o prejuízo que ela terá diante de um determinado evento danoso.

Uma análise no contexto histórico em que o Direito Ambiental está situado serve para demonstrar que houve uma forte evolução nas últimas duas décadas em termos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais. Muitos deles se posicionando no sentido de dar uma maior eficácia a preservação ambiental.

Sendo assim, acredita-se que a participação popular assumirá um papel cada vez mais expansivo nos próximos anos, onde sua importância que já é reconhecida em algumas áreas, propiciando garantias direitos ao meio ambiente. Com efeito, a reparação de um dano extrapatrimonial ambiental possui o condão de expressar o anseio da sociedade na preservação do meio ambiente e em condição de vítima, de maneira difusa, embasando a própria participação popular em uma jurisdição democrática.

Assim, a democracia encontra ligação com o dano extrapatrimonial e pode fundamentá-lo, no que diz respeito a um anseio próprio da sociedade que é a reparação por um dano extrapatrimonial ambiental. Também, impende referir, o dano extrapatrimonial ambiental passa a ser visto como possível, diante de decisões de Tribunais Superiores, exaltando a necessidade de uma reparação integral por danos causados ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**. Tradução de Renato

Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais:** o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. **Lei 7.347 de 24 de julho 1985.** Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional e democracia sustentada. **RevCEDOUA**, Coimbra, v. 4, n. 8, p. 9-16, 2001. Disponível em: <<https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/5732/1/revcedoua8%20art.%201%20JJGC.pdf?ln=pt-pt>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. **Princípios do direito ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2014.

KAFKA, Franz. **O processo.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

LATOUR, Bruno. **Políticas da natureza.** Tradução Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: EDUSC, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental.**

Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOVELOCK, James. **Gaia: alerta final**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN; Jeferson Dytz. Patrimônio cultural e ações coletivas. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz (Org.). **Ambiente, Políticas Públicas e Jurisdição**. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, 2011.

RODRIGUEIRO, Daniela A. **Dano moral ambiental: sua defesa em juízo, em busca de uma vida digna e saudável**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Manliverni da. **Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2014.

SOUZA, Leonardo da Rocha de Souza. **Direito ambiental e democracia deliberativa**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013.

Como citar: LEAL, Augusto Antônio Fontanive; BIOEN, Grayce Kelly; LUNELLI, Carlos Alberto. Jurisdição democrática e a reparação de danos extrapatrimoniais ambientais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.237-263, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p237. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 14/04/2016

Aprovado em 13/08/2016

O PÓS-POSITIVISMO E OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL

POST-POSITIVISM AND CONTRACTUAL PRINCIPLES OF GOOD FAITH AND SOCIAL DUTY

Marcilei Gorini Pivato*
Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador **

Como citar: PIVATO, Marcilei Gorini; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. O pós-positivismo e os princípios contratuais da boa-fé e da função social. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.264-291, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p264. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. O presente estudo pretende demonstrar por meio do método dedutivo e de uma pesquisa bibliográfica aplicada, qual a influência que o pós-positivismo possuiu para a introdução desses princípios na legislação brasileira.

Palavras-Chave: Pós-positivismo; boa-fé;

* Mestranda em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bolsista CAPES. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Potiguar (UP). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP-PR). Graduada em Direito pela Universidade Metropolitana Londrinense (UMP). Advogada.
E-mail: marcileipivato@hotmail.com.

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
E-mail: rita.tarifa@gmail.com.

função social.

Abstract: With the inauguration of the Civil Code of 2002, the Brazilian legal system welcomed the principles of good faith in its objective form and the contract's social duty. Likewise, this study aims to answer – through the deductive and the bibliographical methods – the question: what was post-positivism's influence and role when the introduction of these principles were finally made into law in the Brazilian legislation.

Keywords: Post-positivism; good faith; social duty.

INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico foi o plano de fundo para a elaboração do Código Civil de 1916, o qual trazia em seu bojo os princípios contratuais da autonomia, força obrigatória e relatividade contratual. Tais princípios, integrantes da Teoria Clássica, visavam unicamente o desenvolvimento econômico empresarial, no qual uma vez exercida a liberdade de contratar, o contrato firmado possuía força obrigatória e deveria ser executado em sua íntegra.

Todavia, com o pós-guerra o positivismo puro foi superado, surgindo em um ambiente contemporâneo uma nova corrente jurídica, o pós-positivismo, no intuito de reinserir na legislação pátria, valores morais.

Esta inovadora visão jurisdicional volta-se para a busca da razão prática (direito, moral e política) com o fim de nortear a interpretação do direito, fugindo do positivismo puro e retomando as bases de moral e justiça, com o fim de aplicar ao caso concreto o melhor resultado possível de acordo com as concepções morais da sociedade.

A partir dessa nova linha de pensamento nasce no Brasil a Constituição Federal/88, que traz entre seus fundamentos, os valores sociais. Em consonância, no âmbito das relações privadas, surge em 2002 o Código Civil atualmente em vigor, introduzindo novos princípios contratuais no ordenamento jurídico brasileiro: a boa-fé e a função social dos contratos.

A primeira sistematização da boa-fé se deu à luz dos valores do humanismo e do renascimento, mas aparece pela primeira vez expressamente traduzindo-se no dever de lealdade, cooperação e transparência nos negócios jurídicos, ou seja, traduz-se por uma norma

de conduta moral.

Já a função social do contrato implica em um processo interdisciplinar com o fim de atender não só os interesses econômicos das partes, mas os de uma sociedade mais justa e equilibrada.

O presente estudo demonstrará a influência do pós-positivismo para a introdução dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, no primeiro capítulo lembraremos os princípios clássicos contratuais da autonomia, força obrigatória e relatividade contratual, bem como os anseios sociais à época que culminaram com a positivação desses princípios no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo terceiro capítulos, trataremos do declínio do positivismo jurídico no pós-guerra e o nascimento da Teoria Crítica nascida na Escola de Frankfurt e posteriormente desenvolvida por Jürgen Habermas.

Assim, no quarto capítulo, discorreremos sobre a sociedade contemporânea e o nascimento de uma nova corrente jurídica no pós-guerra: o pós-positivismo.

No quinto capítulo, demonstraremos a introdução no ordenamento jurídico brasileiro dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, ambos nascidos sob os anseios de uma sociedade contemporânea em busca da preservação dos direitos humanos e sociais.

Por fim, concluiremos o presente trabalho na tentativa de demonstrar os principais pontos de influência que o pós-positivismo trouxe para a positivação dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos na legislação civil atual.

1 OS PRINCÍPIOS DA TEORIA CLÁSSICA CONTRATUAL

Com a consolidação dos Estados liberais fundados na ideologia individualista pregada pela Revolução Francesa e o estabelecimento do regime capitalista de produção decorrente da Revolução industrial, os contratos revelam-se instrumentos de grande valia no desenvolvimento da vida econômica da sociedade moderna.

O Código Civil brasileiro de 1916 nasceu nesse ambiente social, e seus princípios foram decorrentes de uma ideologia liberal e individualista centrada nas necessidades do indivíduo em detrimento da sociedade. Encontramos a máxima expressão desse momento histórico nas sábias palavras de Tepedino:

O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil (TEPEDINO, 1999, p. 2).

Esta codificação encontrou sua base em dois princípios

fundamentais sobre os quais se ergueu todo o sistema contratual clássico: o princípio da autonomia da vontade, no qual os agentes são livres para fixar os limites do contrato e as obrigações por eles assumidas o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), no qual o contrato faz lei entre as partes (CUNHA, 2004, p. 14).

Há ainda, o princípio da eficácia relativa dos contratos como postulado que determina a obrigatoriedade da avença fixada no contrato apenas às partes que a ele anuíram. Esse sistema de codificação almejava a amplitude no intuito de abarcar todas as situações jurídicas possíveis ou interesses nos quais o sujeito privado desejaria ser titular.

Com o passar dos anos, as transformações sociais, econômicas e políticas deixaram claro ao legislador que esse sistema já não correspondia aos anseios da população, sendo o Estado chamado a intervir cada vez mais na esfera privada em razão dos movimentos sociais dos séculos XIX e XX, que culminaram no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que introduz na legislação civil princípios e valores sociais, os quais todo o ordenamento jurídico brasileiro deverá ter por base.

O Código Civil de 2002, sob a égide da Constituição de “bem estar social”, manteve os princípios clássicos da legislação anterior, todavia, estes dispositivos foram mitigados, com a introdução de novos princípios (CUNHA, 2004, p. 16).

Ressalte-se que o fracasso do sistema positivista de codificação do legislador face às mudanças sociais gerou a edição recorrente de leis, os chamados microssistemas, que gravitam em torno do Código Civil no intuito de complementá-los. Nas palavras de Tepedino:

Pode-se dizer, portanto, que logo após a promulgação

do Código Civil o legislador teve que fazer uso de leis excepcionais, assim chamadas por dissentirem dos princípios dominantes do corpo codificado. O Código Civil mantinha a fisionomia de ordenador único das relações privadas, e as leis extravagantes, se contrariavam os 24 princípios do Código Civil, o faziam de maneira excepcional, de modo que não desmentiam o sentido de completude e de extensividade pretendido pelo Código (TEPEDINO, 1999, p. 4).

As significativas modificações ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro decorrente do novo Estado de “bem estar social” por meio da inserção de novos princípios, deslocou o ser humano do centro das relações jurídicas, com a mudança de foco do sujeito de direito para o indivíduo concreto. Nos termos de Giselda Hironaka, o individualismo liberal [...] cede lugar ao personalismo ético como valor político-social fundacional e legitimador, e a pessoa humana passa a ser o ponto central do direito (HIRONAKA, 2003, p. 105)

Ensina ainda, sobre a coexistência dos microssistemas no ordenamento jurídico brasileiro, referindo-se a eles como “minicodificações multidisciplinares”. Por meio dessa feliz denominação, a autora chama a atenção para a especificidade e a abrangência dessas novas leis especiais brasileiras:

De modo globalizado, tem-se anotado que a tendência do que há de mais atual em sede de legislação é a preferência por sistema que prevê a adoção de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do Direito Civil. Mantê-los no arcabouço de um Código equivaleria a assumir a má vontade quanto ao atendimento das

constantes urgências de atualização, com a agilidade que os reclamos da justiça exigem, porque a pretensão napoleônica de um direito codificado que seja eterno e imutável se destrói com o mero envolver da vida (HIRONAKA, 2003, p. 106)

Entretanto, faz-se necessário verificar primeiramente os momentos sociais e jurídicos que foram imprescindíveis para esta transição, o que será demonstrado nos capítulos a seguir, para posteriormente estudarmos a introdução dos novos princípios na legislação civil.

2 A SOCIEDADE MODERNA E O POSITIVISMO JURÍDICO

A partir das codificações no século XVIII, o positivismo jurídico deixa de dividir o ordenamento jurídico com o direito natural e o positivismo filosófico, fundando-se na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas as ciências exatas, buscando a objetividade científica, e apartando o direito da moral e dos valores transcendentais.

Para o positivismo, o direito é encarado como um fato e não um valor, ou seja, o direito é considerado um conjunto de fatos ou fenômenos ou ainda de dados sociais análogos ao mundo natural, devendo o jurista estudar estes fatos como um cientista estuda a natureza, abstendo-se de formular juízos de valores.

Deste comportamento avalorativo, deriva a teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente a sua estrutura formal, ou seu aspecto exterior, prescindindo de seu conteúdo, pois a afirmação da validade de uma norma jurídica não

implica na afirmação de seu valor (BOBBIO, 1999, p. 130).

Segundo os estudos de Hans Kelvin, um dos principais positivistas do século passado, o direito deve ser entendido como norma, estando livre de qualquer concepção social ou valorativa, não se confundindo com qualquer outro instituto (KELSEN, 1999, p.03).

Assim, a ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade (BOBBIO, 1999, p. 132), fundando-se em juízos de fato, que visam o conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade, não podendo no âmbito do direito travarem-se discussões acerca de legitimidade e justiça.

Com o positivismo jurídico, a lei passa a ser considerada a expressão máxima da soberania popular, soberania essa que é considerada o fundamento central para a criação dos Estados modernos. Nesse contexto, buscava-se segurança jurídica e objetividade do sistema, e o Direito positivo cumpriu bem esse papel, no qual o direito passa a ser a reprodução da vontade humana criado pelo Estado através da lei.

Todavia, a troca do ideal racionalista de justiça (jusnaturalismo) pela ambição positivista de certeza jurídica, nos dizeres de Barroso (2013, p.129), custou caro há humanidade, pois, emblematicamente, a sua decadência está associada à derrota do nazismo e dos regimes totalitários, que ascenderam ao poder legitimado pela legalidade vigente e promoveram à barbárie em nome da lei.

A segregação na Alemanha teve início com a publicação de leis raciais, regulamente editadas e publicadas pela autoridade competente, do mesmo modo como ocorreu com o fascismo na Itália e a ditadura militar no Brasil.

O horror provocado pelos regimes totalitários aliado à ideia de

justiça e direitos fundamentais do ser humano, abriram caminho para reflexões sobre o papel do Direito, sua função social, interpretação e sua aplicação na sociedade.

Nascido de um ideário difuso no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e da igualdade material mínima, o pós-positivismo, uma designação provisória e genérica, utilizada por alguns estudiosos, advinda da teoria crítica do direito que, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da relação entre valores princípios e regras da chamada nova hermenêutica, constroem uma visão do direito, diversa da criada pelo positivismo de Kelsen, em resposta às necessidades da sociedade contemporânea.

3 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

A teoria crítica questiona o sentido da teoria (as coisas como deveriam ser) e da prática (as coisas como são), procurando explicar a conexão dos acontecimentos, bem como a distinção entre estes dois momentos, não se batendo por uma ação cega, sem levar em conta o conhecimento, nem por um conhecimento vazio, que ignora que as coisas poderiam ser de outro modo (NOBRE, 2011, p. 07).

Nesse sentido, a prática não é a aplicação dessa teoria, mas a aplicação, mas um conjunto de ideias que orientam a ação, a aplicação de princípios segundo os quais se devem agir para moldar a própria vida e o mundo. Esse sentido de prática quer dizer filosofia prática, com o envolvimento da moral, ética, política e direito, a chamada razão prática.

A teoria crítica, não trata de um ponto de vista utópico, mas de ver o mundo com as suas reais possibilidades de modo a identificar os elementos que impedem a realização plena de suas potencialidades,

inclusive de apontar e analisar os obstáculos necessários a sua superação (NOBRE, 2011, p. 10).

A matriz da teoria crítica foi à análise do capitalismo por Karl Marx¹, de modo que primeiramente devemos analisar alguns aspectos de sua obra.

Para Marx, a tarefa primordial da teoria crítica é de compreender a natureza do mercado capitalista, ou seja, compreender de que maneira se estrutura o mercado e de que maneira a sociedade se organiza a partir dessa estrutura, entendendo assim, em consequência, como se distribui o poder político e a riqueza, a forma de Estado, religião e família. Aqui, o ponto de partida é o capitalismo, ou seja, o mercado sob o qual gira todos os demais institutos sociais.

O mercado surge na sociedade capitalista como uma instituição neutra, cuja lógica de troca de mercadoria possui regras iguais para todos que dele participam, permitindo nesse sentido ser uma instituição que promove os ideais da sociedade capitalista, ou seja, igualdade e liberdade para todos.

Pois bem, com o desenvolvimento do capitalismo, o trabalho humano tornou-se uma mercadoria de troca, ou seja, a força do trabalho é vendida em troca do salário. Todavia, segundo as análises de Marx, o capitalismo aprofunda as desigualdades sociais, pois a distribuição de bens segundo a divisão em classes tende a produzir um polo de intensa acumulação de riquezas e outro de crescente pobreza. Na sua visão, enquanto houver lucro (mais valia – diferença entre o que a força de trabalho vale no mercado e o que ela é capaz de produzir) não é possível realizar a igualdade e a liberdade prometidas pelo capitalismo.

¹ O Capital (*Das Kapital*, título original em alemão), obra publicada por Karl Marx em 1867, na qual o autor analisa o modo de produção das atividades econômicas na sociedade capitalista.

Assim, Marx conclui que com a ação consciente do proletariado e com tempo, a taxa de lucro tende a cair, o que viria a ocasionar um colapso do sistema. Essa emancipação do proletariado consciente em relação à dominação capitalista é um processo que tem que superar as ilusões reais produzidas pelo capitalismo e a repressão dos movimentos emancipatórios pelo poder político, econômico e social.

Verifica-se aqui, que o esforço analítico de Marx está fundamentado na perspectiva de superação da dominação capitalista ancorado na realização da liberdade e da igualdade que, sob o capitalismo, aparecem apenas aparentemente reais. Trata-se portanto de destruir essa aparência por meio da efetiva realização da liberdade e da igualdade. Nesse sentido, a perspectiva de emancipação não é um ideal, mas uma possibilidade real.

A primeira tarefa da teoria crítica é de apresentar as coisas como são através de um diagnóstico do tempo presente, baseado nas tendências estruturais do modelo de organização social vigente, bem como em situações históricas concretas, em que se mostram tanto as oportunidades e potencialidades para a emancipação quanto aos obstáculos reais a ela.

Tem-se, portanto, um diagnóstico do tempo presente que permite a produção de prognósticos sobre o rumo do desenvolvimento histórico. Esses prognósticos por sua vez, apontam para a natureza dos obstáculos a serem superados, seu provável desenvolvimento no tempo e nas ações capazes de superá-los, ou seja, é a análise do existente a partir da realização do novo, apresentando o existente do ponto de vista das oportunidades de emancipação da dominação vigente.

A escola que melhor desenvolveu formulações acerca de uma teoria crítica do Direito foi a de Frankfurt. Todavia, grande diferencial é que, entre os participantes da Escola de Frankfurt havia uma postura

de distanciamento em relação ao marxismo ortodoxo, sem abandonar os ideários utópicos, revolucionários e emancipatórios.

Horkheimer e Adorno, da primeira geração da escola, e Jürgen Habermas, da segunda, tinham como objeto de estudo, notadamente, a crítica ao positivismo, à discussão da indústria cultural, a questão do Estado e suas formas de legitimidade, estudos estes que foram importantíssimos para o desenvolvimento da teoria e a sua aplicação como base para a construção de um novo direito (NOBRE, 2011, p. 16).

Esta teoria, que no início limitava-se a se opor aos fundamentos do positivismo jurídico, ampliou seu objeto de crítica, voltando-se também contra o jusnaturalismo e o realismo sociológico. O movimento, nesta etapa, mais amadurecido, pretendia revelar como, através do ensino dessas doutrinas idealistas e formalistas, eram encobertas e reforçadas as funções do Direito e do Estado na reprodução das sociedades capitalistas.

Desta forma, pesquisadores de diversas áreas do conhecimento procuraram interpretar os resultados da teoria tradicional em um conjunto simultaneamente organizado em torno da valorização do capital, revelando potenciais de superação em relação à dominação do mesmo.

Partindo da constatação de que o capitalismo passou a ser regulado pelo Estado, Horkheimer e Adorno, na dialética do esclarecimento, concluiu que as duas tendências fundamentais presentes para a emancipação na teoria marxista (a do colapso em razão da queda do lucro e aquela da organização do proletariado contra a dominação do capital) haviam sido neutralizadas (NOBRE, 2011, p. 17).

Todavia, Jürgen Habermas, verificou que embora as oportunidades de emancipação tenham sido estruturalmente bloqueadas, é necessário repensar o próprio sentido de emancipação da sociedade tal como originalmente formulado por Marx e também por Horkheimer:

Habermas retoma uma teoria crítica da sociedade, com a mudança do paradigma de razão instrumental e monológica para razão comunicativa ou dialógica e daí para o consenso ou entendimento, que está imanente na própria humanidade, visto que está inscrito na linguagem. Esse é o traço distintivo da humanidade e nela está inscrita a tendência para a comunicabilidade e, por conseguinte, ao entendimento. A razão é um conceito transcendental, condição de possibilidade da comunicação e da linguagem. A racionalidade comunicativa possibilita o agir comunicativo, através da linguagem, e daí o consenso, o entendimento. A capacidade de falar e entender deriva, pois da racionalidade. [...] o direito discursivo, que é uma das formas da racionalidade comunicativa, adquire uma função integradora, que harmoniza o mundo vivido com a esfera sistêmica da economia e da administração, impedindo que esse sistema efetue a colonização daquele, ameaçando sua integridade (ANDRADE, 1998, p. 124).

A dialética do esclarecimento tinha por objetivo principal a investigação da razão humana e as formas sociais da racionalidade. Assim, a razão instrumental consistia na forma estruturante e única da racionalidade social do capitalismo, o que resultava em uma situação aporética (sem saída) do comportamento crítico e em um bloqueio estrutural da prática transformadora.

Para Habermas², é preciso encontrar um novo paradigma explicativo, abandonando as formulações originais, pois não são mais suficientemente críticos face à sociedade atual. Para se contrapor a esse diagnóstico, formulou um novo conceito de racionalidade, a racionalidade

2 Habermas publicou dois volumes da obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, na qual formula o paradigma da racionalidade comunicativa.

comunicativa, orientada para o entendimento e não para a manipulação de objetos e pessoas.

Para melhor entendermos, devemos explicar aqui que a ação instrumental são ações dirigidas à dominação da natureza e à organização da sociedade que visam à produção de condições materiais de vida e possibilitam a reprodução material da sociedade. Já a ação comunicativa é orientada para o entendimento permitindo a reprodução simbólica da sociedade.

Assim, segundo Habermas, a forma social própria do capitalismo contemporâneo é aquela em que a orientação da ação para o entendimento encontra-se presente no processo de formação da identidade de cada indivíduo, nas instituições em que ele socializado e nos processos de aprendizagem e de constituição da personalidade. Assim, a racionalidade comunicativa encontra-se efetivamente inscrita na realidade das relações sociais contemporâneas.

Assim, faz-se necessário um diagnóstico do tempo presente, que permita então a produção de prognósticos sobre o rumo do desenvolvimento da sociedade e as mudanças necessárias que o direito precisa alcançar para regular as suas relações.

Pelo volume intenso de discussões interdisciplinares com base na teoria crítica, Habermas caminha para a reconstrução das teorias jurídicas tradicionais, quais sejam, o positivismo e jusnaturalismo. Com o auxílio da hermenêutica, ele busca um entrelaçamento entre o direito e a política, propondo um Estado de Direito que se assente em bases radicalmente democráticas, com um nível elevado de garantias constitucionais de participação.

Seu pensamento continua recebendo numerosas oposições, fortes críticas e uma persistente resistência entre os céticos que não

mais apostam num projeto emancipatório da modernidade. Contudo, Habermas acredita que a modernidade não é um projeto falido, mas que está em processo de construção, acreditando nas instituições, na ética discursiva, na razão comunicativa e no direito criado discursivamente (RUBY, 1998, p. 132).

E é com base nesta construção de um novo direito, pautado nas necessidades da sociedade contemporânea, que Habermas defende a necessidade de uma compreensão do direito diferente daquela hegemônica existente no debate jurídico-político. Isto é, defende um tipo de compreensão mais adequada ao real estágio de desenvolvimento social, cultural e político das sociedades contemporâneas.

4 A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O PÓS-POSITIVISMO

Com o término da Segunda Guerra, a sociedade mundial como um todo se tornou insegura a respeito da norma positivista a regular as suas relações em sociedade, pois, como falado nos capítulos anteriores, em nome da lei, o direito foi utilizado para a realização de inúmeras barbáries e atrocidades.

Com o pós-guerra, vários regimes totalitários foram substituídos por regimes democráticos, de modo que a sociedade volta-se para a proteção dos direitos humanos e pelas liberdades e garantias fundamentais do indivíduo.

Em decorrência, o mundo não mais acreditava nem aceitava a lei ditada por um Estado totalitário, sendo necessária à introdução de alguns padrões morais de justiça no direito positivo pois, somente os critérios formais de validade da norma não eram mais suficientes.

O pós guerra e a redemocratização, redefiniu o lugar da

constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas, aproximando ideias de constitucionalismo e democracia e produzindo uma norma forma de organização política que pode atender por diversos nomes: Estado democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional democrático, etc.

Na Europa, percebe-se de imediato esse movimento com a Constituição Italiana, em 1947 e a Instalação da Corte Constitucional italiana em 1956, a Constituição Alemã em 1949, bem como a Instalação do Tribunal Constitucional Federal na Alemanha em 1951, ainda seguida da reconstitucionalização em Portugal em 1976, e na Espanha em 1978 (BARROSO, 2013, p. 153).

No Brasil, o renascimento do Direito Constitucional se deu com a travessia de um regime totalitário para um Estado Democrático de Direito, culminando com a Constituição Federal em 1988.

Contextualizando-se os interesses e as necessidades sociais, os estudiosos de várias áreas das ciências sociais, buscam a retomada da moral, aproximando-o do direito, do qual fora anteriormente separada no pensamento positivista.

Assim, para a sociedade contemporânea, restaram superadas as ideias da razão pura, do individualismo, bem como do ser humano como centro das ideias e do mundo. A pós-modernidade marca o direito pelo sinal da incerteza e da fragmentação. Vários caminhos se abrem sem que se firmem um norte (ROSEVALD, 2008. p. 83).

Um novo tipo de sociedade pede um novo direito, cuja normatividade responde aos anseios de uma sociedade na busca pela justiça, cujas ações devem ser limitadas pela política e pela moral. Este anseio social encontrou amparo na teoria crítica do direito, cujo objetivo é justamente tirar o homem de sua condição de alienado, emancipando-o

e possibilitando efetivamente uma mudança legislativa e social.

Portando, nesse ambiente contemporâneo da sociedade, promove-se uma reaproximação de direito e moral, no qual este novo direito é produto do reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do direito.

Desta forma, a pós-modernidade, denominação dada ao mundo atual das sociedades complexas, multipolarizado, volta-se para a busca da razão prática com o fim de nortear-se para a interpretação do direito, fugindo do positivismo puro e retomando as bases de moral e justiça, criando uma nova visão jurisdicional.

Nesse contexto, na busca de um direito equilibrado entre uma filosofia moral e política, de uma maneira que não perca a sua clareza, objetividade e segurança surge o pós-positivismo que objetiva superar o conhecimento convencional, guardando deferência relativa ao ordenamento jurídico positivo, mais nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade abandonadas com o jusnaturalismo.

Para superar o caos legislativo e suprir as lacunas interpretativas decorrentes da velocidade das transformações do cenário político e social, as quais a atividade legislativa do Estado não consegue acompanhar, em termos de atualidade e eficácia, surge uma tendência baseada na ponderação de interesses, na argumentação, na busca de alternativas possíveis com base em princípios, fins públicos, efetividade da justiça.

O pós-positivismo, se apresenta aqui como uma terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalistas: não abandona a clareza, a certeza e a objetividade da norma positiva, mas não a concebe desconectada de uma filosofia moral e política.

Esta nova concepção contesta a o postulado positivista de separação entre direito, moral e política, tendo em vista a inegável

articulação complementar entre elas.

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática, de modo que busca-se ir além da legalidade estrita, não desprezando o direito posto, mas procura empreender uma leitura moral da constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Nesse sentido a teoria comunicativa habermasiana se encaixa como uma luva para a emancipação social:

Habermas persegue o objetivo de uma reflexão sobre as condições de um diálogo em que não haja dominação nem alienação, abrangendo as condições sociais de uma comunicação humana sem coação e violência, em que mais importante é à força do melhor argumento. Logo o que se busca é a descoberta dos melhores argumentos, que conscientizam e emancipam (ANDRADE, 1998, p. 119).

Ao lado de pensadores que se preocupam com princípios morais, éticos e de justiça no direito, Habermas tem revolucionado o pensamento jurídico com sua pragmática universal, introduzindo ao direito a ética do discurso e elementos de teoria política.

Em sua perspectiva, a ordem institucional legal cria, em sociedades modernas, a legitimidade da ordem. A legitimidade depende, pois, da ordem legal, do direito discursivo e do poder democrático institucionalizado. Para que essa ordem tenha validade social e efetividade, ela precisa ter elaborado sua constituição, suas normas de seu controle judiciário, pelas vias argumentativas dos discursos teóricos, éticos e práticos, baseados na razão comunicativa.

No conjunto de ideias heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores

na interpretação jurídica, com reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às normas; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

O pós-positivismo volta-se para a busca dos princípios na interpretação legislativa, com o fim de aplicar ao caso concreto o melhor resultado possível de acordo com as concepções morais da sociedade.

Esta retomada dos princípios, afeta a aplicação do direito como um todo, em todas as suas áreas de atuação.

Entretanto, tal concepção do pós-positivismo, não é unânime entre os estudiosos do direito. Segundo Fernandes e Bicalho (2011, p. 113), há autores que argumentam que o pós-positivismo ou não positivismo seria, em verdade, uma variação do jusnaturalismo.

Entretanto, a corrente adotada no presente trabalho, em consonância com a maioria dos estudiosos e aplicadores do direito, é a de que o pós-positivismo é uma corrente eclética que pretende unir os pontos positivos de ambas as correntes, ou seja, retomar a filosofia moral e política do jusnaturalismo, de uma maneira que não perca a objetividade e segurança do positivismo.

Barroso (2007, p. 22) posiciona-se em consonância com esse entendimento, para o qual o pós-positivismo é a corrente que perpetrar a “confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”.

O pós-positivismo sustenta a busca de parâmetros de justiça ou equidade quando da aplicação concreta do direito, através da abertura valorativa do sistema, uma nova corrente que altera a forma de inserção dos valores no sistema normativo, tanto no momento da confecção da

norma como na sua aplicação. Estes valores sociais são concretizados através da aplicação dos princípios normativos que norteiam a criação e aplicação da norma jurídica.

Assim, a lei abre espaço aos princípios, cujo conteúdo são permeados de valores sociais, cuja elaboração se dá em consonância com as necessidades da sociedade na qual eles são aplicados, de forma que o operador do direito possui a segurança jurídica da norma objetiva, mas ao aplicá-la empreende uma leitura moral desta, na busca da realização da justiça.

Verifica-se que desde o século passado, que esta mudança está se operando na sociedade atual. Tal exemplo disso é os lugares que os princípios ocuparam, migrando dos códigos para as Constituições, demonstrando a valoração de tais normas, pois são posicionados no ápice dos ordenamentos jurídicos.

5 OS PRINCÍPIOS DA BOA FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro inúmeros princípios sociais e de proteção dos direitos humanos, reflexo dos movimentos sociais que ocorreram nos séculos XIX e XX. Entre eles, merecem destaque para o direito privado os princípios da boa-fé e da função social do contrato.

A evolução do conceito de boa-fé ocorreu ao longo do tempo, desde a sua origem na tradição jurídico romana, eclodindo com a primeira guerra mundial, em decorrência da preocupação social que se passou a ter como o indivíduo (CEOLIN, 2012, p. 16).

O Código Comercial é o marco de introdução da boa-fé no

Direito brasileiro, o qual previa em seu art. 131 como uma base de interpretação das cláusulas estabelecidas pelas partes no contrato. O Código Civil de 1916, também faz referência à boa-fé, em seus art. 490 e 514 quando refere-se à posse e ao possuidor de boa-fé.

Todavia, é no Código Civil de 2002 que a boa-fé é elencada como princípio de norma geral em seus artigos 113 e 422, no qual a liberdade contratual é dirigida conforme a função social do contrato, elegendo a boa-fé como um dos seus princípios norteadores (CEOLIN, 2012, p. 18).

Desde a Roma antiga a boa-fé admite duas concepções: a subjetiva em relação ao estado do sujeito e a objetiva em relação aos contratos, de modo que nos concentraremos na boa-fé objetiva, que prevê uma regra de conduta de acordo com ideais de lealdade e honestidade, agindo as partes com um modelo de conduta social, e respeitando os interesses e a confiança da parte contrária, com o objetivo de se refletir e toda a sociedade (PEDROSO, 2014, p. 59).

O individualismo da sociedade moderna é deixado de lado para abrir espaço à análise de comportamento que tem por base o homem médio, imbuído do dever de lealdade e cooperação, ou seja, facilitar o cumprimento obrigacional com base nos critérios e limites usuais ditados pelos costumes (PEDROSO, 2014, p. 60).

Verifica-se assim que a boa-fé objetiva pressupõe valores e deveres para a sua plena caracterização, os chamados deveres de conduta ou anexos, que são os deveres de lealdade, cooperação e transparência, assumindo relevo juridicamente como uma conduta legal e contratualmente exigida, e elemento essencial do negócio jurídico.

O cenário jurídico pós-constituição de 1988 é de renovação de valores, sobrepondo a conduta moral da boa-fé à estrita legalidade

dos contratos, como função interpretativa, limitadora e integradora dos negócios jurídicos.

Este princípio não se limita à fase de execução de um contrato ou negócio jurídico, pois durante as tratativas as partes já podem observar esse dever de conduta, ou seja, a boa-fé deve ser observada na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual, inclusive (NICOLAU, 2008, p. 121).

Em relação aos princípios morais, essas batalhas têm sido travadas quase sempre em sede doutrinária e jurisprudencial, suscitando discussões apenas pontuais no direito das obrigações, motivo pelo qual todas as esperanças recaem sobre o intérprete, competindo-lhe empreender a releitura da disciplina, principalmente a partir das normas constitucionais, cujos mais significativos avanços têm sido promovidos por meio da boa-fé objetiva, verdadeira tábua de salvação contra as injustiças albergadas pela dogmática tradicional (SCHREIBER, 2008, p. 127-128).

A doutrina brasileira consagrou a tripa função da boa-fé objetiva, enfatizando seu papel de oxigenação do sistema obrigacional com o fim de chegar aos resultados mais justos na solução dos casos concretos, quais sejam, suprir falhas nos contratos, acrescentar o que nele não está incluído, corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido justo, ou seja, a boa-fé oferece critérios para a interpretação do contrato firmado, cria deveres secundários ou anexo, bem como limita o exercício de direitos, tudo para o justo e fiel cumprimento obrigacional.

Da mesma maneira, a função social do contrato foi introduzida na legislação brasileira, a partir da Constituição Federal de 1988, como consequência da adoção do Estado social, em exigência a uma ordem jurídica que busque uma sociedade equilibrada e que busque minimizar as

desigualdades econômicas gritantes nos contratos particulares, mediante a imposição de condutas positivas, nas quais as partes devem visar não só os seus interesses individuais, mas também os interesses da sociedade (PEDROSO, 2014. p. 93). Dessa forma, o contrato passa a ter não só mais a função econômica, mas também uma função regulatória e social.

Remotamente, a função social dos contratos prendia-se à própria função social da propriedade, eis que no liberalismo a ampla liberdade contratual pavimentava o acesso ao direito de propriedade. Mas o comércio jurídico não se desenvolve apenas no plano estrutural do utilitarismo econômico, pois o crédito é um fenômeno social e a riqueza não mais de concentra na propriedade física, de modo que fixar-se no solo não é mais tão importante, na medida em que as oportunidades financeiras podem ser alcançadas pela circulação de ativos e a substituição de bens (ROSENVALD, 2008, p.85).

Atualmente, a função social revela uma finalidade perante o corpo social do direito das obrigações, na medida em que instrumentaliza o contrato em prol de exigências maiores no ordenamento jurídico brasileiro, tais como a justiça, a segurança, e o valor social da livre iniciativa. Nesse sentido já ensinava Norberto Bobbio, quando dizia que a liberdade dos privados era circunscrita pelos valores constitucionais, a fim de que o negócio jurídico seja um espaço promocional de determinados fins reputados como valiosos pela sociedade (BOBBIO, 1999, p. 72).

Portanto, a função social dos contratos importa que estes desempenhem um papel na sociedade, representando um meio de negociação sadia, valorizando mais os reflexos que o contrato acarretará para a sociedade do que o seu conteúdo. Seu conceito visa e integra objetivos constitucionais de estabelecimento de relações justas e solidárias de valorização da dignidade da pessoa humana e ainda de

igualdade entre as partes contratantes (PEDROSO, 2014 p. 107).

Não foi para coibir a liberdade de contratar, mas para legitimar a liberdade contratual é que surgiu a importância do princípio da função social, pois a liberdade de contratar é plena, não existindo restrições ao ato de se relacionar com o outro. Entretanto, o ordenamento jurídico deve submeter à composição do conteúdo do contrato a um certo controle em razão dos valores morais que permeiam a ordem Constitucional no intuito de conciliar o bem comum dos contratantes e da sociedade (ROSELVALD, 2008, p. 85).

Assim, verifica-se que pelo seu conceito, o princípio da função social dos contratos também se configura uma norma de caráter moral cuja inserção no ordenamento jurídico brasileiro se deu em razão dos anseios da sociedade por um direito mais justo e igualitário.

Os princípios da boa-fé contratual e o da função social do contrato, ao contrário do que se ouve, não constitui restrição à autonomia privada, pelo contrário, a valoriza, equilibrando o que a realidade crua tratou de desigualar, com a convivência simultânea dos princípios contratuais clássicos e contemporâneos (ROSENVALD, 2008, p. 83).

CONCLUSÃO

Verifica-se com o presente trabalho, que a sociedade contemporânea anseia por um novo direito com a preservação dos valores humanos e sociais traduzida pela reinserção de valores morais no ordenamento jurídico brasileiro.

Estes valores morais tiveram a sua reinserção no Direito por meio da teoria crítica desenvolvida por Jürgen Habermas, que floresceu em um ordenamento jurídico pós-positivista.

Portanto, verifica-se através do presente estudo que tanto o princípio da boa-fé quanto o princípio da função social do contrato foram introduzidos no Código Civil de 2002, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, que traduziram os anseios da sociedade na busca de um direito que pautado no capitalismo, não abandonassem os valores humanos e sociais.

A boa-fé, princípio que rege a formação dos negócios jurídicos, sejam eles públicos ou privados, traduz-se em uma norma de conduta moral, na qual as partes agindo com correção e honestidade persegue uma finalidade econômica e contratual comum.

A função social dos contratos, também uma norma de conduta moral, visa e integra objetivos constitucionais de estabelecimento de relações justas e solidárias de valorização da dignidade da pessoa humana e ainda de igualdade entre as partes contratantes. Esta função não elimina a autonomia contratual, mas a limita quando presentes interesses metaindividuais.

Assim, demonstra-se que os princípios da boa-fé e da função social dos contratos, não só tiveram influência pós-positivista para a sua introdução na legislação civil brasileira, como foram influenciadas diretamente pelos seus ideais de reintrodução da razão prática no direito, pois nada mais são que normas de condutas morais, que visam o bem estar social.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, J. C. A contribuição de Habermas para a hermenêutica jurídica. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**. Franca, SP, v. 3, n.6, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**

contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

CEOLIN, Alessandra Scorzato Lemes. **Reflexos da boa-fé objetiva nas relações contratuais.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

CUNHA, Andreia. **Direito dos contratos:** de acordo com o novo código civil Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2004

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa.** Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em 15 out 2014.

HIRONAKA, Giselda M. F. N. Tendências do direito civil no século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato O. M. F. **Direito civil:** atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.93-114.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

NICOLAU, Gustavo Rene. Implicações práticas da boa-fé objetiva. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. (Coord). **Direito contratual:** temas atuais. São Paulo: Método, 2008.

PEDROSO, Têmis Chensu da Silva Rabelo. **Boa-fé e função social do contrato:** uma leitura hermenêutica constitucional. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2014.

ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. (Coord). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2008.

RUBY, Christian. **Introdução à filosofia política**. Tradução de Maria Leonor F. R. Loureiro. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. (Coord). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Como citar: PIVATO, Marcilei Gorini; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. O pós-positivismo e os princípios contratuais da boa-fé e da função social. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.264-291, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p264. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 21/04/2016

Aprovado em 15/08/2016

**O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO
DIFERENÇADO ÀS MICROEMPRESAS
E ÀS EMPRESAS DE PEQUENO
PORTE E A ORDEM ECONÔMICA NA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE
1988**

DIFFERENTIATED TAX TREATMENT
TO MICRO AND SMALL ENTERPRISES
AND ECONOMIC ORDER IN THE
CONSTITUTION OF 1988

Carlos Renato Cunha*
João Luiz Martins Esteves**

* Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Procurador do Município de Londrina. Advogado. Professor do curso de Graduação em Direito da Faculdade Catuai (Cambé/PR). Professor de Seminário do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

E-mail: carlosrenato80@gmail.com.

** Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito do Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGM). Especialista em Filosofia Política e em Filosofia: História do

Como citar: CUNHA, Carlos Renato; ESTEVES, João Luiz Martins. O tratamento tributário diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte e a ordem econômica na Constituição da República de 1988. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.292-323, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p292. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo visa analisar o contexto do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas no âmbito tributário no texto da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Ordem econômica; Sistema

Tributário Nacional; microempresas; Empresas de Pequeno Porte; tratamento tributário favorecido.

Abstract: This paper analyses the context of the favorable tax treatment to micro and small enterprises under the text of the 1988 Federal Constitution.

Keywords: Economic order; National Tax System; micro and small enterprises; favorable tax treatment.

Pensamento Brasileiro pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Procurador do Município de Londrina. Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação stricto sensu e lato sensu em Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: joao.esteves1000@gmail.com.

INTRODUÇÃO

No presente artigo analisaremos, ainda que sem a pretensão de exaustão do tema, o contexto mediante o qual nosso ordenamento jurídico prevê um tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, com foco no âmbito tributário.

Como é cediço, hoje vigora o chamado Simples Nacional, que substituiu o até então vigente Simples Federal, sistema tributário favorecido que possibilita aos micro e pequenos empresários o recolhimento conjunto e simplificado de oito tributos, federais, estaduais e municipais (o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, a Contribuição para o PIS/PASEP, a Contribuição Patronal Previdenciária – CPP, o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS e o Imposto sobre Serviços – ISS).

O fundamento jurídico para tal regramento tributário encontre-se, todavia, nos prados do Direito Econômico, sendo, referido tratamento favorecido, um dos objetivos da Ordem Econômica arrolados por nossa Constituição da República.

E este é o foco da análise que doravante passamos a fazer.

1 LOCALIZAÇÃO DO TRATAMENTO TRIBUTÁRIO FAVORECIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NA ARQUITETURA DO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL: OBJETIVO DA ORDEM ECONÔMICA

O art. 170 da Constituição é norma que implantou um modelo e uma ordem econômica¹ e se encontra em perfeita harmonia com as *diretrizes*² do Estado brasileiro. Neste sentido dispõe o inciso IX do artigo 170 da Constituição:

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:[...]

IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.³

O fundamento remoto para o tratamento favorecido às micro e às pequenas empresas encontra-se, portanto, nos objetivos buscados pela ordem econômica nacional.

Veja-se que o tratamento **favorecido**, que é objetivo da ordem econômica, permite a intervenção estatal no domínio econômico para seu atingimento.⁴ Aqui já temos uma norma de competência constitucional para intervenção estatal no domínio econômico. Mas tal dispositivo é especificado no mesmo título da Carta Maior, assim redigido:

1 Eros Grau, ao realizar uma interpretação sistemática da Constituição federal, observa que “o seu art. 170 prospera, evidenciadamente, no sentido de implantar uma *nova* ordem econômica” (GRAU, 2007, p. 173, grifo do autor).

2 Sobre as diretrizes do Estado brasileiro, definidas na Constituição de 1988, e sua integração ao Comando Político-jurídico da Constituição remetemos à obra *O Comando Político-jurídico da Constituição: ideologia e vinculação hermenêutica* (ESTEVES, 2016).

3 A redação original do dispositivo foi modificada pela EC n. 6, de 1995. Era assim vertida: “[...] IX – tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte; [...]” Como recorda KARKACHE (2009, p. 85), “O princípio do tratamento favorecido às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, por sua vez, funcionava como o “favorecimento do favorecimento [...]”

4 Interessante notar que, utilizando-se da previsão do art. 170, IX, a União instituiu uma contribuição de intervenção no domínio econômico para financiamento da execução de política de apoio às micro e pequenas empresas, que se verte em favor do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, através da Lei Federal n. 8.029, de 12 de abril de 1990, de duvidosa constitucionalidade.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Vê-se que a “[...] Constituição não se contentou com o simples enunciado do princípio, pois já estabeleceu que a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte [...] tratamento jurídico diferenciado” (SILVA, 2006, p. 798).

Trata-se de uma norma de competência que determina às pessoas políticas constitucionais: a) definir e distinguir microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de lei; b) outorgar a elas tratamento jurídico diferenciado, para incentivo, o que se dará mediante a simplificação, redução ou até eliminação, de obrigações: bⁱ) administrativas; bⁱⁱ) tributárias; bⁱⁱⁱ) previdenciárias; e b^{vi}) creditícias.⁵

Vale notar que, enquanto o artigo 170, IX, trata apenas de “empresas de pequeno porte”, o artigo 179 fala de “microempresa” e “empresa de pequeno porte”. Como afirma Lafayette Josué Petter, a “[...] ratio legis indica que o tratamento favorecido de que fala o último princípio do art. 170 abrange as situações em que o agente econômico é tido como de pequenas dimensões, parâmetro delegado à legislação ordinária” (PETTER, 2005, p. 264). No mesmo sentido, André Gustavo

5 KARKACHE (2009, p. 88) assevera que “[...] a expressão ‘pequenas empresas’ é sinônimo usualmente empregado para o gênero antes exposto (‘empresas de pequeno porte em geral’) [...]”. Para KARKACHE (2009, p. 107), trata-se de rol exemplificativo, “[...] porque sua aplicação taxativa neutralizaria uma série de Princípios Constitucionais afins ao Tratamento Favorecido”.

De Sena Xavier assevera que o

[...] art. 170, IX, há de ser interpretado em conjunto com as determinações do art. 179, o qual é explícito ao prescrever que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensem tanto às microempresas, quanto às empresas de pequeno porte, tratamento jurídico privilegiado (XAVIER, 2007, p. 92).

O tratamento diferenciado às micro e às pequenas empresas, em diversas áreas, portanto, encontra respaldo constitucional. Os motivos empíricos que levaram o Legislador Constituinte a tal previsão podem ser vários, mas são imagináveis.

Nesse sentido, César Maurício Zanluchi e Marlene Kempfer Bassoli aduzem:

Assim, voltando-se à realidade da ordem econômica, para que a igualdade material seja possível, é preciso considerar as desigualdades entre os agentes econômicos, ou seja, reconhecer que há diferença entre grandes e pequenos empresários. Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, há normas que buscam tutelar os pequenos empresários, para que tenham acesso e que possam permanecer atuando no mercado, assim, garantir-se a livre iniciativa, a livre concorrência e a igualdade material (ZANLUCHI; BASSOLI, 2006, p. 130-131).

Lafayette Josué Petter afirma que “[...] está pressuposto que o tratamento favorecido é decorrente, entre outras razões, das desvantagens comparativas que as menores têm em relação às outras” (PETTER, 2005, p. 264). E continua:

De outra banda, certo é que o tratamento jurídico favorecido às empresas de pequeno porte tem variados fundamentos a justificar sua inserção dentre os princípios da ordem econômica. [...] parece mesmo intuitivo que algo deveria ser feito em relação às empresas de pequeno porte. Pois são elas que mais empregam mão-de-obra, o que nos reconduz à valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica. São elas que menos investimentos necessitam [...], exercem no contexto da economia papel mais versátil e próximo do consumidor do que o desempenhado por grandes estruturas empresariais. Obtêm sua aprovação no mercado sem a intermediação de pesados investimentos publicitários [...]. Mas também são elas as que mais dificuldades têm para a obtenção de financiamentos junto às instituições financeiras, daí o necessário tratamento favorecido no respeitante às operações creditícias (PETER, 2005, p. 265).

Este é também o pensamento de Xavier (2007, p. 92). Alexander Valadão, por sua vez, afirma, analisando a aplicabilidade do mínimo vital às pessoas jurídicas:

[...] se pode observar no texto constitucional, vários comandos para que se estabeleçam regimes diferenciados das empresas, voltados à proteção e estímulo à sobrevivência das empresas menores, impondo-lhes distinção tributária, quando em comparação com as empresas que revelem integral capacidade contributiva. É o caso, v.g., do que se extrai da dicção expressa do artigo 146, III, d; ou do artigo 170, IX; bem como do artigo 179; todos da Carta Magna, que determina, portanto, em mais de uma oportunidade, a imposição de mecanismos e

regimes diferenciados, relacionados às empresas de pequeno porte (EPP) e micro-empresas (ME), que fazem, por isso, jus a uma tributação mais justa, no sentido de satisfazer e proteger esse mínimo material indispensável para a existência e funcionamento da pessoa mora, protegido nesse caso, de forma indireta ou oblíqua (VALADÃO, 2008, p. 308-309).

De forma ainda mais enfática, o referido autor expõe que a proteção do mínimo vital das pessoas jurídicas está...

[...] hoje identificada sobretudo em benefícios atribuídos às empresas de pequeno porte e microempresas, consoante acima demonstrado, com a possibilidade de tributações diferenciadas e favorecidas, na razão direta de sua menor ou inexistente capacidade contributiva (VALADÃO, 2008, p. 312).

Para Ricardo Alexandre, “[...] a isonomia tributária impõe a desigualdade de tratamento entre os sujeitos passivos que estejam em situação desigual, na medida das desigualdades entre eles havidas” [sic] (ALEXANDRE, 2007, p. 583). E isso, para ele, é claro no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, em face da “[...] diferença de capacidade contributiva [...]” entre elas e as empresas de médio e grande porte (ALEXANDRE, 2007, p. 583). O referido autor também julga positivamente a previsão constitucional, visto que tais empresas são, segundo ele, as responsáveis pela maioria dos empregos e necessitam da proteção estatal.

Para Humberto Ávila, a distinção promovida constitucionalmente possui como objetivo:

Em primeiro lugar, implementar a justiça tributária por meio da consideração da capacidade contributiva, presumidamente menor quando se trata de microempresas e empresas de pequeno porte. Por isso [...] um tratamento diferenciado “e favorecido” (ÁVILA, 2006, p. 181).

E continua, em momento posterior:

A capacidade contributiva deve ser concreta. Isso não quer dizer que não possa essa concretude ser presumida. [...] exemplo é o [...] tratamento favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, na presunção de que essas empresas indicam menor capacidade contributiva (ÁVILA, 2006, p. 372).

Hugo De Brito Machado também vê, em tais disposições, concretização da capacidade contributiva:

É certo que nossa Constituição contém regras no sentido de que o desenvolvimento econômico deve ser estimulado (art. 170), e especificamente no sentido de que a lei poderá, em relação à empresa de pequeno porte constituída sob as leis brasileiras, e que tenham sede e administração no País, conceder tratamento favorecido (art. 170, IX). Não nos parece, todavia, sejam tais disposições capazes de validar regra isentiva de imposto de renda, a não ser que se trate de situações em que a isenção realiza o princípio da capacidade contributiva, como acontece com a concedida às microempresas [...] (MACHADO, 2003, p. 52).

Américo Luiz Martins da Silva, no entanto, vê uma contraposição entre a previsão do artigo 179 e o parágrafo único do artigo 170, que garante a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, pois, para ele, o “[...] constituinte estabelece uma regra geral de natureza econômica e logo a seguir, no art. 179, restringe a aplicação dessa regra geral somente aos casos de microempresas e de empresas de pequeno porte” (SILVA, 2003, p. 183).

Leonardo Furtado Loubet pontifica sobre a inexistência de quebra da isonomia, até mesmo porque esse “[...] foi um desejo do constituinte originário” (LOUBET, 2007, p. 30).

No mesmo sentido, Débora Sotto, para quem “[...] o princípio contido no artigo 179 da Constituição funda-se no princípio maior da igualdade, visto que o tratamento favorecido [...] decorre logicamente da necessidade de lhes proporcionar condições igualitárias de competição” (SOTTO, 2007, p. 54). No mesmo sentido, Dias (2000, p. 21).

Sérgio Karkache (2009, p. 93-111) vê, em tais dispositivos, um princípio: o princípio do tratamento favorecido. No artigo 170, estaria o princípio, e no artigo 179, a regra (KARKACHE, 2009, p. 104). E afirma, sobre a capacidade contributiva, que “[...] o próprio tratamento ‘jurídico favorecido e diferenciado’ dispensado às pequenas empresas é inspirado (dentre outros) no princípio da capacidade contributiva [...]” (KARKACHE, 2009, p. 228). Para ele,

[...] a Constituição especifica que o tratamento favorecido diferenciará as pequenas empresas. Estas empresas, portanto, têm o direito subjetivo a um tratamento diferente das demais, sem o risco de afronta à isonomia. Produz-se, portanto, uma discriminação positiva em favor das pequenas

empresas [...] (KARKACHE, 2009, p. 105).

O tratamento favorecido às micro e às pequenas empresas não é invenção pátria. No Direito Comparado desde há muito se preveem formas diferenciadas de tratamento ao micro e ao pequeno empresário, com diferentes métodos e critérios.⁶

E, como já notado pelas citações realizadas, é muito decantada a importância deste setor econômico. Sérgio Karkache, por exemplo, afirma:

Segundo dados estatísticos públicos e privados, 97% (noventa e sete por cento) das empresas registradas em nosso país são micro ou pequenas empresas. Elas geram 57% dos empregos formais e respondem por 26% da massa salarial total do Brasil.

Sua influência e importância transcendem ao campo da economia: propiciam alternativa atenuante ao desemprego (e problemas deles decorrentes); democratizam o capital e o domínio da tecnologia; auxiliam na descentralização da economia, propiciando novas oportunidades de desenvolvimento às regiões menos favorecidas; constituem instrumento de afirmação de soberania econômica, com influências nas relações internacionais e frente ao processo de globalização da economia. (KARKACHE, 2009, p. 33-34).

Afirma Débora Sotto, nesse diapasão:

6 Sobre o tema, veja-se: Wilson De Souza Campos Batalha (1989, p. 42-44); César Maurício Zanluchi e Marlene Kempfer Bassoli (2006, p. 131); Sérgio Karkache (2009, p. 41-82); José Casalta Nabais (2004, p. 300-302); Fernanda Kellner de Oliveira Palermo (2001, p. 184). Sobre o tratamento às micro e pequenas empresas no âmbito do MERCOSUL, veja-se: Débora Sotto (2007, p. 173-195); Fernanda Kellner de Oliveira Palermo (2001, p. 183-198). Sobre o monotributo argentino e sistema assemelhado na Espanha, veja-se: James Marins e Marcelo M. Bertoldi, (2007, p. 66-67); Flávia de Almeida Viveiros de Castro (2006, p. 102-103).

Devido à sua menor capacidade econômica, em face dos demais agentes econômicos, micro e pequenas empresas são mais vulneráveis a sofrer abusos de poder na disputa do mercado. Por outro lado, é assente o relevante papel desempenhado pelos pequenos empresários na geração de empregos, na diminuição das desigualdades sociais e regionais e mesmo no desenvolvimento de novas tecnologias nacionais (SOTTO, 2007, p. 54).

Do mesmo modo, é muito afirmada sua fragilidade. Assevera Karkache (2009, p. 29):

A maior exposição ao risco e a margens de lucros menores ocasiona uma alta taxa demográfica, ou seja, os índices de natalidade e de mortalidade de pequenas empresas são normalmente muito altos. E a taxa de mortalidade é inversamente proporcional ao tempo de atividade das empresas.

No mesmo sentido, Fernanda Kellner de Oliveira Palermo:

No Brasil, a maioria das microempresas encerram suas atividades com pouco mais de um ano de exercício social, conforme pesquisas existentes. Algumas conseguem prolongar seu ciclo de vida, desempenhando seu papel na vida econômica e social de sua comunidade como geradoras de empregos e produtos que representam a riqueza da comunidade e de uma nação. (PALERMO, 2001, p. 186)

Fácil seria, portanto, fundamentar a necessidade de tal tratamento diferenciado, seja pela reiterada afirmação da importância

estratégica de tais empresas no domínio econômico, seja por sua diminuta capacidade econômica. Tratam-se de questões que têm, obviamente, grande relevância.

De qualquer forma, é exatamente em tais dispositivos que se encontra a norma de competência que permite, em nosso sistema, a criação de tratamento tributário diferenciado – *rectius*: favorecido –, às micro e às pequenas empresas.

Tal tratamento favorecido tributário tem, dessarte, **como alicerce, a ideia de intervenção do Estado no domínio econômico**. Nesse sentido, César Maurício Zanluchi e Marlene Kempfer Bassoli ressaltam:

A criação, pelo Governo, de uma lei destinada a promover um tratamento fiscal diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte é uma forma indireta de intervenção na ordem econômica, destinada a garantir a positivação dos valores eleitos e protegidos pela Constituição (ZANLUCHI; BASSOLI, 2006, p. 133).

Trata-se de intervenção que, como deixa claro o próprio artigo 179, visa fomentar tais empresas. Eis o fundamento da extrafiscalidade, “in casu”. Afirma Ávila que o segundo objetivo da distinção das empresas pelo porte feito constitucional é:

Em segundo lugar, implementar finalidades extrafiscais de desenvolvimento de setores e atividades não devidamente desenvolvidas por meio de estímulo ao crescimento das atividades de microempresas e de empresas de pequeno porte (ÁVILA, 2006, p. 151).

Em outro momento, reforça essa ideia:

Nesse último caso [do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas], abre-se a possibilidade de o Estado perseguir uma finalidade extrafiscal com a desoneração tributária, como é o caso de promover o desenvolvimento das empresas de menor porte (ÁVILA, 2006, p. 372).

Também Débora Sotto assim entende:

O poder de tributar é, portanto, *modalidade de intervenção no domínio econômico*, seja quando exercido com finalidades meramente arrecadatórias, seja quando exercido com finalidades extrafiscais. Encontra, assim, seus limites não apenas nos princípios constitucionais gerais tributários e nas imunidades, mas também nos objetivos e princípios da ordem econômica brasileira. [...] Tal desiderato constitucional [o previsto no artigo 170, IX e 179] implica, necessariamente, o exercício do poder de tributar com função extrafiscal, visando, mais do que carrear recursos aos cofres públicos, fomentar a atividade (SOTTO, 2007, p. 40-41).

Desse modo, vê-se claramente, também, o teor extrafiscal de referido tratamento diferenciado, de nítida norma indutora tributária.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DIFERENCIADO: ANTES DE 1988

Consideramos importante uma breve incursão sobre o histórico do tratamento diferenciado às micro e às pequenas empresas, focado, mas

não de modo exclusivo, em seu aspecto tributário.

Alguns veem já no Alvará de 28 de abril de 1808, editado com a vinda da família real portuguesa ao Brasil, “[...] a primeira iniciativa de incentivo aos pequenos empreendimentos” no país, ainda que “com pouca eficácia” (KARKACHE, 2009, p. 19).

Vemos depois, em 1945, o advento do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, a antiga Lei de Falências, que previa um tratamento favorecido ao comerciante individual e ao pequeno comércio, nos artigos 141 e 186, parágrafo único, em matéria de concordata e criminal.⁷ Devido a este diploma legal, Fernando Netto Boiteux afirma que “[...] há mais de cinquenta anos vem o legislador conferindo proteção especial às microempresas, sem conseguir jamais, no entanto, expurgar dos textos legais as contradições entre um e outro” (BOITEUX, 1999, p. 79).

Com a Lei Federal n. 4.506, de 30 de novembro de 1964 previu-se uma isenção do imposto sobre a renda para firmas individuais com receita bruta inferior a determinado limite, em seu artigo 29.⁸

Foi o Decreto-Lei nº 486, de 3 de março de 1969, que tratava da escrituração de livros mercantis, que definiu inicialmente o conceito de “pequeno comerciante”, como o início da distinção visando um tratamento favorecido à microempresa, em seu artigo 1º, parágrafo único.⁹

7 Art. 141. O devedor que exerce individualmente o comércio é dispensado dos requisitos de ns. I e II do artigo antecedente se o seu passivo quirografário fôr inferior a 100 (cem) vêzes o maior salário-mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 4.983, de 18.5.45)

Art. 186. Será punido o devedor com detenção, de seis meses a três anos, quando concorrer com a falência algum dos seguintes fatos: [...]

Parágrafo único. Fica isento da pena nos casos dos ns. VI e VII dêste artigo, o devedor que, a critério do juiz da falência, tiver instrução insuficiente e explorar comércio exíguo.

8 Art. 29. As firmas individuais que tenham, anualmente, receita bruta inferior a Cr\$5.000.000,00 (cinco milhões de cruzeiros) ficam isentas do impôsto de renda.

9 Art 1º Todo comerciante é obrigado a seguir ordem uniforme de escrituração, mecanizada ou não, utilizando os livros e papéis adequados, cujo número e espécie ficam a seu critério.

Parágrafo único. Fica dispensado desta obrigação o pequeno comerciante, tal como definido em regulamento, à vista dos seguintes elementos, considerados isoladamente ou em conjunto. (Vide Decreto nº 64.567, de 1969)

a) natureza artesanal da atividade;

Surge, em 1972, o Centro Brasileiro de Assistência Gerencial à Pequena e Média Empresa – CEBRAE, que foi a origem do atual Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE. Possuía natureza de pessoa jurídica de direito privado, apesar de ter como um dos sócios fundadores o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE e estar ligada à Administração Pública Federal.

Tem-se também a Lei Federal n. 6.468, de 1º de novembro de 1977, que dispôs sobre o regime simplificado de tributação, no imposto sobre a renda, para as pequenas empresas, inclusive com isenção para aquelas com receita bruta até determinado limite.¹⁰ O referido texto legal foi modificado pelos Decretos-Lei n. 1.647, de 18 de dezembro de 1978 e n. 1.706, de 23 de outubro de 1979, além de ter havido implicações do Decreto-Lei n. 2.325, de 8 de abril de 1987, em relação à forma de expressão do limite de enquadramento. Também pode ser citada a Lei Federal n. 6.586, de 6 de novembro de 1978, que definiu o comerciante ambulante para fins trabalhistas e previdenciários.¹¹

No entanto, os primeiros passos de maior relevância deram-se com propostas do Ministério da Desburocratização, por volta de 1979, que redundaram em algumas medidas.¹² Dentre elas, o que nos interessa mais proximamente é o Decreto-Lei n. 1.780, de 14 de abril de 1980, que previu isenção de imposto sobre a renda para pequenas empresas, assim como dispensa de “obrigações acessórias”, – com posteriores modificações e

b) predominância do trabalho próprio e de familiares, ainda que organizada a atividade;

c) capital efetivamente empregado;

d) renda bruta anual;

e) condições peculiares da atividade, reveladoras da exiguidade do comércio exercido.

10 Art. 1º - As firmas individuais e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada ou em nome coletivo, de receita bruta anual não superior a Cr\$4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil cruzeiros), poderão optar pelo pagamento do imposto de renda com base no lucro presumido, nos termos desta Lei.

11 Art. 1º - Considera-se comerciante ambulante aquele que, pessoalmente, por conta própria e a seus riscos, exercer pequena atividade comercial em via pública, ou de porta em porta.

12 Rubens Requião (2003, p. 62-63); Débora Sotto (2007, p. 45). O Programa Nacional de Desburocratização foi instituído pelo Decreto Federal n. 83.740, de 18 de julho de 1979.

implicações dos Decretos-Lei n. 1.973, de 30 de novembro de 1982, n. 2.064 de 19 de outubro de 1983 e 2.065, de 26 de outubro de 1983.¹³

A Lei Federal n. 6.939, de 9 de setembro de 1981, estabeleceu o regime sumário de registro e arquivamento no Registro do Comércio para as firmas individuais e sociedades mercantis, sob determinadas condições.¹⁴

Em 1984 foi promulgada a Lei Federal n. 7.256, de 27 de novembro de 1984, que instituiu o Estatuto da Microempresa, prevendo um tratamento jurídico diferenciado, e “[...] que se notabilizou como o mais importante texto legislativo sobre o tema, no período anterior à Constituição de 1988” (KARKACHE, 2009, p. 22).

O referido texto legal previa, além da definição de microempresa, benefícios tributários em relação a tributos federais e em relação a deveres instrumentais, assim como nos campos administrativo, trabalhista, previdenciário, creditício e de desenvolvimento empresarial, “[...] sem revogar os dispositivos anteriores concedendo isenções e estímulos nos aspectos especificamente não cogitados no texto respectivo.”¹⁵

13 Art. 1º A pessoa jurídica ou empresa individual, cuja receita bruta anual, inclusive a não operacional, seja igual ou inferior ao valor nominal de 3.000 (três mil), Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN) fica isenta do imposto sobre a renda, nos termos deste Decreto-lei, a partir exercício financeiro de 1981, ano-base de 1980.

14 Art. 1º - É instituído o regime sumário de registro e arquivamento no Registro do Comércio, que será aplicado: I - a todos os atos sujeitos a registro ou arquivamento relativos a firmas individuais e sociedades mercantis que preencham, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) sejam constituídas sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita ou sociedade de capital e indústria; b) tenham como sócios apenas pessoas físicas residentes no País; II - aos atos, contratos e estatutos de sociedades mercantis, sujeitos a registro ou arquivamento no Registro do Comércio, inclusive os mencionados no art. 2º, cuja validade dependa, por força da lei, da prévia aprovação por órgãos governamentais; III - aos demais atos societários não incluídos entre aqueles cujo registro ou arquivamento dependa de decisão colegiada, nos termos do art. 2º. Parágrafo único - A sociedade que, a qualquer tempo, deixar de preencher os requisitos do item I passará a ficar sujeita ao regime ordinário de registro e arquivamento no Registro do Comércio.

15 Art. 1º - À microempresa é assegurado tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial, de acordo com o disposto nesta Lei. Parágrafo único. O tratamento estabelecido nesta Lei não exclui outros benefícios que tenham sido ou vierem a ser concedidos às microempresas.

À época, vigente a Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, podia a União instituir isenção heterônoma, nos termos de seu artigo 19, § 2º.¹⁶ E o fez, por meio da Lei Complementar n. 48, de 10 de dezembro de 1984, isentando do Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS e do Imposto sobre Serviços – ISS, de competência dos Estados-membros e do Município, respectivamente; – que foi posteriormente modificada pela Lei Complementar n. 57, de 18 de dezembro de 1987.¹⁷

Nesse estado de coisas, chegou-se à Constituição Federal de 1988, no dia 5 de outubro.

3 O PÓS 1988: SITUAÇÃO INICIAL

Como já se expôs, no próprio texto constitucional previu-se o direito a um tratamento diferenciado e favorecido, em diversos campos, às micro e às pequenas empresas, nos termos dos artigos 170, IX, e 179.

Se houvesse omissão do legislador na criação de tal tratamento privilegiado, segundo Carrazza, seria possível uma ação de inconstitucionalidade por omissão e indenização:

[...] digamos que, por inércia do Congresso Nacional, uma empresa de pequeno porte não possa desfrutar, em relação a um dado tributo federal, das vantagens supra-referidas. Nesse caso, está facultada a requerer, a qualquer das pessoas ou entidades elencadas no art. 103 da Constituição Federal, que promova, perante o Supremo, a ação

16 Sobre o tema, veja-se a subseção 3.4.3, supra, p. 165.

17 Art. 3º - As microempresas definidas na forma do art. 2º desta Lei ficam isentas: I - do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias, quanto às saídas de mercadorias e ao fornecimento de alimentação que realizarem; II - do imposto municipal sobre a prestação de serviços de qualquer natureza.

direta de inconstitucionalidade por omissão. A par disso, poderá entrar com ação indenizatória contra a União (por danos causados pela omissão legislativa) (CARRAZZA, 2004, p. 376).

Nesse sentido, para Débora Sotto (2007, p. 56-57), tal previsão constitucional implica o “[...] dever de conferir tratamento tributário diferenciado às micro e pequenas empresas brasileiras”, opinião compartilhada por Tânia Gurgel (2007, p. 266). Eliud José Pinto da Costa afirma, também, que com uma tal lacuna normativa, “[...] configurar-se-ia uma inconstitucionalidade por omissão” (COSTA, 1997, p. 53).

Mas tal omissão inexistiu, ao menos em sentido completo. Isso porque a Lei Federal n. 7.256/84 foi recepcionada pelo texto constitucional.¹⁸ A mesma sorte não teve a Lei Complementar n. 48/84, obviamente, em face de sua incongruência com o novo ordenamento jurídico.¹⁹

Segundo Ricardo Alexandre, o “[...] STF entendia que o mandamento constitucional estava sendo cumprido em virtude da recepção [...]” da referida lei federal (ALEXANDRE, 2007, p. 584). Com efeito, assim decidiu o Pretório Excelso no Mandado de Injunção n. 73.²⁰

Já em 1988, foi promulgada a Lei Federal n. 7.713, de 22 de

18 “[...] com o advento da Constituição de 1988, só foram recepcionadas, pelo novo ordenamento, as normas jurídicas que com ela não conflitavam. As demais, isto é, as que não passaram pelo teste da compatibilidade, perderam a validade” (CARRAZZA, 2004, p. 586-587). Aliás, como recorda o referido autor, essa é a previsão expressa do artigo 34, §§ 3º e 4º do ADCT (CARRAZZA, 2004, p. 587).

19 Nesse sentido: Débora Sotto (2007, p. 50).

20 EMENTA: Mandado de injunção coletivo. - Esta Corte tem admitido o mandado de injunção coletivo. Precedentes do Tribunal. - Em mandado de injunção não é admissível pedido de suspensão, por inconstitucionalidade, de Lei, por não ser ele o meio processual idôneo para a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de ato normativo. - Inexistência, no caso, de falta de regulamentação do artigo 179 da Constituição Federal, por permanecer em vigor a Lei 7.256/84 que estabelece normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial. Mandado de injunção não conhecido (MI 73, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Julgado em 07/10/1994, Publicado no DJ 19/12/1994).

dezembro de 1988, que, ao alterar a legislação do Imposto sobre a Renda, em seu artigo 51, “[...] não apenas manteve a negação da qualidade de microempresa às pessoas jurídicas que se encontrassem nas situações previstas no artigo 3º, I a V da Lei nº 7.256/1984, como também ampliou as restrições previstas no item VI [...]” (SOTTO, 2007, p. 46).

Em 1990, o antigo CEBRAE foi transformado em serviço social autônomo, com o atual nome de SEBRAE pela Lei Federal n. 8.029, de 12 de abril.²¹

Já em 1995, a Emenda Constitucional n. 6, de 15 de agosto, como visto, modificou a redação do inciso IX do artigo 170 da CR/88, no que tange à exigência de que a empresa fosse de capital nacional, tendo também revogado o artigo 171.

Dez anos após o primeiro Estatuto da Microempresa, foi promulgada a Lei Federal n. 8.864, de 28 de março de 1994, o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, que definia a ambas, e assegurava um tratamento diferenciado e favorecido, expressamente com fulcro no artigo 179 do Texto Maior.²² No âmbito tributário, no entanto, tal tratamento limitou-se à previsão de simplificação de escrituração, e alguns outros dispositivos em relação às contribuições previdenciárias. No mais, permaneciam vigentes as leis anteriores, recepcionadas pela CR/88, como a Lei n. 7.256/84. Segundo Ricardo Alexandre, ela “[...] não trouxe qualquer avanço no tocante aos benefícios fiscais estabelecidos

21 Art. 8º É o Poder Executivo autorizado a desvincular, da Administração Pública Federal, o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa - CEBRAE, mediante sua transformação em serviço social autônomo. § 1º Os Programas de Apoio às Empresas de Pequeno Porte que forem custeados com recursos da União passam a ser coordenados e supervisionados pela Secretaria Nacional de Economia, Fazenda e Planejamento. § 2º Os Programas a que se refere o parágrafo anterior serão executados, nos termos da legislação em vigor, pelo Sistema CEBRAE/CEAGS, através da celebração de convênios e contratos, até que se conclua o processo de autonomização do CEBRAE.

22 Art. 1º Fica assegurado às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico simplificado e favorecido nos campos administrativo, tributário, trabalhista, previdenciário e creditício, na conformidade do disposto nesta lei.

na legislação anterior” (ALEXANDRE, 2007, p. 584).

Posteriormente, adveio a Lei Federal n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, o SIMPLES Federal.²³ Ela, que também fazia expressa menção ao artigo 179 da CR/88, definia igualmente microempresa e empresa de pequeno porte, por meio de limites de receita bruta anual.²⁴ Tais limites foram posteriormente modificados pelas Leis Federais n. 9.732, de 11 de dezembro de 1998, e n. 11.196, de 21 de novembro de 2005.²⁵

Tratava-se de lei mais completa, cuja finalidade era instituir um regime distinto e favorecido em matéria tributária, mas se limitou às sociedades empresárias, excluindo os empresários individuais, que não podiam optar por esse regime especial de tributação; contudo, continuavam tendo acesso ao tratamento favorecido da Lei n. 8.664/94, e, se registrados como microempresários, também às normas da Lei n. 7.256/84, que continuavam em vigor, o mesmo ocorrendo com as sociedades empresárias não optantes pelo SIMPLES Federal (MARTINS, 2000, p. 121).

Em seu artigo 9º previa numerosos casos de vedação de opção pela sistemática simplificada. Ademais, a referida lei previa o pagamento

23 Fruto da conversão da Medida Provisória n. 1526, de 5 de novembro de 1996. Deixamos, no entanto, de analisar a constitucionalidade de edição de referida lei por meio de medida provisória, o que ultrapassa os limites do presente trabalho.

24 Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - microempresa, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais); II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$720.000,00 (setecentos e vinte mil reais). § 1º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, os limites de que tratam os incisos I e II serão proporcionais ao número de meses em que a pessoa jurídica houver exercido atividade, desconsideradas as frações de meses. § 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

25 A primeira aumentou o limite para enquadramento como empresa de pequeno porte para R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), e a segunda aumentou os limites em 100%.

simplificado dos seguintes tributos federais, em seu artigo 3º, § 1º: Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas – IRPJ; b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP; c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS; e) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI; f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 – a contribuição social da empresa sobre o pagamento de salários e para o seguro de acidente de trabalho - SAT –, e a Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996 – contribuição social da empresa sobre pagamento de autônomos. Posteriormente, a Lei Federal n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997, incluiu a contribuição do empregador rural, prevista pelo artigo 25 da Lei Federal n. 8.870, de 15 de abril de 1994, e a Lei Federal n. 10.256, de 9 de outubro de 2001, fez o mesmo em relação à previsão do artigo 22 da Lei Federal n. 8.212/91.

O § 2º do mesmo dispositivo deixava explícito que, em relação a alguns impostos e contribuições sociais, a situação seria a mesma aplicada às demais pessoas jurídicas.²⁶ O restante das contribuições sociais instituídas pela União foi isentado, no § 4º do mesmo dispositivo.²⁷

Poderia haver a inclusão do imposto estadual sobre a circulação de mercadorias – ICMS, e do imposto municipal sobre serviços – ISS. Mas, diversamente da previsão da Lei Complementar n. 48/84, tendo em

26 Eram eles os seguintes: Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro – IOF; Imposto de Importação – II; Imposto de Exportação – IE; IRPJ sobre pagamentos ou créditos efetuados pela pessoa jurídica e ganhos ou rendimentos em aplicações de renda fixa ou variável, assim como ganhos de capital na alienação de ativos; o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR; a então existente Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira – CPMF; a Contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS; e a Contribuição Social relativa ao empregado.

27 § 4º A inscrição no SIMPLES dispensa a pessoa jurídica do pagamento das demais contribuições instituídas pela União.

vista a vedação da isenção heterônoma, ou mesmo qualquer interferência na competência das demais esferas federativas, a previsão na lei federal, em seu artigo 4º, limitava-se à possibilidade de um convênio bilateral.²⁸ Na prática, como é sabido, poucos entes federativos aderiram ao SIMPLES federal, tendo alguns preferido criar, paralelamente, um sistema simplificado regional ou local.²⁹ Afirma Sérgio Karkache (2009, p. 234):

Não obstante inicialmente muitos Estados e Municípios tenham aderido ao SIMPLES Federal, celebrando convênios e delegando a Administração, com o passar dos anos esta adesão reduziu significativamente [...]. Os autores apontam como possíveis causas deste fenômeno fatores como o desinteresse das entidades descentralizadas em abrir mão de sua atividade fiscal (em especial do poder de legislar) e também o receio de terem sua autonomia mutilada. É possível lembrar outros, tais como: a) falta de flexibilidade e de atualização dos critérios de adesão no SIMPLES Federal. [sic] b) ausência de sintonia com as diferenças sócio-econômicas regionais no Brasil; c) ineficiência crescente do SIMPLES Federal na tarefa de desonerar as pequenas empresas, em especial em determinados setores econômicos.

Por exemplo, além de previsão de tratamento favorecido em diversas constituições estaduais e leis orgânicas municipais, em relação aos Estados-membros, tínhamos o seguinte: em São Paulo, a Lei Estadual

28 Art. 4º O SIMPLES poderá incluir o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal - ICMS ou o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS devido por microempresas e empresa de pequeno porte, desde que a Unidade Federada ou o município em que esteja estabelecida venha a ele aderir mediante convênio.”

29 Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 82); Fran Martins (2000, p. 120); Arnaldo Rizzardo (2007, p. 60-61); Rubens Requião (2003, p. 63); Ricardo Alexandre (2007, p. 584); Flávia de Almeida Viveiros de Castro, (2006, p. 110).

n. 10.086, de 19 de novembro de 1998; no Rio de Janeiro, a Lei Estadual n. 3.343, de 29 de dezembro de 1999; em Minas Gerais, a Lei Estadual n. 15.219, de 7 de julho de 2004; no Rio Grande do Sul, a Lei Estadual n. 12.410, de 22 de dezembro de 2005; no Paraná, a Lei Complementar Estadual n. 58, de 16 de julho de 1991 *etc.* No que tange ao Distrito Federal, tínhamos a Lei Distrital n. 2.510, de 29 de dezembro de 1999.

Em 1999 foi promulgada a Lei Federal n. 9.841, de 5 de outubro de 1999, que trouxe à baila um novo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, o qual revogou os dois anteriores e manteve o SIMPLES sem alteração.³⁰ Houve algumas leis modificadoras da Lei Federal n. 9.317/96, como a de n. 10.034, de 24 de outubro de 2000, que excluiu algumas vedações à opção pelo regime simplificado.

Veja-se que, desde o advento do SIMPLES, criaram-se diferentes regimes, inclusive com diferentes limites de enquadramento como micro e pequena empresa: uma coisa era a previsão genérica do Estatuto, outra a tributária.

Não se pode olvidar, também, a previsão do art. 970 da Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil, que prevê que a lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao pequeno empresário, em relação à inscrição e aos efeitos disso decorrentes.³¹

4 A EC 42/2003 E ALÉM: DO SIMPLES FEDERAL AO SIMPLES NACIONAL

Em 2003, adveio a Emenda Constitucional n. 42, do dia 19 de

30 Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 82); Rubens Requião (2003, 63-64).

31 Arnaldo Rizzardo (2007, p. 60); Rubens Requião (2003, p. 63).

dezembro, que trouxe modificações diversas ao texto constitucional em questões tributárias, incluindo o tema do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas. Ademais, inseriu a referida emenda o inciso XXII no artigo 37 da CF/88, para prever o seguinte:

Art. 37. [...]

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Importante regra também foi incluída por essa Emenda no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT:

Art. 94. Os regimes especiais de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cessarão a partir da entrada em vigor do regime previsto no art. 146, III, d, da Constituição.

Em tal contexto, foi promulgada a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, revogando o anteriormente vigente, assim como todos os previstos em leis estaduais, distritais e municipais. O referido estatuto trouxe, em seu bojo, normas de influência no Direito Empresarial, Trabalhista, Administrativo, Econômico, e, o que interessa ao presente estudo mais proximamente, Tributário.

Ele prevê um tratamento tributário distinto, o SIMPLES Nacional, ou “Supersimples”, que é uma forma de pagamento mensal unificado do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e das Contribuições para a Seguridade Social a cargo da pessoa jurídica, além do Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS e do Imposto sobre Serviços – ISS. Tal sistema revogou o anterior SIMPLES Federal e vinculou, de modo obrigatório, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.³²

A referida lei tem sido modificada por leis complementares posteriores, que fizeram pequenos ajustes, sendo de se notar, em especial, a modificação realizada pela Lei Complementar n. 128, de 19 de dezembro de 2008, que unificou o tratamento favorecido na área tributária, estendendo-o também ao empresário individual com a criação do Microempreendedor Individual – MEI.

Não há dúvidas de que o Simples Nacional é, “antes de qualquer coisa, [...] um verdadeiro milagre”, como pontificou Silas Santiago, em obra sobre o tema, “Administrar um regime de forma compartilhada entre a RFB, Estados e Municípios não pode ter outra classificação a não ser algo que foge totalmente ao que se viveu, até então, na administração tributária nacional” (SANTIAGO, 2011, p. 32). Realmente, impressiona a solução encontrada para tão complexo objetivo, merecendo encômios os seus idealizadores.

³² Sobre o Simples Nacional, veja a nossa obra (CUNHA, 2011).

Já afirmamos, em outras oportunidades, que há alguns problemas na adequação constitucional do Simples Nacional. Tratam-se, no entanto, de problemas que podem ser solucionados, bastando para tanto a observância de determinadas fronteiras constitucionais e, com isso, permitindo que tal inovadora e importante sistemática possa cumprir seus objetivos e conviver, pacificamente com basilares Princípios Constitucionais Tributários.

Fato é que o Simples Nacional é, efetivamente, uma engenhosa solução para o mandamento constitucional de que o Poder Público dê tratamento favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, como um de seus objetivos da Ordem Econômica.

CONCLUSÃO

Verifica-se, portanto, que o tratamento favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte é um dos objetivos da Ordem Econômica Constitucional, elencados no art. 170, da Carta Magna. Trata-se de nítida forma de **intervenção do Estado no domínio econômico**, além de, na específica área tributária, tratar-se de nítida **norma indutora tributária**, de cunho extrafiscal.

Não resta dúvida que os objetivos buscados são nobres, necessários e urgentes. Dar tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte no âmbito tributário é uma correta medida político-econômica e, mais relevante, uma **determinação** constitucional. Trata-se de medida necessária para garantia de uma efetiva liberdade, sob o foco da real livre iniciativa.

Do exposto, é possível notar a evolução legislativa do tratamento favorecido, desde bem antes do atual texto constitucional,

mas, especialmente, após 1988. A previsão dos artigos 170 e 179 da CR/88 gerou efetiva atividade legislativa na busca por soluções para o atendimento ao preceito, cujo ápice, no aspecto tributário, é o atual Simples Nacional, previsto pela Lei Complementar n. 123/2006.

Vê-se, portanto, que o tema é mais um dos que tiveram especial destaque no primeiro quarto de século da Constituição de 1988. Apesar de, sem dúvida, muitos passos ainda necessitarem ser dados sobre a matéria para um efetivo e aperfeiçoado tratamento diferenciado às empresas de menor capacidade econômica, o que até agora já foi feito merece ser recordado como mais um dos motivos para comemoração dos quase trinta anos de nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. São Paulo: Método, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Estatuto da microempresa: comentários**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BOITEUX, Fernando Netto. As microempresas, os representantes comerciais e a interpretação das leis. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 43, abr. 1999, p. 79-84.

BRASIL. Constituição (1988). Ato das disposições constitucionais transitórias, decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O novo sistema legal das micro e pequenas empresas: primeiras impressões. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: RT, v. 69, n. 14, jul. ago. 2006, p. 97-111.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.

COSTA, Eliud José Pinto da. As complicações jurídicas do Simples (Lei Federal nº 9.317/96). **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 25, out. 1997, p. 52-59.

CUNHA, Carlos Renato. **O simples nacional, a norma tributária e o princípio federativo: limites da praticabilidade tributária**. Curitiba: Juruá, 2011.

DIAS, Caroline Said. Considerações sobre o Simples: Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 54, mar. 2000, p. 18-25.

ESTEVES, João Luiz Martins. **O comando político-jurídico da constituição: ideologia e vinculação hermenêutica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2016.

GURGEL, Tânia. Simples nacional: um estudo de viabilidade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: RT, v.15, n. 76, set.out.2007, p. 254-267.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

KARKACHE, Sérgio. **Princípio do tratamento favorecido**: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. Curitiba: 2009. 296 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2009.

LOUBET, Leonardo Furtado. Disposições Preliminares Art. 1º e 2º. In: HENARES NETO, Halley (Coord.). **Comentários à Lei do Supersimples**: LC 123/2006. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 19-48.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARINS, James. BERTOLDI, Marcelo M. **Simples nacional**: estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte comentado. São Paulo: RT, 2007.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NABAIS, José Casalta. Alguns aspectos da tributação de empresas em Portugal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: RT, v. 12, n. 59, nov.dez. 2004, p. 272-316.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social: contribuição para o incremento das atividades econômicas no âmbito do MERCOSUL. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, v. 40, n. 124, out. dez. 2001, p. 183-198.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição

Federal. São Paulo: RT, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTIAGO, Silas. **Simplex nacional**: o exemplo do federalismo fiscal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Américo Luiz Martins da. **A ordem constitucional econômica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOTTO, Débora. **Tributação da microempresa (ME) e da empresa de pequeno porte (EPP)**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VALADÃO, Alexsander Roberto Alves. **O mínimo existencial e as espécies tributárias**. Curitiba: 2008. 347 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2008.

XAVIER, André Gustavo de Sena. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988 e o tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte**. São Paulo: 2007. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2007.

ZANLUCHI, César Maurício; BASSOLI, Marlene Kempfer. A tributação diferenciada para pequenas empresas: mecanismo para positivar valores e princípios econômico-constitucionais. **ARGUMENTUM**: Revista de Direito da Universidade de Marília.

Marília: UNIMAR, v. 6, 2006, p. 119-141.

Como citar: CUNHA, Carlos Renato; ESTEVES, João Luiz Martins. O tratamento tributário diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte e a ordem econômica na Constituição da República de 1988. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.292-323, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p292. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 27/08/2016

Aprovado em 20/10/2016

RESENHAS / REVIEWS

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **Resíduos sólidos**: comentários à Lei 12.305/2010. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

OPORTUNIDADES NEGOCIAIS NA GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS

NEGOTIATION OPPORTUNITIES ON SOLID WASTE
MANAGEMENT

Vanuscléia Silva Santos Rikils¹
Eloi Martins Senhoras²

Como citar: RIKILS, Vanuscléia Silva Santos; SENHORAS, Eloi Martins. Oportunidades negociais na gestão de resíduos sólidos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.324-329 nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p324. ISSN: 2178-8189.

A temática dos resíduos sólidos adquire crescente relevância nas

1 Mestre em Ambiente e Desenvolvimento pelo Centro Universitário Univates. Mestre em Administração de Negócios Internacional pela Universidad de Alcalá de Henares (UAH-Espanha). Especialista em Gestão de Pessoas pela Universidade Gama Filho (UGF). MBA em Gestão Hospitalar pela Faculdade de Tecnologia Internacional (FATEC). Graduada em Administração de Empresas pela Faculdade Atual da Amazônia (FAA). É Segundo-Tenente da Força Aérea Brasileira (FAB) na Base Aérea de Boa Vista (BABV).
E-mail: cleia.rikils@gmail.com.

2 Pós-doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Nacional de La Matanza (UNLAM-Argentina). Doutor em Ciências pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Mestre em Geografia - Geoeconomia e Geopolítica pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Especialista em Administração - Gestão e Estratégia de Empresas pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Economia e em Política pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Professor e pesquisador do Departamento de Relações Internacionais (DRI), do Programa de Mestrado em Geografia (PPG-GEO), do Programa de Mestrado em Sociedade e Fronteiras (PPG-SOF) e do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Amazônia (PPG-DRA) da Universidade Federal de Roraima (UFRR).
E-mail: eloisenhoras@gmail.com.

discussões públicas e privadas nos contextos nacionais e internacionais à medida que surgiu, tanto, uma preocupação intertemporal de natureza socioambiental, quanto, uma compreensão de oportunidade de negócios, as quais sintetizam o conceito de desenvolvimento sustentável.

Tomando como referência a difusão do conceito de desenvolvimento sustentável por meio de um processo de consolidação de conferências internacionais sobre meio ambiente, o tema da gestão de resíduos sólidos tornou-se um ponto de convergência em negociações multilaterais entre diferentes países, o que resultou na conformação de um regime internacional de segurança química a partir da década de 1990, e, por conseguinte no surgimento de políticas nacionais de gestão dos resíduos sólidos.

O Brasil esteve diretamente ligado a este processo de modo paradoxal à medida que, de modo embrionário, recepcionou a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92) que dedicara espaço à problemática do gerenciamento dos resíduos sólidos na Agenda 21, assim, bem como, de modo retardatário, regulamentou a Política Nacional de Resíduos Sólidos apenas no ano de 2010.

Partindo desta contextualização como pano de fundo, um recente, porém, já clássico livro, “Resíduos sólidos: comentários à Lei 12.305/2010”, foi estruturado em três capítulos por meio de uma lógica dedutiva que inicialmente apresentou uma discussão sobre risco ambiental e resíduos sólidos, passando por um debate sobre os resíduos sólidos na política nacional aplicada, até chegar a uma análise de suas diretrizes e órgãos envolvidos.

No primeiro capítulo, “Risco, Meio Ambiente e os Resíduos Sólidos”, o texto aborda os limites de suporte natural do planeta,

justamente em função de existir uma crise ambiental global que é o resultado da evolução temporal das Revoluções Industriais, justamente por possibilitar um maior padrão de consumo das famílias com base em um padrão de produção que cada vez mais demanda recursos naturais em seus processos.

Em função dos riscos existentes dos novos padrões de produção e consumo da sociedade capitalista, surgem limites de suporte ao meio ambiente e, por conseguinte à própria sociedade, razão pela qual, preocupações e novas responsabilidades quanto à sustentabilidade socioambiental passaram a ser discutidas com base em novos valores que repercutiram a partir do último quartil do século XX na consolidação do conceito de desenvolvimento sustentável.

Dentro das ideias emergentes, o conceito de desenvolvimento sustentável trouxe consigo não apenas um sentido de preocupação sobre o esgotamento dos recursos naturais, mas também de oportunidades para se repensar o progresso com base em um padrão de desenvolvimento que valorize novos padrões mais equilibrados de consumo e novos padrões de produção que minimize o uso de insumos e que reaproveite os próprios resíduos por meio de uma extensão do ciclo de vida dos produtos e de processos de logística reversa.

É neste contexto que surge o gerenciamento dos resíduos sólidos como uma oportunidade de direito negocial em prol de uma agenda de desenvolvimento sustentável à medida que as legislações nacionais passam a definir responsabilidades de cada ator envolvido nos processos de produção e consumo, desde o setor empresarial, passando pelos cidadãos, até chegar ao setor público.

No segundo capítulo, “Os Resíduos Sólidos e a Política Nacional Aplicada”, o livro aborda a Política Nacional de Resíduos Sólidos

estabelecida no Brasil, por meio de uma análise tripartite que aborda os princípios de Direito Ambiental que fundamentam a Lei Federal 12.305/2010, bem como os objetivos da referida lei e os instrumentos normativos nela previstos.

Em um primeiro plano, a Política Nacional de Resíduos Sólidos é identificada por possuir uma natureza principiológica, justamente quando busca construir novos valores no progresso por meio do estabelecimento de uma visão sistêmica e ecoeficiente de desenvolvimento sustentável, na qual estão envolvidos os princípios binomiais de prevenção-precaução, de poluidor-pagador e protetor-recebedor.

Em um segundo plano, o livro demonstra que a Lei Federal 12.305/2010 aponta a centralidade de seus objetivos éticos, sociais, ambientais e tecnológicos na conformação de uma política de gestão integrada de resíduos sólidos, onde está prevista a participação de diferentes atores em termos de direitos e responsabilidades, obedecendo a uma lógica de incentivos, ganhos e punições.

Em um terceiro plano, o texto discute a Política Nacional de Resíduos Sólidos a partir do conjunto de instrumentos normativos criados para alavancar os objetivos de gestão integrada dos resíduos sólidos urbanos, o qual é identificado por diferentes instrumentos de incentivos, planos, ferramentas, atividades, sistemas e órgãos colegiados envolvidos.

No terceiro capítulo, “Das Diretrizes Aplicadas e dos Órgãos da Política Nacional de Resíduos Sólidos”, o livro discute a concepção verticalizada de execução nacional de qualquer atividade ambiental, sanitária e agropecuária em termos de monitoramento e fiscalização por parte do Poder Público, haja vista as características específicas do pacto federativo brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988.

Em termos de União, o livro aborda os órgãos federais que

compõem a Política Nacional de Resíduos Sólidos, por meio da identificação do papel centralizador do Ministério do Meio Ambiente, o qual produz ações exclusivas à pasta ou ações interministeriais com natureza normativa, deliberativa e consultiva, em um contexto de relativa independência de pressões dos entes subnacionais, estados e municípios.

Quanto aos planos de gestão dos resíduos sólidos, o texto aborda a exclusividade da Política Nacional de Resíduos Sólidos em nível federal disciplinando um modelo de funcionamento, tanto em nível estadual, com planos estaduais, planos de microbacias e planos de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas em nível estadual, quanto, em nível municipal, com planos de consórcio intermunicipal e planos de gestão integrada de resíduos sólidos.

Além de questões federativas, o capítulo ilustra as distintas responsabilidades dos atores públicos e privados na gestão integrada dos resíduos sólidos, incluída análise sobre os resíduos perigosos no caso das empresas, bem como focalizado estudo sobre o conjunto de instrumentos econômicos e proibições que o Poder Público possui discricionariedade de uso.

Com base nos capítulos ora apresentados, observa-se que a despeito de eventuais limitações, a Lei Federal 12.305/2010 vem preencher a uma lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo o princípio da cooperação ou da responsabilidade compartilhada como força motora para diferentes setores - o poder público, empresas e a própria sociedade civil - no desenvolvimento de uma nova e ajustada política pública de gestão e gerenciamento dos resíduos que minimamente consegue respeitar as especificidades locais e regionais.

Neste sentido, o livro apresenta uma clara e acessível leitura sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos, de modo a contribuir para

uma visão plural sobre os desafios e oportunidades na gestão integrada dos resíduos sólidos, razão pela qual trata-se de uma obra indispensável para um amplo público interessado no assunto, desde acadêmicos a *policymakers*.

Conclui-se com base nestas discussões que o livro “Resíduos Sólidos: Comentários à Lei 12.305/2010” fornece importantes subsídios para as áreas de Direito Ambiental e Direito Negocial, uma vez que suas contribuições fáticas, axiológicas e normativas vêm corroborar para uma visão sistêmica sobre os desafios e oportunidades da gestão de resíduos sólidos para a promoção do conceito de desenvolvimento sustentável.

Como citar: RIKILS, Vanuscléia Silva Santos; SENHORAS, Eloi Martins. Oportunidades negociais na gestão de resíduos sólidos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.324-329, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p324. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 29/08/2016

Aprovado em 20/10/2016

RESENHA/REVIWES

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexu causal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEIO AMBIENTE E RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROPRIETÁRIO: ANÁLISE DO NEXO CAUSAL

ENVIRONMENT AND LIABILITY OWNER: ANALYSIS OF CAUSAL LINK

Larissa Gabrielle Braga e Silva¹

Como citar: SILVA, Larissa Gabrielle Braga e. Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexu causal. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.330-337, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p330. ISSN: 2178-8189.

A pesquisa desenvolvida pela autora tem como objetivo analisar a responsabilidade civil do proprietário e sua relação com o meio ambiente abordando aspectos afetos ao nexu de causalidade.

A obra é dividida em três partes, na primeira intitulada propriedade e seu fundamento constitucional, a autora aborda acerca da propriedade enaltecendo a normatividade do artigo 1228 do Código

¹ Mestranda pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).
E-mail: larissabragadv@gmail.com.

Civil e alinhando-a ao direito fundamental ao meio ambiente. Descreve também acerca dos elementos constitutivos do direito de propriedade e suas limitações.

Ainda no capítulo I, a autora discorre sobre os princípios de proteção socioambiental, descreve o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e trata dos princípios da ubiquidade, do desenvolvimento sustentável, da participação, do poluidor-pagador, da prevenção, precaução, da função socioambiental da propriedade e do princípio da solidariedade intergeracional.

Na segunda parte a autora discorre acerca da função socioambiental da propriedade e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ainda dedica-se ao estudo do meio ambiente ecologicamente equilibrado e direito de propriedade, abordando o bem socioambiental, sua propriedade e o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental de terceira geração, aborda também a propriedade com incidência em áreas de preservação permanente e reserva legal. Na parte terceira a autora trata do dano ambiental, do nexo de causalidade e da responsabilidade civil do proprietário. A obra é escrita em 208 páginas.

A propriedade é descrita a partir de sua evolução histórica e atualmente se aproxima do seu caráter social e não absoluto. O meio ambiente é considerado bem de interesse difuso. O exercício do direito de propriedade envolve a apropriação de bens, preservando-se a utilização do bem para os demais. O direito ao meio ambiente equilibrado é direito fundamental de terceira geração, e diz sobre o direito à vida.

A autora aponta que deve haver um ponto de convergência entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Atualmente, o direito de propriedade não é mais absoluto o que impõe ao proprietário limitações civis, penais, administrativas,

ambientais e constitucionais. A função socioambiental da propriedade trabalha para conformar seus elementos e fins para os interesses sociais e ambientais.

Os princípios são abordados de forma clara e sucinta e correspondem às bases de sustentação do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. O princípio da dignidade da pessoa humana constitui o núcleo dos direitos humanos que contempla os direitos de igualdade, fraternidade e liberdade. O direito ambiental assume postura de proteção à vida, o que significa dizer que todos os direitos devem obedecer aos primados da proteção ambiental.

A autora ainda destaca que o princípio da participação apresenta relevância na atuação do proprietário no tocante ao uso do bem ambiental em consonância com a proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Enaltece o princípio do desenvolvimento sustentável associado ao exercício do direito de propriedade, pois o bem ambiental é o mesmo a propiciar o desenvolvimento econômico, social, cultural, político e que também garante a manutenção da sadia qualidade de vida.

O princípio do poluidor-pagador impõe ao responsável pela utilização do bem a responsabilidade pelos custos de prevenção de eventuais danos.

Destaca a responsabilidade civil ambiental e pontua que a função desta responsabilidade é cumprida quando se percebe que é mais barato prevenir os danos do que repará-los. No direito brasileiro prevalece a responsabilização objetiva pelo risco integral.

O princípio da precaução é adotado diante da incerteza científica da ocorrência do dano ao meio ambiente. Por sua vez, o princípio da equidade intergeracional exige um comportamento ético de utilização

do meio ambiente o que implica na importância da educação ambiental cujo escopo é a proteção das presentes e futuras gerações, visando uma mudança de comportamento da sociedade.

Acerca da propriedade a autora afirma que esta possui função social e função ambiental e que o descumprimento destas funções não esvazia a propriedade de seu conteúdo mínimo. A função socioambiental implica em um poder-dever que pode ser sancionado pela ordem jurídica. Dessa forma, o exercício da propriedade deve se ajustar às finalidades sociais e ambientais o que implica na possibilidade de se imputar condutas positivas ou negativas ao proprietário.

O direito ambiental apresenta titularidade difusa. A cidade também deve cumprir sua função socioambiental o que garantirá sadia qualidade de vida, balizada pelo estatuto da cidade o que permite o surgimento das cidades sustentáveis, o que determina seu crescimento ordenado. O escopo do direito ambiental é garantir a todos uma existência digna e a propriedade, neste sentido, assume posição de abonar a realização dos interesses individuais, sociais e ambientais.

A revolução industrial marca um período de intensa interferência do homem no meio ambiente, porém, seus efeitos só são constatados a partir do século XX. O reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental cria deveres de preservação para o Estado e para a sociedade.

A noção de meio ambiente contempla os aspectos natural, artificial, laboral e cultural e se forma pelo conjunto de interações que condiciona à vida. Os bens ambientais, assim, são aqueles que têm relevância para a sadia qualidade de vida, ínsita, pois, a obrigação de preservação das riquezas naturais. Assim, no bojo das questões atinentes à propriedade, haverá dois conteúdos um de ordem individual (em relação

ao proprietário) e outro de ordem social (em relação aos titulares do interesse difuso).

O proprietário pode ser compelido a ter comportamentos ativos e passivos para a efetiva proteção da propriedade em razão de sua característica socioambiental.

O dano ao meio ambiente é considerado como um dano a um interesse difuso, quando atinge interesse de particular é chamado de dano reflexo. O dano ao meio ambiente pode se consolidar patrimonialmente ou extrapatrimonialmente. Quando atinge interesse difuso é objetivo, é subjetivo quando atinge interesse individual.

A reparação do dano extrapatrimonial prefere à restauração do bem degradado e só ocorre dano depois de ultrapassado o limite de tolerabilidade da agressão. Para se mensurar esta tolerabilidade é necessária análise técnica multidisciplinar. Mesmo havendo licença e a atividade sendo lícita não será afastado o dever de recomposição do bem.

Em decorrência do princípio de informação ambiental, na alienação do bem, o proprietário deve ser obrigado a informar eventual utilização que possa implicar danos ao meio ambiente.

A responsabilização ambiental é objetiva dispensando-se a análise do dolo e culpa. Para haver a reparação é necessária a ocorrência do dano e do nexo de causalidade. A autora defende que para haver responsabilização do causador do dano ao meio ambiente deve haver prova do nexo de causalidade. Passa, então, a apontar as teorias do nexo. Diz que a teoria da equivalência das condições é aquela em que todas as condições são equivalentes para a produção do resultado danoso. Esta teoria não é apta para a responsabilidade ambiental, pois esta admite exclusão de responsabilidade quando o agente demonstra que o dano ocorreria mesmo sem a sua atuação, haja vista ser a responsabilidade

civil ambiental objetiva e solidária.

A teoria da causalidade adequada é aquela em que a causa deve ser apta para atingir um resultado, o que também pode implicar exclusão da responsabilidade pelas concausas.

As teorias desenvolvidas neste sentido não são adequadas porque afastam a necessidade do nexo de causalidade trabalhando com meras probabilidades para determinar a reparação do dano. A autora é veemente quando afirma a necessidade da prova do nexo de causalidade como condição jurídica para se efetivar a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Advoga a aplicação na seara do ambiente da teoria do escopo da norma jurídica violada, tanto na responsabilidade civil geral como nos casos de descumprimento da função socioambiental da propriedade.

A autora defende também a possibilidade de inversão do ônus da prova e das presunções de causalidade quando, por exemplo, há várias fontes emissoras, ou grande distância entre o local da ação ou emissão e o resultado danoso.

O direito à informação ambiental é importante instrumento facilitador da prova do nexo de causalidade. É cumprido, por exemplo, quando se averba na matrícula do imóvel a informação da existência de área contaminada, sem se descurar que o alienante tem o dever de informar sobre a utilização do bem e dos perigos desta advindos.

A nosso sentir, a autora tem razão quando afirma da necessidade de prova do nexo de causalidade para se aplicar a responsabilidade civil, admitindo as presunções de causalidade em alguns casos específicos. O direito de propriedade, hoje, não apresenta um caráter absoluto e deve ser exercido com limitações e com respeito aos impositivos da função socioambiental. Diante do descumprimento destes deveres deve incidir

os consectários da responsabilidade civil, sempre, prevalecendo a reparação. O bem então não integra somente o patrimônio do particular, ao contrário, insere-se num complexo de comunidade haja vista pertencer à característica de direito difuso, ínsito ao direito ambiental.

A principiologia apresentada denota a fundamentação da responsabilidade civil e do próprio Direito Ambiental, que assume grande relevância no cenário atual marcado por expressivas crises no tocante ao ambiente. Ela se volta para questões do presente com vistas a um futuro melhor e possível.

A presente obra é útil para os estudiosos do Direito Ambiental, juristas e operadores do Direito. Sua temática é abordada de forma clara e coesa, o que facilita a leitura e compreensão da obra. O tema é instigante e oportuno, sobretudo porque ressalta a questão da responsabilidade civil ambiental no viés da figura do proprietário. Analisa também o nexo de causalidade, elemento da responsabilidade civil ambiental que apresenta polêmica e divisão doutrinária no que diz respeito à sua flexibilização e necessidade de prova.

Patrícia FagaIglecias Lemos é Professora Associada do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. Possui Livre-Docência (2011), Doutorado (2007) e Mestrado (2002) pela mesma instituição. Orientadora dos cursos de mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da USP e do PROCAM- Programa de Ciência Ambiental da USP. Atualmente, é pesquisadora líder do Grupo de Estudos Aplicados ao Meio Ambiente: tutelas preventiva e reparadora de danos (USP), cadastrado no CNPq.

Atua nas seguintes áreas: consumo sustentável; logística reversa; resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo; responsabilidade compartilhada; nexo de causalidade; áreas contaminadas; responsabilidade

civil por danos ao meio ambiente; compensação ambiental.

Conferencista no Brasil e no exterior, possui diversas obras publicadas, com destaque para o livro “Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo”, pela Editora Revista dos Tribunais. Vice-Presidente para a Região Sudeste do Instituto O Direito por um Planeta Verde. Coordenadora, para o Estado de São Paulo, da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil- APRODAB. Membro do CERSOL- Centro Multidisciplinar de Estudos em Resíduos Sólidos da USP. Membro da European Environmental Law Association. Secretária de Estado do Meio Ambiente de São Paulo desde janeiro de 2015.

Como citar: SILVA, Larissa Gabrielle Braga e. Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexu causal. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.330-337, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p330. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 18/02/2016

Aprovado em 20/10/2016

INSTRUÇÕES AOS AUTORES

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

1. Procedimentos para aceitação dos artigos: Os artigos enviados devem ser inéditos, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- **Primeira etapa:** seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.
- **Segunda etapa:** parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa. Os pareceres comportam três possibilidades:
 - a. aceitação integral;
 - b. aceitação com alterações;
 - c. recusa integral.

1.1. Línguas: Serão aceitos trabalhos redigidos em inglês ou preferencialmente em português. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo, sendo que neste caso deverá o resumo ser também em inglês (necessário o abstract em qualquer que seja a língua do artigo).

1.2. As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

2. Tipos de colaborações aceitas pela revista: serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

2.1. Artigos Científicos (mínimo de 15 laudas e máximo de 25 laudas): apresentam, geralmente, estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental devem conter

todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; *Abstract*; *Key words*; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

• **Os artigos devem conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. É permitido até 3 (três) autores por artigo.**

Observação importante: Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), são publicados apenas 2 (dois) artigos de autores pertencentes ao Estado do Paraná por edição, **os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.**

2.2. Resenhas (mínimo de 1 lauda e máximo de 3 laudas).

3. Cadastro dos dados dos autores e do artigo no sistema:

Os autores deverão informar na ocasião do cadastro no sistema:

- Título do artigo em português;
- Resumo e palavras-chave;
- Área(s) e sub-área(s) do conhecimento;
- Nome completo de cada autor, seguido por afiliação institucional;
- Indicação do endereço completo da preferência do autor, telefone e e-mail;
- Resumo da biografia;
- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado em evento, derivado de tese ou dissertação, coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

4. Forma de apresentação dos artigos:

4.1. A SCIENTIA IURIS adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os

artigos devem ser digitadas em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço 1,5, em fonte tipo Arial, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

4.2. A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

4.2.1. Folha(s) **despersonalizada** contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português;
- **Resumo** (máximo de 200 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e **Palavras-chave** (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico;
- **Abstract** e **Key words**, em inglês, compatível com o texto em português. O **Abstract** deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de **Key words**, compatíveis com as palavras-chave.

4.2.2. Texto propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.

• As **citações bibliográficas** devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – *Informação e Documentação - Citações em documentos – Apresentação/* Ago. 2002), adotando-se o **sistema autor-data**. Ex.: Barcellos et al. (1977) encontram...

... posse *pro labore* ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).

... sem que essa prestação de serviços ..." (HONRUBIA et al., 1996, p. 224).

Segundo Canotilho (2000 apud ARAUJO, 2001, p. 82),...

– Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras

para distingüi-los. Exemplo: Diniz (2003a). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.

– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Grinover e Dinamarco (2003).

– No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão et al. Exemplo: Barcellos et al. (1997).

– Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 1 (um) espaço simples. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal, destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome da obra (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.

• As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

Observação importante: siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura. Todas as abreviaturas em tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

4.2.3. Referências (NBR 6023 – *Informação e Documentação - Referências - Elaboração*

/ Ago. 2002) Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

• Referências dos documentos consultados: Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

5. Direitos autorais:

5.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS:

Os direitos autorais dos artigos publicados pertencem à revista *SCIENTIA IURIS*. A reprodução total dos artigos desta revista em outras publicações, ou para qualquer outra utilidade, está condicionada à autorização escrita do(s) Editor(es). Pessoas interessadas em reproduzir parcialmente os artigos desta revista (partes do texto que excedam a 500 palavras, tabelas e ilustrações) deverão ter permissão escrita do(s) autor(es).

5.2. Reprodução parcial de outras publicações:

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na *SCIENTIA IURIS*. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a *SCIENTIA IURIS* e os autores dos trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

6. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

7. Sugerimos a leitura da obra de Maurício Gomes Pereira. Título: Artigos científicos: como redigir, avaliar e publicar. Editora: Guanabara Koogan.

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

A revista se reserva o direito de efetuar, nos originais, alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua e a credibilidade do veículo. Respeitará, no entanto, o estilo de escrever dos autores. Alterações, correções ou sugestões de ordem conceitual serão encaminhadas aos autores, quando necessário. Nesses casos, os artigos, depois de adequados, deverão ser submetidos

a nova apreciação. As provas finais não serão encaminhadas aos autores. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da revista, ficando sua reimpressão total ou parcial sujeita a autorização expressa da revista. Em todas as citações posteriores, deverá ser consignada a fonte original de publicação, no caso a Discursos Fotográficos. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

O autor autoriza a republicação e divulgação do artigo em sites especializados na área de direito (ex: academia.edu; emporiododireito.com.br; conjur.com.br, e outros). Autoriza, também, a publicação e/ou divulgação em redes sociais. O artigo será encaminhado para republicação e divulgação pela equipe editorial da Revista Scientia Iuris somente após publicação do artigo na Revista Scientia Iuris para garantir o ineditismo que é uma exigência da publicação.

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
