

# SCIENTIA IURIS

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

REITOR

Profa. Dra. Nádina Aparecida Moreno

VICE-REITOR

Profa. Dra. Berenice Quinzani Jordão

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Mário Sérgio Mantovani

Diretora de Pós-Graduação: Profa. Dra. Maria Antonia Pedrine Colabone Celligoi

Diretora de Pesquisa: Profa. Dra. Carmen Silvia Vieira Janeiro Neves

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof. Dr. Sergio Carlos de Carvalho

Vice-Diretor: Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski

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: Profa. Dra. Miguel Miguel Etinger de Araujo Junior

Vice-Coordenador: Prof. Dr. 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 semestral a partir de 2011.

Descrição baseada em: Vol. 15, N. 1 (Jan./Jun. 2011).

ISSN 1415-6490

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) - RCAAP (Portugal).

*Solicita-se Permuta / Solicitase Canje / Request Exchange / On Demande Échange / Vogliamo Cambio / Wir Würden Wus Über Einen Austausch Mit Ihrer Zeitschrift Freuen*

# SCIENTIA IURIS

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL



UNIVERSIDADE ESTADUAL  
DE LONDRINA

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

V.18, N.1 - jul.2014

# SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

*Editora / Editor*  
Marlene Kempfer

*Titulares:*

Cláudio Ladeira de Oliveira (UnB/DF)  
Fernando Facury Scaff (UFPA/PA)  
Gilvan Luiz Hansen (UFF/RJ)  
Irene Patrícia Nohara - Universidade Nove de Julho (UNINOVE/SP)  
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (UNIMAR/SP)  
Luis María Chamorro Coronado - Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, Espanha  
Luiz Fernando Belinetti (UEL/PR)  
Luiz Otávio Pimentel (UFSC/SC)  
Sérgio Alves Gomes (UEL/PR)  
Wilson Engelmann (UNISINOS/RS)

*Assessoria Técnica:*

Heitor Obici Pepino, Heliane Miyuki Miazaki, Laudicena de Fátima Ribeiro,  
Neide Maria Jardinette Zaninelli, Tiago Brene Oliveira

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (UEL/PR)	Marco Antônio dos Anjos (MACKENZIE/SP)
Ana Karina Ticcianelli, Centro Universitário Filadélfia (UniFil)	Maria de Fátima Ribeiro (UNIMAR/SP)
Bianco Zalmora Garcia (UEL)	Maria Gabriela Staut (UEL)
Bruno Amaro Lacerda (UFJF/MG)	Monica Herman Salem Caggiano (USP)
Cecilia Caballero Lois (UFRJ)	Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UEL/PR)
Cléber Sanfelici Otero (CESUMAR/PR)	Roberto Wagner Marquesi (UEL/PR)
Fernando Facury Scaff (UFPA/PA)	Rodrigo Coimbra Santos (UNISINOS/RS)
Frederico Eduardo Zenedin Glitz (UNOCHAPECÓ/SC)	Rozane da Rosa Cachapuz (UEL)
Gustavo Silveira Siqueira (UERJ/RJ)	Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva (UFRJ/RJ)
Hélcio Ribeiro (MACKENZIE/SP)	Soraya Regina Gasparetto Lunardi (ITE/SP)
Jesuvaldo Eduardo de Almeida Júnior (UNITOLEDO/SP)	Vanessa Vilela Berbel (Faculdade Arthur Thomas)
Luiz Otávio Pimentel (UFSC)	Vicente Marques Filho (UEL)
	Tânia Lobo Muniz (UEL)
	Thais Bernardes Meganhini (UNIR/RO)
	Wilson Engelmann (UNISINOS)

## Curso de Mestrado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA  
Campus Universitário – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil

Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: [mestrados@uel.br](mailto:mestrados@uel.br)

Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

## Sumário | Contents

<b>Editorial</b> .....	7
<b>Sociedades Limitadas: Uma Leitura Via Law And Economics</b> .....	9
LIMITED COMPANIES: A READING VIA LAW AND ECONOMICS	
<i>Henrique Avelino Lana</i>	
<b>Considerações da lei falimentar no direito brasileiro em comparação ao direito francês</b> .....	45
BANKRUPTCY LAW CONSIDERATIONS IN BRAZILIAN LAW COMPARED TO FRENCH LAW	
<i>Patricia Borba Marchetto e Adriana Augusta Telles de Miranda</i>	
<b>Intervenção do Estado na ordem econômica por meio da tributação sobre as emissões de carbono com a finalidade de tutela do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável</b> .....	61
STATE INTERVENTION IN THE ECONOMIC ORDER THROUGH TAXATION ON CARBON EMISSIONS FOR THE PURPOSE OF PROTECTION OF THE ENVIRONMENT AND PROMOTION OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT	
<i>Clodomiro Bannwart e Cinthia Terasaca</i>	
<b>Suspensão da execução de medidas judiciais deferidas para a tutela de interesses ambientais</b> .....	91
SUSPENSION OF THE EXECUTION OF LEGAL PROCEEDINGS DEFERRED TO SAFEGUARD ENVIRONMENTAL INTERESTS	
<i>Luiz Fernando Bellinetti e José Mauro Luizão</i>	
<b>Fenômeno empresa - dos interesses exclusivos privatistas aos institucionalistas publicistas: criando valor compartilhado</b> .....	115
ENTERPRISE PHENOMENON - FROM PRIVATE EXCLUSIVE INTERESTS TO INSTITUTIONALISTS PUBLICISTS: CREATING SHARED VALUE	
<i>Nilton Cesar Flores e Vinicius Figueiredo Chaves</i>	
<b>O princípio da vulnerabilidade e as técnicas de neuromarketing: aprofundando o consumo como vontade irrefletida</b> .....	135
THE PRINCIPLE OF VULNERABILITY AND NEUROMARKETING TECHNIQUES: DEEPER AS CONSUMPTION WILL UNTHINKING	
<i>Gilson Martins Mendonça, Katya Kozicki e Sérgio Reis Coelho</i>	

<b>Esfera pública, reconhecimento e minorias: o diálogo Habermas-Fraser</b> .....	153
<b>PUBLIC SPHERE, RECOGNITION AND MINORITIES: THE HABERMAS-FRASER DIALOGUE</b> <i>Maria Eugenia Bunchaft</i>	
<b>Direitos fundamentais do contribuinte e interpretação tributária: Conceito e aplicação do princípio <i>in dubio contra sacrificium</i></b> .....	181
<b>FUNDAMENTAL RIGHTS OF TAXPAYERS AND TAX INTERPRETATION: CONCEPT AND APPLICATION OF THE PRINCIPLE IN <i>IN DUBIO CONTRA SACRIFICIUM</i></b> <i>Paulo A. Caliendo V. da Silveira</i>	
<b>Desenvolvimento econômico e igual liberdade de trabalho no contexto dos direitos humanos</b> .....	217
<b>ECONOMIC DEVELOPMENT AND EQUAL FREEDOM OF WORK IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS</b> <i>Marco Antônio César Villatore e Dinaura Godinho Pimentel Gomes</i>	
<b>O papel criador do intérprete na efetividade do princípio da dignidade humana</b> .....	241
<b>THE CREATIVE ROLE OF THE INTERPRETER IN THE EFFECTIVENESS OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY</b> <i>Bernardo Schimidt Penna</i>	
<b>RESENHAS / REVIEWS</b>	
<b>Direito e economia</b> .....	257
<b>LAW AND ECONOMICS</b> <i>Janaina Vargas Testa</i>	
<b>Mercados, Estado e Oportunidade Social</b> .....	260
<b>MARKETS, STATE AND SOCIAL OPPORTUNITY</b> <i>Thalles Alexandre Takada</i>	
<b>INSTRUÇÕES AOS AUTORES</b> .....	264
<b>INSTRUCTIONS FOR AUTHORS</b>	
<b>LISTA DE REVISTAS PERMUTADAS</b> .....	270
<b>LIST OF EXCHANGE JOURNALS</b>	

## Editorial

A Revista *Scientia Iuris*, uma publicação semestral vinculada ao programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, é voltada para todo o meio jurídico que busca manter-se atualizado. Aborda assuntos de grande interesse e relevância para professores, pesquisadores, estudantes, advogados, magistrados, promotores, procuradores e defensores público.

O objetivo da Revista é a publicação de artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras, envolvendo temáticas das linhas de pesquisa do programa de Mestrado em Direito Negocial: a) Relações Negociais no Direito Privado; b) Acesso à Justiça – Solução de Conflitos Atinentes a Negócios Jurídicos Públicos e Privados Envolvendo Interesses Individuais e Transindividuais; e c) Estado Contemporâneo: Relações Empresariais e Relações Internacionais.

Cumpramos ressaltar que a Revista busca a cada ano aprimorar ainda mais o periódico, seguindo as diretrizes da Capes para o Qualis. Procura também manter o compromisso de eleger artigos, resenhas e avaliadores de Instituições renomadas e titulações acadêmicas expressivas. Desde de 2013 a Revista *Scientia Iuris* recebeu a reclassificação pela CAPES recebendo Qualis B1. Esta reclassificação é resultado do contínuo esforço de todo o grupo editorial, do empenho e seriedade de nosso corpo de avaliadores e da qualidade dos trabalhos

submetidos pelos autores das mais diversas Regiões do país e exterior. Por isso mesmo, o compromisso e a responsabilidade se mostram cada vez maiores, sobretudo visando galgar novos degraus e atingir futuramente nova reclassificação aumento o Qualis da revista. Esta meta tem em vista principalmente a convicção de oferecer veículos de divulgação e promoção de pesquisa nas ciências sociais aplicadas, em especial no âmbito do estudo do Direito.

Seguindo por diversas revistas renomadas nacional e internacional, a partir deste número todas as publicações serão apenas na versão eletrônica, sendo que a última edição impressa foi publicada em dezembro de 2013 (Volume 17, n. 2, dez. 2013).

Agradecemos especialmente os autores, os pareceristas *ad hoc* e a equipe técnica responsável pelo processo de editoração da Revista, sem os quais os planos estabelecidos por este Conselho não estariam se desenvolvendo tão brilhantemente.

Por fim, convidamos o leitor para desfrutar dos artigos criteriosamente selecionados.

Boa leitura!



## Sociedades Limitadas: Uma Leitura Via Law And Economics

### LIMITED COMPANIES: A READING VIA LAW AND ECONOMICS

Henrique Avelino Lana\*

**Resumo:** Pretende-se demonstrar ser pertinente apreciar a Sociedade Limitada não apenas em seu caráter estático, mas, também, mediante uma compreensão eminentemente dinâmica, por sê-la um feixe de relações contratuais que buscam organizar os fatores de produção. Para tanto, será feita inicialmente uma abordagem geral e legal deste tipo societário para, posteriormente, apreciá-lo em seu aspecto econômico. Ao final, busca-se evidenciar existir relação direta entre as Sociedades Limitadas e as ferramentas metodológicas trazidas pela Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*, tais como maximização dos interesses, bem estar e riquezas, custos de oportunidade, transação, produção e comprovação, eficiência, incentivos positivos e negativos e jogos de cooperação.

**Palavras chaves:** Sociedades Limitadas, Análise Econômica do Direito, Eficiência.

**Abstract:** The aim is to demonstrate to be relevant to assess the Limited not only in its static character, but also by an understanding highly dynamic, being it by a bundle of contractual relations that seek to organize the factors of production. Therefore, it will be initially made a general approach and this cool corporate type to then enjoy it in its economic aspect. At the end, we seek to demonstrate a direct relationship exists between the Limited Companies and methodological tools brought by the Economic Analysis of Law or Law and Economics, such as maximizing the interests, welfare and wealth, opportunity costs, transaction, production and proof, efficiency, positive and negative incentives and cooperative games.

**Keywords:** Limited Companies, Law and Economics, Efficiency.

\* Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG, Doutorando em Direito Privado pela PUC/MG. Mestre em Direito Privado pela PUC/MG. Pós Graduado Lato Sensu em Direito Empresarial pela PUC/MG. Graduado em Direito pela PUC/MG. henrique@mpatrocínio.com.br

## INTRODUÇÃO

Não se pretende neste artigo esgotar todos os temas que envolvem as Sociedades Limitadas. Caso fosse essa a intenção, correr-se-ia o risco de torná-lo de certa forma superficial, ou extenso demais, haja vista a magnitude e diversidade de temas que cercam este tipo societário.

Assim, com o fim de proporcionar uma acessível compreensão da matéria, inclusive aos leitores de outras áreas do conhecimento, mostra-se coerente inicialmente exporem-se os contornos gerais, após os legais, para só então, ao final, calcar-se no aspecto econômico deste tipo societário tão comum e utilizado no dia a dia.

Deste modo, poderá então ser compreendido que a análise de uma sociedade limitada merece uma apreciação e reflexão que vai além de sua visão eminentemente estática, merecendo-a ser considerada também mediante uma visão econômica e dinâmica, ao passo que, para tanto, é de fundamental importância a utilização das ferramentas metodológicas inerentes à Análise Econômica do Direito, tal como maximização dos interesses, bem estar e riquezas, custos de oportunidade, transação, produção e comprovação, eficiência, incentivos positivos e negativos, jogos de cooperação, etc.

## 1 POR UMA COMPREENSÃO GERAL DA SOCIEDADE LIMITADA

Como o próprio nome faz referência, está-se diante de uma sociedade<sup>1</sup>, o que implica, no primeiro momento<sup>2</sup>, a existência de duas ou mais pessoas que pretendam, em conjunto, envidar esforços para realizar uma atividade comercial objetivando a divisão dos resultados econômicos apurados.

As sociedades de responsabilidade limitada podem ser de duas espécies ou tipos: as sociedades anônimas, de capital dividido por ações; e as sociedades limitadas, cujo capital se divide em quotas, chamadas na legislação anterior,

<sup>1</sup> O novo Código, que pretendeu ordenar a matéria relativa às pessoas jurídicas em geral, denomina “sociedades simples” aquelas que possuem finalidade civil. O novo diploma as distingue da “sociedade empresária” (art. 982). Considera-se empresária a sociedade que tiver por objeto o exercício de atividade própria de empresário e simples, as demais. Na mesma senda do direito anterior, será sempre considerada empresária a sociedade por ações, conhecida também como sociedade anônima, e simples, a sociedade cooperativa.

<sup>2</sup> Utilizou-se a expressão “no primeiro momento”, pois não foram desconsideradas as hipóteses nas quais é permitida, no Brasil, excepcionalmente, a existência formal de uma sociedade com apenas um sócio.

Decreto n.º 3.708/19 (BRASIL, 1919), de sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Conforme Osmar Brina Corrêa-Lima, “o capital social da companhia é dividido em ações. Esta tem sido considerada uma das características deste tipo societário” (LIMA, 1995a, p. 45).

Para José Xavier Carvalho de Mendonça “a sociedade anônima é aquela em que todos os sócios denominados acionistas ou acionários, respondem pelas obrigações sociais até o valor com que entraram ou prometeram entrar para a formação do capital social” (MENDONÇA, 2001, p.315).

É, exclusivamente, destas últimas (sociedades limitadas, de quotas, cuja responsabilidade é limitada) que se ocupa o presente trabalho, haja vista sua marcante e preponderante característica de ser uma sociedade de pessoas <sup>3</sup>, nas quais há a intenção comum de aglutinar forças visando a realização de atividade econômica para obtenção e repartição dos lucros entre os sócios.

Nos termos do artigo 981 do Código Civil, “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. (BRASIL, 2002).

Ao contrário dos contratos bilaterais, nos quais há prestações e contraprestações antagônicas entre os celebrantes, a prestação e objetivo do contrato de sociedade caminha na mesma direção: todos os sócios buscam exercer a mesma atividade econômica com a finalidade de lucrar.

<sup>3</sup> Respeitável parte da doutrina especializada distingue as sociedades como sendo de pessoas, de capital ou híbrida. Nesse sentido, veja-se: “Possui natureza jurídica *sui generis*; é uma sociedade contratual com o caráter predominantemente personalista, porém híbrido. Em sua estrutura ou regime de sua constituição e dissolução apresenta-se mais como uma sociedade contratual do que uma sociedade orgânica ou institucional, mas, quanto às condições de alienação da participação societária e à influência da qualidade pessoal dos sócios no exercício de suas atividades, poderá ser sociedade de pessoas ou de capital, e, quanto à atividade desempenhada, empresária ou simples. (DINIZ, 2009, p. 314). No entanto, respeitosamente, opta-se neste artigo em tratar a sociedade limitada como possuidora de natureza eminentemente de pessoas, e não de capital, haja vista o artigo 1.057 do Código Civil. Neste desiderato, vê-se: “Na doutrina, há aqueles que sustentam serem as sociedades limitadas de pessoas, há outros que verificam a possibilidade destas sociedades serem consideradas de capital, nos casos em que o contrato social estabelecer a aplicação supletiva da legislação do anonimato. Há, também, aqueles que sustentam tratar-se de sociedade mista, diante da impossibilidade de se adequar a limitada a nenhuma destas categorias. A meu ver, em face do estabelecido no art. 1.057, do Código Civil de 2002, as sociedades limitadas serão sempre sociedade de pessoas, pois a necessidade de anuência de outros sócios para que a quota possa ser cedida a terceiros demonstra a relevância das características pessoais de cada integrante da sociedade. A quota não poderá ser livremente cedida em favor de terceiros, pois se trata de sociedade de pessoas. É essa classificação, inclusive, que melhor se enquadra à realidade brasileira, em face do usual número reduzido de quotistas.” (PATROCÍNIO, 2008, p.7).

Nesse sentido, é célebre a concepção de Túllio Ascarelli, para quem o contrato de sociedade, tal como os da limitada, é um contrato plurilateral, no qual as partes convergem seus esforços para um fim comum e, naturalmente, econômico.

[...] à pluralidade corresponde a circunstância de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificadas por meio de uma afinidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos com comunhão de fim. Cada uma das partes obriga-se, de fato, para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-los, todos, em torno de um fim, de um escopo comum. (ASCARELLI, 2001, p. 271).

Assim, entre os sócios que compõem, por um contrato plurilateral<sup>4</sup>, as Sociedades Limitadas, deve existir afinidade de interesses e de objetivos. Essa relação chama-se *affectio societatis*. Há que se presenciar convergência de vontades para se alcançar o benefício comum, qual seja, o lucro.

A tal relação some-se ainda a vontade de aceitar em comum determinados riscos, bem como a necessidade de os sócios colocarem interesses sociais em sobreposição aos interesses de cada um. Segundo Frederico Videla Escalada,

No contrato de sociedade, por sua vez, existe uma convergência de intenções que pretendem alcançar um objetivo comum. A essa relação especial que se cria entre os sócios agrega-se, além disso, outro elemento: a intenção de aceitar solidariamente determinados riscos e a necessidade de que os sócios submetam seus interesses particulares ao interesse social. Mediante a conjunção desses elementos, ter-se-á atingido uma noção objetiva da *affectio societatis*, a qual nos parece enquadrar-se adequadamente na própria definição de Videla Escalada: intenção de colaborar, com sentido econômico, sem relações de superioridade ou dependência entre os sócios, a qual (intenção) anteponha ao interesse individual o interesse social da empresa. (VIDELA ESCALADA, 2007, p. 159-160, tradução nossa).<sup>5</sup>

<sup>4</sup> “O contrato de sociedade - viu-se no Capítulo III, item 2 -, consoante doutrina aprimorada por Tulio Ascarelli e de aceitação hoje dominante, é subespécie que se aloja na categoria dos contratos plurilaterais. Daí a doutrina mais atual o conceituar como um contrato plurilateral, de organização e colaboração, ou seja, com comunhão de escopo.” (LUCENA, 2001, p. 674).

<sup>5</sup> “*En el contrata de sociedad, en cambio, existe una convergencia de voluntades que pretenden alcanzar un beneficio común. A esa especial relación que se crea se agrega, además, otro elemento: la voluntad de aceptar en común determinados riesgos y la necesidad de que los socios pospongan sus intereses egoístas al interés social. Mediante la conjunción de estos elementos,*

Assim, ao se tratar das sociedades neste trabalho, vislumbra-se a situação na qual há a comunhão de esforços de duas ou mais pessoas que se obrigam a contribuir para o exercício de uma atividade negocial com objetivos econômicos, visando a repartição dos lucros dentre os sócios.

Sabe-se que o início da história das sociedades mercantis paira sobre a idade média. Naquela remota época, verificava-se a presença de tipos societários antagônicos e distintos entre si.

É verdade que a Alemanha, no final do sec. XIX, foi o primeiro país a se utilizar deste tipo societário. É verdade, também, que séculos antes já havia a sociedade por ações, as S/A., espécie societária que já implicava na responsabilidade limitada dos seus membros pelas obrigações da sociedade.

As sociedades limitadas foram concedidas de modo a estimular o desenvolvimento das atividades empresárias de pequeno porte. Afinal, em época anterior ao seu surgimento no Brasil, o potencial investidor possuía, basicamente, três opções: ou se registrava formalmente na condição de comerciante individual; ou constituía alguma das sociedades reguladas no Código Comercial de 1850; ou optava por uma sociedade anônima.

Fato é que nos dois primeiros casos, acabava por assumir um risco considerado exacerbado em relação ao seu patrimônio pessoal, tendo em vista que o então comerciante individual, bem como os sócios daquelas espécies societárias reguladas no Código Comercial de 1850, respondia, pessoalmente, ilimitadamente, pelas dívidas decorrentes da atividade dita comercial.

Assim, caso, à época, o indivíduo pretendesse se inserir em um tipo societário de responsabilidade limitada, não restava alternativa senão a da Sociedade Anônima.

No entanto, a opção pela Sociedade Anônima somente se mostrava viável ou coerente na hipótese de se desenvolver uma atividade econômica de grande porte, mais complexa, haja vista os altos custos necessários à observância das formalidades impostas pela legislação.

---

*habremos logrado una noción objetiva de affectio societatis, la que nos parece que se plasma adecuadamente en la definición que de la misma da Videla Esclada: voluntad de colaboración, con sentido económico, sin relaciones de superioridad o dependencia entre los socios, con una deliberada aceptación de los riesgos propios de una explotación o empresa y la exigencia de una conducta de los socios que anteponga, al interés particular de cada uno, el interés social de la entidad”.*

A sociedade anônima possui sua origem atrelada a grandes empreendimentos <sup>6</sup>, tais como as grandes navegações do século XVII, que implicavam em responsabilidade limitada à contribuição dada ao capital social.

Para estes empreendimentos mostrava-se vantajosa a mobilização de grandes investimentos econômicos, tendo como escopo a descoberta e manutenção de terras novas. Os investidores eram seduzidos pelo propósito de acumular, cada vez mais, suas riquezas a partir da conquista de terras novas e, com isso, acumular o retorno financeiro esperado.

Buscava-se assim, por uma escolha racional, maximizar seus interesses, riquezas e bem estar, mediante melhor alocação possível de bens escassos (recursos financeiros).

Assim, a Sociedade Anônima surge para suprir os interesses econômicos dos negócios com elevados investimentos financeiros. Eclodiu para atender às expectativas de crescimento econômico de seus investidores, os quais eram estimulados a investir capital financeiro de modo a possibilitar que todos, juntos, formassem um grande empreendimento, de grande complexidade e vulto econômico.

As Companhias ou Sociedades Anônimas brasileiras instaladas no Brasil são regidas pela Lei especial n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (BRASIL, 1976) e suas alterações, bem como pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro), em seus artigos 982, 1.088, 1.089 e 1.160 (BRASIL, 2002)<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Mencionem-se dois empreendimentos, cujas características se aproximam deste tipo de sociedade. O primeiro deles foi o chamado Banco São Jorge, surgido em Gênova no ano de 1407. O segundo empreendimento citado pela doutrina como sendo precursor das sociedades anônimas é a Companhia Holandesa das Índias Orientais, criada em 1604, seguida pela Companhia das Índias Ocidentais, constituída em 1621. No Brasil, a primeira sociedade anônima que se tem notícia foi a Cia. De Comércio do Brasil em 1636, e a segunda, o Banco do Brasil, de 1808.

<sup>7</sup> Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa. (BRASIL, 2002).

Art. 1.088. Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir. (BRASIL, 2002).

Art. 1.089. A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código. (BRASIL, 2002).

Art. 1.160. A sociedade anônima opera sob denominação designativa do objeto social, integrada pelas expressões “sociedade anônima” ou “companhia”, por extenso ou abreviadamente. Parágrafo único. Pode constar da denominação o nome do fundador, acionista, ou pessoa que haja concorrido para o bom êxito da formação da empresa. (BRASIL, 2002).

Mediante a simples leitura do art. 1º da lei 6.404/76 (BRASIL, 1976)<sup>8</sup>, nota-se que a Sociedade Anônima (ou Companhia,<sup>9</sup> tal como também é chamada) possui seu capital dividido por ações e a responsabilidade pela atividade exercida pelos acionistas deverá ser limitada ao preço das ações subscritas ou adquiridas por cada um.

Fabio Ulhôa Coelho explica que: “é bastante complexo, mas, grosso modo, trata-se de uma referência à contribuição que os sócios dão para a sociedade desenvolver a atividade econômica dela”. (COELHO, 2004, p. 64-65). Modesto Carvalhosa (1997, p.5) expõe que “o seu capital divide-se em partes que não são iguais quanto ao seu valor, permitindo-se a emissão de ações com o valor nominal igual a emissão de ações sem valor nominal”.

Ou seja, a Sociedade Anônima é uma sociedade empresária em que há limitação da responsabilidade dos seus sócios, chamados de acionistas, até o valor da emissão de suas ações. Para Cesare Vivante:

a sociedade anônima é uma pessoa jurídica que exerce o comércio com um patrimônio unicamente constituído pelas subscrições dos sócios. O que constitui o seu caráter essencial, o que a distingue das precedentes formas de sociedade, está em que nenhum dos sócios é obrigado pessoalmente a responder pelas dívidas sociais: não oferece em garantia o patrimônio particular dos sócios ou de algum deles, mas simplesmente o próprio. (VIVANTE, 2003, p. 99).

Segundo Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, os direitos dos sócios estão organizados em conjuntos padronizados denominados ações, em número e classes fixados no estatuto social com abstração da identidade dos seus titulares, e incorporados a valores mobiliários. (LAMY FILHO; PEDREIRA, 1997, p. 19).

Diante desse cenário, em vista da inexistência de uma alternativa razoável, o potencial empreendedor acabava por optar por dar outra destinação, que não a atividade dita comercial, a seus recursos financeiros.

Esta opção (dar outra destinação aos recursos financeiros) não era a mais conveniente, haja vista o interesse social e econômico em prol do exercício do empreendedorismo e atividade negocial.

<sup>8</sup> Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. (BRASIL, 1976).

<sup>9</sup> A semântica da palavra “Companhia” vem da junção de “cum” (com) mais “panis” (pão), ou seja, unir o pão.

Isso, pois, quanto maior a quantidade e mais diversas modalidades de atividades econômicas estiverem sendo exercidas, mais tributos poderão ser arrecadados, mais empregos serão gerados, mais clientes e parceiros comerciais serão acumulados, enfim, fomenta-se, sobremaneira, a dinamicidade da economia devido ao empreendedorismo.<sup>10</sup> Como bem observam Henrique Viana Pereira e Rodrigo Almeida Magalhães:

A empresa, no mundo atual, tem extrema importância, gerando reflexos imediatos na coletividade. Ela concentra a prestação de serviços, fornecimento de bens, geração de empregos, coleta dinheiro para o Estado - por meio da arrecadação fiscal - bem como contribui para a constante e crescente interligação da economia de mercado. Dessa forma, possui relevante poder sobre a ordem econômica nacional e global, eis que representa uma fonte inesgotável de parcerias. (PEREIRA; MAGALHÃES, 2011, p. 57-58).

Sobretudo após a Revolução Industrial era nítida a necessidade de se criar um tipo societário que pudesse servir, razoavelmente, a empreendimentos de pequenos e médios portes.

Assim, em 1882, o legislador germânico foi o pioneiro ao criar a sociedade cuja responsabilidade patrimonial seria limitada, atendendo-se aos anseios dos comerciantes, eis que bastavam tão somente dois sócios para ensejar sua constituição, de maneira simplificada, sendo imputado a cada um, a título de responsabilidade, apenas o respectivo valor unitário contribuído para a formação do capital social.

Nesse cenário, no final do século XIX, na Alemanha, emanaram-se as Sociedades Limitadas por agregarem condições que os demais tipos societários possuíam de mais interessante: baixa burocracia cumulada com a responsabilidade limitada de todos os sócios. Para Rodolfo Fontanarrosa:

Os riscos que implicam o exercício do comércio de um amplo setor de atividades levaram, como vimos, à possibilidade de aceitar que, sob certas formas de associação, se limite a responsabilidade de quem integra determinados tipos de sociedades por dívidas desta com terceiros. Mas até muito recentemente, não havia possibilidade de que quem exercesse o comércio de forma individual limitasse a sua responsabilidade pelas dívidas que eventualmente contraísse no exercício. Conhecido é o conceito de

---

<sup>10</sup> No entanto, conforme oportunamente observa Magalhães (2007, p. 345) “considerando a função social econômica da empresa como fonte geradora de riquezas, impostos, emprego e lucro, não é certo dizer que, só por funcionar, a empresa cumpre sua função social”.



empresa e sua distinção com o titular dela. Disso resulta esta disparidade: quem organiza e explora uma empresa pode limitar a sua responsabilidade quando age diretamente por ela configurando uma forma associativa; mas não pode fazer no exercício da mesma atividade de forma pessoal e direta. Esta desigualdade tem levado a simular empresas com o único propósito de evitar os riscos da ausência de limites da responsabilidade individual. Assim surgiu a prática das chamadas “one man companies” na Inglaterra, e “Einmangesellschaften” na Alemanha; isto é, literalmente, “sociedades unipessoais”, cuja validade tem sido admitida nestes dois países, após muito debate e discussões” (FONTANARROSA, 2006, p. 398-399, tradução nossa).<sup>11</sup>

A conjugação dessas características incentivara a utilização deste tipo societário no Brasil e no mundo, haja vista os notórios benefícios e vantagens em termos de desenvolvimento econômico e segurança a seus constituidores.

Contribui-se para a economia, pois a menor burocracia e responsabilidade limitada, certamente, encorajam os cidadãos interessados a aventurarem-se na árdua atividade negocial, na medida em que os particulares passam a ter, legalmente, um limite máximo de prejuízo a sofrer, caso não se tenha êxito em seu empreendimento.

Ao saber até onde poderia ir o seu prejuízo pessoal, proporcionado pela responsabilidade patrimonial limitada, surgem meios de provisionar até quanto o patrimônio pessoal do investidor poderá ser comprometido, caso não se obtenha sucesso (lucro).

## 2 A ESTRUTURA LEGAL DAS SOCIEDADES LIMITADAS

No Brasil, as sociedades limitadas foram incorporadas em nosso ordenamento jurídico através do Decreto n.º 3.708 de 1919, com outro nome,

<sup>11</sup> “Los riesgos que implica el ejercicio del comercio em un vasto sector de actividades han llevado, como se ha visto, a aceptar la posibilidad de que, bajo ciertas formas asociativas, se limite la responsabilidad de quienes integran ciertos tipos de sociedades, por las deudas de estos con terceros. Pero hasta hace muy poco tiempo no había posibilidad de que quien ejerciera el comercio em forma individual limitara su responsabilidad por las deudas que eventualmente contrajera em ese ejercicio. Conocido es el concepto de empresa y su distinción com el titular de ella. De ello resulta esta disparidad: quien organiza y explota una empresa puede limitar su responsabilidad cuando actúa mediatamente em ella configurando su actividad bajo una forma asociativa; pero no puede hacerlo cuando ejerce esa misma actividad em forma personal y directa. Tal desigualdad ha llevado muchas veces a simular sociedades com la única finalidad de eludir los riesgos de la ilimitación de la responsabilidad individual. Surgió así la práctica de las llamadas “one man companies” em Inglaterra, y “Einmangesellschaften” em Alemania; es decir, literalmente, “sociedades unipersonales”, cuya validez ha sido admitida em los dos países mencionados, después de áduos debates y litigios” (FONTANARROSA, 2006. p. 398-399).

frise-se<sup>12</sup>, o qual, com apenas dezenove dispositivos legais, regeu tal tipo societário no nosso país por mais de oitenta anos. Tal como lembra Daniel Moreira do Patrocínio:

No Brasil, o Decreto n.º 3.708, de 1919, instituiu em nosso ordenamento as sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Neste tipo de sociedade, há um limite fixado para a responsabilidade dos sócios por obrigações sociais. [...] A responsabilidade do sócio está limitada ao valor das quotas por ele subscritas. Durante mais de 80 anos, o referido diploma legal, que contava com apenas 19 artigos, foi capaz de disciplinar a atividade exercida por este tipo de sociedade, aplicando-se, em alguns casos, de forma supletiva, o Código Comercial de 1.850 e a Lei das Sociedades por Ações. [...] O nome deste tipo societário foi simplificado; seu regramento não seguiu o mesmo caminho. (PATROCÍNIO, 2008, p. 13).

Atualmente, o regramento referente às Sociedades Limitadas está previsto no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), o qual, tacitamente, revogou o antigo Decreto 3.708/19 (BRASIL, 1919), devido à incapacidade material.<sup>13</sup>

Sobre isso, importantes são as palavras de Celso Barbi Filho:

O que se via nesses dois gêneros societários era a existência de uma lacuna, a ser ocupada por um tipo intermediário, que harmonizasse o caráter pessoal, contratual e mais simplificado das sociedades em nome coletivo, com a limitação de responsabilidade dos sócios das sociedades anônimas. Tal espaço estava destinado a ser preenchido pelas sociedades limitadas, que só vieram a surgir em passado recente, como exigência do próprio processo econômico [...] (BARBI FILHO, 2004, p. 25).

Apesar de ser maior a complexidade do novo regramento das Sociedades Limitadas, causadas, por exemplo, pela previsão legal de

<sup>12</sup> O Decreto n.º 3.708 de 1919 denominava as atuais “sociedades limitadas” de “sociedades por quotas, de responsabilidade limitada”, conforme se constata da redação original: “Decreto no 3.708, de 10 de janeiro de 1919, Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, em exercício. Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a seguinte resolução: Art. 1o Além das sociedades a que se referem os arts. 295, 311, 315 e 317 do Código Commercial, poderão constituir-se sociedades por quotas, de responsabilidade limitada.” (BRASIL, 1919).

<sup>13</sup> Enunciado 65 do Conselho da Justiça Federal: “a expressão sociedade limitada, tratada no artigo 1.052 e seguintes de Código Civil, deve ser interpretada *stricto sensu*, como sociedade por quotas de responsabilidade limitada”

realização de assembléias e constituição de Conselho Fiscal, este continua sendo o tipo societário preferido entre os empreendedores no Brasil. (BRASIL, 2011).<sup>14</sup>

Nos termos do artigo 1.052 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), desde que devidamente integralizado por todos os sócios, nas sociedades limitadas, a responsabilidade de cada sócio é limitada ao valor de suas cotas.<sup>15</sup>

Deste dispositivo decorrem conseqüências importantes ao fomento econômico do país, pois, se o capital social já estiver integralizado<sup>16</sup>, em princípio<sup>17</sup>, os sócios não teriam responsabilidade alguma pelas dívidas sociais, o que seria um incentivo positivo ao empreendedorismo.

Nota-se a existência de grande lapso de tempo entre a elaboração do Decreto de 1919 e o Código Civil de 2002, o que poderia, em um primeiro momento, contribuir para que o texto legal se tornasse obsoleto.

No entanto, isso não ocorreu totalmente, em decorrência de substancial construção doutrinária e jurisprudencial sobre diversos assuntos quanto às Sociedades Limitadas. Como salienta Celso Barbi Filho:

Assim foi que se consolidaram os entendimentos relativos a diversos aspectos da sociedade limitada. Entre eles, merecem destaque sua classificação como comercial ou civil em função do objeto; a possibilidade da participação de sócios menores, desde que fora da gerência e com o capital integralizado; a admissibilidade da sociedade entre marido e mulher; a alteração do contrato social pela maioria, exceto no que tange ao objeto social: a transferibilidade e penhorabilidade das quotas sociais; e a possibilidade de dissolução parcial da sociedade, motivada ou imotivada, com saída de um sócio e continuação dos demais. (BARBI FILHO, 2004, p. 78).

<sup>14</sup> Relação do número de sociedades regularmente constituídas no Brasil, por tipo societário.

<sup>15</sup> Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

<sup>16</sup> Por outro lado, permite-se que o sócio que já tenha integralizado suas quotas possa vir a ser responsabilizado pelo pagamento do restante da dívida social, no limite que faltou a ser integralizado pelos demais sócios, pois estes não teriam, a tempo e modo, cumprido sua obrigação de integralizar o capital. Neste caso, obviamente, facultar-se-á ao sócio que pagou a posterior propositura de ação de regresso em face dos demais sócios, de modo a então limitar suas perdas à sua parcela do valor investido no capital social.

<sup>17</sup> Diz-se, “em princípio”, pois não foram esquecidas as hipóteses, específicas e excepcionais, nas quais, mesmo diante do capital social totalmente e efetivamente integralizado, o sócio da limitada possa vir a responder com seu patrimônio pessoal, tais como os casos expressamente previstos de responsabilidade pessoal, principalmente dos administradores, e de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em nosso ordenamento, reproduzida no artigo 50 do hodierno Código Civil.

Ainda com o intuito de não esgotar todos os assuntos acerca das Sociedades Limitadas, nem mesmo fazer uma simples releitura do instituto, por outro lado, mostra-se imprescindível a abordagem de algumas peculiares características, além da responsabilidade limitada, menor burocracia e complexidade, invocadas acima.

Nesse sentido, como instrumento formal de sua criação, há o contrato social, o qual deverá seguir todos os requisitos previstos no Código Civil Brasileiro, especialmente no que tange ao artigo 997 (BRASIL, 2002).<sup>18</sup>

O contrato social pode ainda prever que, supletivamente, a sociedade observará as normas que regem as sociedades por ações, nos termos da Lei 6.404/76. (BRASIL, 1976).<sup>19</sup>

Ou seja, nas Sociedades Limitadas, caso o contrato social não o estabeleça expressamente, sujeitar-se-á supletivamente às disposições das normas da sociedade simples. No entanto, poderá estabelecer o contrato que ela será regida supletivamente pela Lei das Sociedades Anônimas. São os sócios que elegem qual será a legislação de sujeição supletiva.

A participação dos sócios na sociedade limitada é mensurada pela quantidade de cotas detidas por cada um, as quais são indivisíveis, representando a quantia com que cada um contribuiu para a formação do capital social.

No que tange às transferências de cotas, estas podem ser livremente negociadas entre os sócios, sem ser necessária a concordância dos demais, produzindo efeitos perante a sociedade e terceiros somente após serem assentadas no registro público competente. Porém, frise-se, podem existir restrições quanto a isso no contrato social, ou ainda, caso haja oposição de sócios que representem mais de 25 % do capital social.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas; II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la; V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições; VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais. Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato.

<sup>19</sup> Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples. Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

<sup>20</sup> Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social. Parágrafo único. A cessão terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do art. 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes.

No exercício da atividade econômica pela Sociedade Limitada, esta poderá ser administrada por apenas uma ou mais pessoas, conforme disposto no contrato social ou em ato separado.

Para ser administrador da sociedade limitada não é requisito ser também sócio, sendo neste caso necessária a anuência de dois terços dos sócios, no mínimo, ou da unanimidade destes, caso o capital social não esteja ainda totalmente integralizado. Trata-se da legítima figura do administrador não sócio, conforme o artigo 1.061 do Código Civil. (BRASIL, 2002).<sup>21</sup>

Na Sociedade Limitada, os sócios podem instituir Conselho Fiscal, fazendo a opção no contrato social original, ou após sua constituição, mediante deliberação específica em assembléia geral.<sup>22</sup>

Os membros do Conselho Fiscal devem ser eleitos em assembléia geral anual, podendo compô-lo seus próprios sócios, desde que não participantes de outro organismo social (tal como a administração), ou não sócios, sendo imprescindível que os membros do conselho fiscal possuam residência no país, observando-se o disposto no artigo 1.011, parágrafo primeiro, do Código Civil (BRASIL, 2002), acerca dos legalmente impedidos.<sup>23 24</sup>

<sup>21</sup> Art. 1.061. A designação de administradores não sócios dependerá de aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de 2/3 (dois terços), no mínimo, após a integralização.

<sup>22</sup> Art. 1.066. Sem prejuízo dos poderes da assembléia dos sócios, pode o contrato instituir conselho fiscal composto de três ou mais membros e respectivos suplentes, sócios ou não, residentes no País, eleitos na assembléia anual prevista no art. 1.078. § 1º Não podem fazer parte do conselho fiscal, além dos inelegíveis enumerados no § 1º do art. 1.011, os membros dos demais órgãos da sociedade ou de outra por ela controlada, os empregados de quaisquer delas ou dos respectivos administradores, o cônjuge ou parente destes até o terceiro grau. § 2º É assegurado aos sócios minoritários, que representarem pelo menos um quinto do capital social, o direito de eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente.

<sup>23</sup> Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. § 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

<sup>24</sup> “Já que a função do conselheiro será a de fiscalizar os atos da administração da sociedade se mostra necessário que ele possa exercer seu cargo com independência, autonomia e imparcialidade. Daí porque a lei veda a possibilidade da pessoa que integra outros órgãos da sociedade figurar como fiscal. Da mesma forma, não restam dúvidas de que o empregado da sociedade ou de alguma de suas controladas não estará em condições de exercer com independência, sem pressões, a função de fiscal. Também, e neste caso sendo desnecessário maiores esclarecimentos, não poderão figurar como integrantes do conselho o cônjuge e parentes dos administradores. As pessoas impedidas de exercer a função de administrador também não poderão figurar como fiscais. São elas: além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou da propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.” (PATROCINIO, 2008, p. 101) .

É ao conselho fiscal quem cumpre, primordialmente, dentre outros, denunciar erros e fraudes, sob pena de serem seus membros considerados responsáveis solidariamente. Também cumpre ao Conselho Fiscal a prerrogativa de convocar a assembléia dos sócios em caso de motivos graves ou urgentes, ou quando a diretoria atrasar sua convocação por período superior a trinta dias.<sup>25</sup>

No que tange às deliberações nas sociedades limitadas, estas podem se dar por meio de reuniões ou assembléias, sendo esta última obrigatória quando o número de sócios for superior a dez, devendo ser observados os quóruns dispostos no artigo 1.076 do Código Civil de 2002. (BRASIL, 2002).<sup>26 27</sup>

No entanto, verifica-se, em alguns casos, sobretudo nas Sociedades Limitadas com pequeno número de sócios, que as deliberações, se unânimes, são reduzidas a escrito, dispensando-se a ocorrência de assembléia ou reuniões, invocando-se para tanto o artigo 1.072 do Código Civil. (BRASIL, 2002).<sup>28</sup>

A assembléia dos sócios deve-se realizar uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Art. 1.069. Além de outras atribuições determinadas na lei ou no contrato social, aos membros do conselho fiscal incumbem, individual ou conjuntamente, os deveres seguintes: I - examinar, pelo menos trimestralmente, os livros e papéis da sociedade e o estado da caixa e da carteira, devendo os administradores ou liquidantes prestar-lhes as informações solicitadas; II - lavar no livro de atas e pareceres do conselho fiscal o resultado dos exames referidos no inciso I deste artigo; III - exarar no mesmo livro e apresentar à assembléia anual dos sócios parecer sobre os negócios e as operações sociais do exercício em que servirem, tomando por base o balanço patrimonial e o de resultado econômico; IV - denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à sociedade; V - convocar a assembléia dos sócios se a diretoria retardar por mais de trinta dias a sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes; VI - praticar, durante o período da liquidação da sociedade, os atos a que se refere este artigo, tendo em vista as disposições especiais reguladoras da liquidação.

<sup>26</sup> Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no § 1º do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas: I - pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071; II - pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071; III - pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

<sup>27</sup> Sobre uma análise específica dos quóruns de votação, mostra-se necessário um estudo próprio do tema, o que, por hora, não é objeto cerne do presente trabalho. Razão pela qual, limita-se aqui a afirmar que os quóruns estão previstos no artigo 1.076 do Código Civil de 2002.

<sup>28</sup> Art. 1.072. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembléia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato. § 1º A deliberação em assembléia será obrigatória se o número dos sócios for superior a dez. § 2º Dispensam-se as formalidades de convocação previstas no § 3º do art. 1.152, quando todos os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia. § 3º A reunião ou a assembléia tornam-se dispensáveis quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto delas.

<sup>29</sup> Art. 1.078. A assembléia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de: I - tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico; II - designar administradores, quando for o caso; III - tratar de qualquer outro assunto constante da ordem do dia.

Feitas essas ponderações sobre os aspectos legais atinentes às Sociedades Limitadas, analisam-se a seguir seus aspectos econômicos que sobrelevam a sua importância, por ser este, inclusive, o objetivo principal deste artigo.

### **3 UMA VISÃO DINÂMICA DAS SOCIEDADES LIMITADAS: INTERAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA**

O exercício da empresa representa inarredável relação entre as ciências jurídicas e econômicas.<sup>30</sup>

Foram os economistas que inicialmente estudaram as maneiras pelas quais os indivíduos fabricam, produzem e distribuem os serviços ou produtos necessários à sua sobrevivência, conforto, deleite ou bem estar.

Para o exercício da empresa necessita-se de recursos economicamente valoráveis, advindos de importantes negócios jurídicos e, considerando-se a contínua ascensão e especialização do trabalho humano, revela-se ínfima a hipótese de que algum serviço seja prestado ou algum bem produzido, do início ao fim, exclusivamente por um único ser e advindo, unicamente, dos recursos de sua propriedade.

Conforme Adam Smith,

O maior aprimoramento das forças produtivas do trabalho, e a maior parte da habilidade, destreza e bom senso com os quais o trabalho é em toda parte dirigido ou executado, parecem ter sido resultados da divisão do trabalho. [...] A divisão do trabalho, na medida em que pode ser introduzida, gera, em cada ofício, um aumento proporcional das forças produtivas do trabalho. A diferenciação das ocupações e empregos parece haver-se efetuado em decorrência dessa vantagem. Essa diferenciação, aliás, geralmente atinge o máximo nos países que se caracterizam pelo mais alto grau da evolução, no tocante ao trabalho e aprimoramento; o que, em uma sociedade em estágio primitivo, é o trabalho de uma única pessoa, é o de várias em uma sociedade mais evoluída. [...] Se examinarmos todas essas coisas e considerarmos a grande variedade de trabalhos empregados em cada uma dessas utilidades, perceberemos que sem a ajuda e cooperação de muitos milhares não seria possível prover às necessidades, nem mesmo de uma pessoa de classe mais baixa de um país civilizado, por mais que imaginemos - erroneamente - é muito pouco e muito simples aquilo de que tais pessoas necessitam. (SMITH, 2003. p. 11-12).

<sup>30</sup> Sobre as diferentes formas de interação entre o Direito e a Economia, vide Leal (2010. p. 15-83).



Mesmo que se cogite um serviço ou um bem produzido ou distribuído exclusivamente por um indivíduo e seus próprios recursos, seria muito mais eficiente caso fosse realizado via esforço mútuo de várias pessoas, sendo cada um diretamente responsável por um setor específico da cadeia produtiva.

É certo que a produção de bens e serviços resulta do agrupamento de recursos financeiros e naturais, acrescentando-se a estes as habilidades e mão de obra do indivíduo, bem como seu conhecimento e desenvolvimento tecnológico existente. E, sob todos estes, mostra-se imprescindível que haja organização.

Somente mediante organização dos recursos escassos podem coexistir de forma eficiente<sup>31 32</sup> e harmoniosa tais fatores, sem os quais não se pode obter a finalidade da empresa: a produção ou circulação de bens ou serviços para se auferir lucro.

José Pinto Antunes citado por Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, afirma que:

Empresa é um dos regimes de produzir, onde alguém (empresário), por via contratual, utiliza os fatores da produção sob sua responsabilidade (riscos) a fim de obter uma utilidade, vendê-la no mercado e tirar, da diferença entre o custo da produção e o preço da venda, o maior proveito monetário possível. (ANTUNES apud ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 2).

Para José Paschoal Rossetti economia é:

<sup>31</sup> “Acerca do conceito de eficiência, a teoria econômica apresenta dois modelos mais conhecidos: o de Pareto e o de Kaldor-Hicks. Sobre estes dois construtos, Sztajn leciona que o primeiro é mais usual, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos para aqueles que lhes atribuem maior valor. Portanto, seria a troca em que numa determinada sociedade alguém tivesse sua condição melhorada sem que houvesse a piora na condição de outrem. Outrossim, o segundo critério, de Kaldor e Hicks, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica, as eventuais perdas sofridas por alguns.” (SZTAJN apud RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 86).

<sup>32</sup> “O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente são eficientes se nenhum indivíduo fica em posição pior. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso quer dizer que o critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas ainda que haja perdedores. Para ilustrar, considere este exemplo. A prefeitura da cidade de São Paulo recentemente proibiu a colocação grandes cartazes de propaganda na cidade. Houve “perdedores”, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação parece indicar que os ganhos do restante da população (os “ganhadores”) excederam as perdas do grupo de “perdedores”. Novamente, note que pelo critério de Pareto esses “perdedores” teriam que ser de fato compensados, de modo que deixassem de perder. Mas pelo critério de Kaldor-Hicks, basta que essa compensação seja possível, mesmo que de fato não ocorra.” (SALAMA, 2008, p. 24-25).



fundamentalmente, o estudo da escassez e dos problemas dela decorrentes. A escassez implica escolhas e custos de oportunidade. Escolher a melhor forma de empregar recursos escassos é o problema básico de toda sociedade economicamente organizada. (ROSSETTI, 2006, p. 87).

Desse modo, apresenta-se a empresa como sendo o resultado de quatro fatores, quais sejam: terra - recursos naturais; trabalho - mão de obra; capital - dinheiro; tecnologia - conhecimentos técnicos; somados à organização.<sup>33</sup>

A empresa, sob uma visão econômica, é um conjunto de relações ou transações jurídicas, celebradas mediante contratos, pelas quais há o risco de se ter sucesso ou não.

Para Ronald Coase, uma empresa, portanto, consiste em um sistema de relações que vem a existir quando a direção dos recursos é dependente de um empresário. (COASE, 1988, p. 6, tradução nossa)<sup>34</sup>. Conforme Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi:

Risco é, portanto, em igualdade de condições e com o cumprimento de regras determinadas, a possibilidade de perda concomitante à de ganho. Risco é álea, ou seja, aquilo que traz, ao mesmo tempo, a chance de prejuízo e a possibilidade de lucro. Mas acima de tudo, é lançar-se sobre o desconhecido. O risco existe e a forma de mitigá-lo (ou reduzi-lo) é celebrar um contrato em que estimam condições e situações que possam ocorrer no seu cumprimento. O contrato desempenha, assim, uma função econômica: reduzir e, principalmente, alocar e distribuição e distribuir riscos entre as partes. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 124).

Ainda sobre o risco, para Raquel Sztajn:

A imputação da atividade empresarial parece estar relacionada à assunção de riscos, à possibilidade de perda da riqueza investida no exercício da atividade da empresa. Risco é inerente à atividade empresarial e perder ou ganhar faz parte dela. Entretanto, é preciso distinguir, por serem distintas, as pessoas do empresário, organizador dos fatores da produção, das dos investidores, aqueles que aportam recursos financeiros para a organização empresarial. (SZTAJN, 2004, p. 159).

<sup>33</sup> “Os recursos de produção são também denominados fatores de produção. Eles são constituídos pelas dívidas da natureza (fator terra), pela população economicamente mobilizável (fator trabalho), pelas diferentes categorias de capital (fator capital) e pelas capacidades tecnológicas (fator tecnologia) e empresarial (fator empresarialidade ou organização)” (ROSSETTI, 2003, p. 91.)

<sup>34</sup> “A firm, therefore, consists of the system of relationships which comes into existence when the direction of resources is dependent on an entrepreneur.”

Como bem frisa Franciso Satiro Souza Júnior, acerca da organização:

A “organização” surge na constituição da sociedade e presta-se à coordenação dos inúmeros contratos e interesses que a ela convergirão. Qualquer sociedade, portanto, apesar de não deixar de ter um caráter contratual, pela complexidade de sua destinação caracteriza-se como organização, constituindo um “contrato-organização” que se distancia substancialmente dos contratos tradicionais [...] (SOUZA JÚNIOR, 2008, p. 152).

Afinal, por exemplo, para se obter o fator trabalho, o empresário celebra contratos de trabalho com seus empregados, mediante pagamento de salário. Para obter o fator capital, mostra-se necessário celebrar, por exemplo, contratos com o poder público ou instituições bancárias, mediante obtenção de crédito e pagamento de juros.

No mesmo sentido, para se obter o fator terra, é necessário, por exemplo, celebrar contrato de locação, arrendamento, compra e venda, etc. E, para obter o fator tecnologia, é necessário a celebração de contratos com fornecedores de *royalties* ou aquisição de máquinas, etc.

Veja-se que a empresa merece ser visualizada economicamente mediante organização, conjunta, dos fatores acima, e não apenas como a soma de trabalho, terra, capital e tecnologia. Ou seja, a simples junção dos fatores acima implica uma abordagem estática da empresa.

Por outro lado, em havendo concomitantemente todos os fatores (capital, terra, trabalho e tecnologia) acrescidos de efetiva organização, conseqüentemente, será acarretada uma gama de transações jurídicas, celebradas por contratos, os quais são imprescindíveis para a organização da empresa.

Logo, quando há, pela organização, um conjunto de relações jurídicas contratuais que objetivam a junção, cada vez maior, dos fatores, trata-se então da abordagem dinâmica da empresa, afinal, a empresa está, nesse caso, em pleno funcionamento.

Durante o exercício da empresa, o empresário, valendo-se dos fatores de produção, possui vários custos, dentre eles os representados por salários de funcionários, juros em face de instituições financeiras, preços de *royalties*, contas de água e luz, etc. Estes são os denominados “custos de produção”, objetivamente mensuráveis em termos monetários.

Em prol do sucesso, mostra-se imprescindível, racionalmente, escolher a forma de alocação dos recursos escassos utilizados no exercício da atividade econômica (tempo, dinheiro, etc.). Richard Posner recomenda:

Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (de fato, para a maioria das pessoas o dinheiro é um meio, e não um fim), e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente - na verdade, não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que “racional” denota adequação de meios a fins, e não meditação sobre as coisas (POSNER, 2007. p. 474).

Assim, são continuamente feitas escolhas racionais por quem exerce a empresa.<sup>35</sup> Segundo Richard Posner:

A análise econômica consiste em delinear as conseqüências de supor que as pessoas são mais ou menos racionais em suas interações sociais, o que significa dizer que as pessoas preferem mais a menos ou, em outras palavras, escolhem meios eficientes para os seus fins (racionalidade instrumental), sejam quais forem [...] A racionalidade implica a tomada de decisões e, geralmente, as pessoas têm que tomar decisões sob condições de incerteza profunda. (POSNER, 2005, p. 10, tradução nossa)<sup>36</sup>.

Nesse contexto, Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Júnior Galeski que:

Para que o indivíduo escolha de forma racional basta que saiba ordenar o que lhe é mais interessante, mais útil. Não há necessidade de saber quantificar o quanto lhe é mais útil. Não há necessidade de saber quantificar o quanto lhe é mais útil algo em relação à outra alternativa. Por uma questão lógica, a escolha racional é subjetiva, ou seja, depende dos padrões e desejos de quem escolhe, não sendo possível eleger uma escala do que é mais útil de forma universal. (RIBEIRO; GALESKI, 2009. p. 85).

<sup>35</sup> “A necessidade de escolher decorre do confronto entre os desejos, potencialmente ilimitados, do agente econômico e as restrições que enfrenta. A escolha racional consiste em encontrar a alternativa que melhor satisfaz aqueles desejos, isto é, que maximiza a utilidade do agente econômico. (RODRIGUES, 2007, p. 14).

<sup>36</sup> *La mayoría de los análisis económicos consiste en esbozar las consecuencias de asumir que la gente es más o menos racional en sus interacciones sociales, lo cual quiere decir que la gente prefiere más a menos o, en otras palabras, eligen medios eficientes para sus fines (racionalidad instrumental), cualesquiera que puedan ser estos [...] La racionalidad implica toma de decisiones y, generalmente, la gente tiene que tomar decisiones bajo condiciones de profunda incertidumbre.*

Para Cristiane Rosa de Carvalho:

“(…) o agente humano, ao perseguir seus fins, sempre se coloca diante de uma escolha: satisfazer uma necessidade em detrimento de outra. O agente sempre se coloca, mesmo nas tarefas mais mezinhas da vida diária, num ponto de bifurcação: agir numa ou noutra direção (ou mesmo agir ou omitir). Toda escolha, por sua vez, depende do valor que o agente atribui às presentes alternativas que se lhe apresentam no momento em que tem de optar por agir de uma ou de outra forma. Assim, a escolha pode surgir de algo como tomar o desjejum matutino ou renunciar a ele com o fim de chegar cedo no trabalho, ou mesmo salvar a própria vida ou colocar-se no caminho de uma bala para poupar um ente querido. Seja qual for a alternativa que se apresente ao agente, ele escolhe a ação a ser realizada com base num código de valores. (CARVALHO, 2005, p. 13-14).

Além dos “custos de produção detidos” pelo empresário, a ciência econômica também aponta a existência do “custo de oportunidade,”<sup>37</sup> os quais representam “o que se abre mão de ganhar” com outro tipo de atividade, ao se exercer a empresa.

Ademais, ao estar a empresa em funcionamento e, conseqüentemente, celebrar transações jurídicas, a ciência econômica indica ainda outro custo: o “custo de transação”.

Segundo Richard Posner, os analistas econômicos do direito tem identificado uma série de doutrinas, procedimentos e instituições para atingir o objetivo de minimizar os custos de transação do mercado (POSNER, 2005, p. 9, tradução nossa)<sup>38</sup>.

Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Júnior Galeski, observam que:

Os custos de transação são objeto da chamada Teoria Neo-Institucionalista, capitaneada por Oliver E. Williamson, professor da Universidade de Berkeley, e Douglas C. North, ganhador do prêmio Nobel de economia de 1993 [...] (RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 105).

Segundo Ronald Coase:

<sup>37</sup> “Em economia, *tradeoff* é uma expressão que define uma situação de escolha conflitante, isto é, quando uma ação econômica que visa à resolução de determinado problema acarreta, inevitavelmente, outros. [...] Custo de oportunidade: qualquer coisa de que se tenha de abrir mão para obter algum item.” (MANKIW, 2009, p. 4-6).

<sup>38</sup> “Los analistas económicos del Derecho han identificado una serie de doctrinas, procedimientos y instituciones para lograr el objetivo de minimizar los costos de transacción del mercado”.

Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos. (COASE, 2008).

Esse “custo de transação” é representado pelo valor, monetário e de tempo, despendido para celebrar as transações jurídicas, seja para planejá-las, seja para efetivá-las em seus efeitos.

Pode-se dizer, assim, que o “custo de transação” é aquilo de que se necessita abrir mão, pagar, ou gastar tempo e dinheiro, para efetivação, manutenção, precaução, alienação ou cessão dos efeitos jurídicos de uma relação contratualista.

A título de exemplo, reflita-se que, quanto às Sociedades Limitadas, o empresário, além de pagar o salário ao seu empregado (custo de produção), possui o “custo de transação” em gastar tempo e dinheiro selecionando-o; negociando o valor do seu salário; negociando as cláusulas do contrato de trabalho; em adotar os procedimentos legais para contratação do trabalhador; etc.<sup>39</sup>

No mesmo sentido, ao obter crédito perante uma instituição financeira, o empresário necessita não apenas de arcar com os juros (custo de produção), mas também com o “custo de transação” representado pelo tempo e dinheiro para contratar; deslocamento; obtenção de documentos; contatos telefônicos; estipulação de condições; elaboração e revisão de cláusulas contratuais, etc.

Tal contexto, abrangendo os custos de produção, oportunidade e transação, é facilmente perceptível nas Sociedades Limitadas, as quais, por terem natureza de sociedade de pessoas, estão, em princípio, diretamente presentes no dia a dia dos sócios que as compõem.<sup>40</sup>

Pela análise econômica da empresa, há a premissa de que os agentes estão no mercado visando a maximizar seus interesses, buscando a eficiência em suas condutas.

<sup>39</sup> Sobre a existência de custos de transação e busca pela eficiência nas sociedades empresárias e o que, retiraria, na prática, a relevância da distinção legal prevista no artigo 966, parágrafo único do Código Civil, vide: Souza Júnior (2010).

<sup>40</sup> Conforme exposto acima, neste trabalho optou-se em tratar as sociedades limitadas como tendo natureza de sociedade de pessoas, e não de capital ou híbrida.

Nas Sociedades Limitadas, a eficiência consiste em permitir que as relações contratuais ocorram mediante o menor custo de transação possível.

Quanto menores forem os custos de transação, em maior quantidade serão as relações contratuais para organização dos fatores (capital, trabalho, terra e tecnologia).

Como se nota, considerando-se o aspecto dinâmico da empresa, esta é um feixe coordenado de relações jurídicas estabelecidas por contratos e, diante disso, por uma abordagem econômica, a eficiência consiste em diminuir ao máximo os custos de transação, para que, cada vez mais sejam celebrados contratos e cada vez mais haja organização, acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas, representada pelo lucro.<sup>41</sup> Segundo Richard Posner:

Com a “maximização da riqueza” quero indicar a política de tentar maximizar o valor agregado de todos os bens e serviços, se eles são comercializados nos mercados formais (bens e serviços “econômicos” usuais) ou (no caso de bens e serviços “não-econômicos”, como a vida, lazer, a família e a liberdade de dor e sofrimento) que não são transacionados nesses mercados. O “valor” é determinado por aquilo que o proprietário dos bens ou serviços exigiria para separar-se dele ou o que um não proprietário estaria disposto a pagar por ele - qual dos dois seria maior. 2. A “riqueza” é o valor total de todos os bens e serviços “econômicos” e “não-econômicos”, e isso é maximizado quando todos os bens e serviços, na medida em que seja possível, são atribuídas ao seu uso mais rentável (POSNER, 2012, tradução nossa)<sup>42</sup>

<sup>41</sup> “O direito é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição. Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elaborá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade [...] Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988, que a elevou, como se vê, à posição de um dos objetivos fundamentais da República.” (PIMENTA, 2006c, p. 24-25).

<sup>42</sup> “Con “maximización de la riqueza” quiero indicar la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios “económicos” usuales) o (en el caso de bienes y servicios “no- económicos”, como la vida, la recreación, la familia y la libertad de dolor y sufrimiento) que no se comercien en tales mercados. El “valor” es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigiría para separarse de él o por lo que un no-dueño estaría dispuesto a pagar para obtenerlo - cualquiera de los dos sea mayor.2 La “riqueza” es el valor total de todos los bienes y servicios “económicos” y “no-económicos” y ésta es maximizada cuando todos los bienes y servicios, em la medida en que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables [...]”.

Para Robert Cooter:

Economistas geralmente presumem que cada ator econômico maximiza algo: consumidores maximizam utilidade (i.e., felicidade ou satisfação); empresas maximizam lucros, políticos maximizam votos, burocracias maximizam receitas, instituições de caridade maximizam bem-estar social, e assim por diante. Economistas frequentemente dizem que modelos que assumem comportamento maximizador funcionam porque as pessoas são racionais, e racionalidade requer maximização. (COOTER, 2000, p. 10, tradução nossa)<sup>43</sup>.

Assim, frise-se que a eficiência do Direito está em minimizar (ou hipoteticamente, acabar) com os custos de transação, mediante redução ou eliminação das dificuldades e gastos para contratação, com a finalidade de que, no exercício da empresa, haja uma maior quantidade e qualidade de trocas e relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção.

Mediante um enfoque econômico a disciplina jurídica da empresa deve se preocupar em procurar reduzir ao máximo os custos que os empresários enfrentam para concretizar as relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção.

Verifica-se que dentre todos os tipos societários atualmente existentes no Brasil, as Sociedades Limitadas, apesar de mais recentes, denotam as maiores particularidades.

As sociedades limitadas encontram-se inseridas em uma ordem econômica calcada na proteção à livre iniciativa privada e também são utilizadas, em diferentes proporções de pessoas ou capitais com intuito de sempre maximizar os interesses, as riquezas e o bem estar em decorrência da distribuição ou produção de bens e serviços.

Rachel Sztajn bem afirma:

O pensamento econômico funda-se no pressuposto de que os agentes econômicos são racionais e, portanto, agem racionalmente, e que os recursos são escassos e têm valor, a busca da melhor, mais eficiente alocação, a maximização de seu uso, deve produzir o máximo de bem estar. Da combinação

---

<sup>43</sup> *Economists usually assume that each economic actor maximizes something: consumers maximize utility (i.e., happiness or satisfaction); firms maximize profits, politicians maximize votes, bureaucracies maximize revenues, charities maximize social welfare, and so forth. Economists often say that models assuming maximizing behavior work because most people are rational, and rationality requires maximization.*

desses pressupostos, resulta que os agentes, de forma racional, tentam maximizar sua satisfação individual, transferindo seus recursos para aquelas posições e/ou situações que lhe ofereçam o máximo bem-estar ou mínimo de prejuízo (SZTAJN, 1998, p. 9-29).

Foi anteriormente anunciado que a Sociedade Limitada revela-se o tipo societário mais adotado no Brasil, e tal fato pode, ao que parece, ser explicado por uma análise econômica.

A origem da Sociedade Limitada seguiu caminho diferente se comparada com as Sociedades Anônimas, pois, ao contrário destas, que foram concebidas a partir do mercado medieval, as limitadas surgiram da legislação para o mercado.

Assim, conforme concorda a maioria dos estudiosos, este modelo societário foi, antes de tudo, uma criação efetivada por intermédio de uma legislação específica. Não se figura, portanto, como um instrumento desenvolvido no campo das relações comerciais. É, em verdade, um modelo societário criado em um contexto histórico determinado e por meio de normas gerais e abstratas com o intuito de atender, antes de mais nada, à eficiência do Direito.

Sabe-se que à época do surgimento das sociedades limitadas na Alemanha, em 1892, tal país passava por crise econômica de modo que se clamava por incentivos aos interessados em exercer a atividade empresarial. Assim, Gregory Mankiw explica:

Como as pessoas tomam decisões por meio da comparação de custos e benefícios, seu comportamento pode mudar quando os custos ou benefícios mudam. Em outras palavras, as pessoas reagem a incentivos. [...] Os formuladores de políticas públicas nunca devem esquecer dos incentivos, já que muitas políticas alteram os custos e benefícios para as pessoas e, portanto, alteram o seu comportamento. (MANKIW, 2009, p. 7)

Naquele contexto, a Sociedade Anônima não se mostrava o tipo societário à época capaz de gerar incentivos ao empreendedorismo, haja vista o alto grau de complexidade, formalidade e rigor da legislação, direcionados a, como anunciado anteriormente, grandes empreendimentos de acionistas.

Os demais tipos societários existentes naquele contexto também não eram sobejamente atrativos, não sendo eficientes. Afinal, mesmo sendo regulados de forma menos onerosa, de outro norte, impunha-se que ao menos



um membro assumisse a responsabilidade pessoal e ilimitada pelas dívidas sociais. Tais peculiaridades constituíam-se num incentivo negativo.

Já com as Sociedades Limitadas, fundiram-se o fato de serem simples de ser constituídas (tal como nas Sociedades Ilimitadas) e a separação patrimonial de todos os membros (tal como nas Sociedades Anônimas).

Em que pesem as notórias adversidades inerentes ao sucesso na atividade empresarial brasileira, tais como alta carga tributária e questões trabalhistas, a Sociedade Limitada implica resultados econômicos à própria dinamicidade da economia do país por proporcionar maximização da riqueza, via incentivos aos médios e pequenos investidores.

A limitação de responsabilidade, nas Sociedades Limitadas, funciona como o mais evidente incentivo positivo ao empreendedorismo. Oportunas as palavras de Túllio Ascarelli:

Com efeito, a possibilidade de criar um patrimônio “separado” contrasta com o princípio fundamental de dever, em princípio, cada sujeito responder, com todo o seu patrimônio, por suas dívidas; de deverem, portanto, vários sujeitos, que operem em conjunto, responder, todos e com todo o seu patrimônio, pelas dívidas contraídas na sua gestão coletiva. É justamente por isso que, na sua origem histórica, a responsabilidade limitada dos sócios de uma companhia decorre de princípios excepcionais e se apresenta, como um “privilégio”, que, por isso, pode ser baseado tão somente num ato legislativo especial, que derogue direito comum. (ASCARELLI, 2001, p. 464).

Assim, a essência das sociedades em geral, e da Sociedade Limitada em particular, está, portanto, no fato de que representa um instrumento jurídico destinado a agrupar diferentes pessoas interessadas em se dedicar conjuntamente e de forma organizada ao exercício de uma atividade de cunho econômico, notadamente de caráter empresarial.

Logo, o hoje tão empregado instituto da Sociedade Limitada resulta de uma preocupação eminentemente econômica, qual seja, a de estabelecer o adequado incentivo para os pequenos e médio empreendedores. É um dos mais felizes exemplos de institutos jurídicos desenvolvidos com o direto objetivo de atender à maximização de riqueza.

Ademais, nas Sociedades Limitadas cada um dos sócios terá maiores benefícios se ele e os demais membros agirem em consonância com seu dever de cooperação, observando-se as obrigações contratuais e legais.

Assim, considerando-se o caráter relacional do contrato de Sociedade Limitada, se os sócios cumprem o seu dever de colaboração, conseqüentemente, haverá maximização de seus próprios interesses. Paula de Oliveira Cesarino expõe:

É claro que nesse ponto não se pode esquecer da questão relativa aos contratos de sociedades, que são considerados contratos, mas não têm interesses opostos e sim, convergência para um fim comum. O que ocorre é que existem interesses paralelos e não interesses contrapostos. Por tal motivo, pode-se dizer que os contratos de sociedade possuem características de contratos relacionais, pois nestes, o interesse das partes é o compartilhamento de benefícios e ônus. Algumas características relacionais são claramente visualizadas nos contratos de sociedade, a saber: existem várias partes, são contratos de execução continuada que se prolonga no tempo, existindo cooperação entre as partes, exigindo-se constantes replanejamentos. O art. 981 do Código Civil brasileiro define o contrato de sociedade como o acordo de vontades pelo qual duas ou mais pessoas, reciprocamente, se obrigam a contribuir com bens ou serviços para a realização de atividade econômica, com o objetivo de partilhar entre si os resultados monetários do empreendimento. O vínculo entre os sócios se funda na intenção de realizar atividades de caráter contínuo e duradouro. (CESARINO, 2007).

Ana Paula Berhnes Romero lembra que:

Contratos relacionais, segundo a concepção norte-americana (relational contracts), são acordos complexos de longa duração, nos quais a confiança, a solidariedade e a cooperação são, por vezes, mais relevantes do que os vínculos contratuais expressos. Tem-se, assim, um contrato aberto, que representa uma relação contínua, duradoura ao mesmo tempo em que modificável pelos usos e costumes ali desenvolvidos e pelas necessidades das partes. (ROMERO, 2006, p. 11-37).

Relembre-se também que “jogos cooperativos” ou “jogos de cooperação” são modelos esquemáticos de conduta que analisam situações em que os agentes maximizam seus próprios interesses particulares quando se dispõem a moldar sua própria ação aos anseios de outrem.

Deste modo, a escolha e posterior conduta de um dos contratantes provoca reflexos positivos em relação aos demais.

Assim, quando um sócio se dispõe a colaborar com parte de seu patrimônio e também com seus esforços pessoais para a realização do objeto social não apenas ele está ganhando com isso, mas também todos os demais sócios.

Estes, por sua vez, têm na mútua colaboração e na integralização do capital a estratégia dominante, ou seja, aquela que lhes é mais favorável independentemente da conduta do outro.

Nada obstante, o comportamento cooperativo dos sócios existe até o momento em que esta cooperação em torno da sociedade e de seu objeto social é o meio mais eficiente de maximização dos interesses particulares de cada sócio.

Apesar de ser fundado na comunhão de esforços, contribuições e objetivos, o contrato de sociedade, bem como a própria pessoa jurídica que daí decorre, sustenta-se enquanto atender aos interesses particulares de cada um dos sócios.

Diante disso, permite-se afirmar que cada sócio tem mais a ganhar se ele e os demais integrantes da sociedade, se dispuserem a seguir seus deveres legais e contratuais e a cooperar com o exercício do objeto social.

Sustenta-se tal afirmação especialmente em modalidades societárias nas quais, como na Sociedade Limitada, assume-se que o dever de colaboração do sócio implica uma obrigação positiva, um efetivo agir no sentido da consecução do objeto social.

Destarte, percebe-se que o contrato de sociedade figura como uma situação social em que a maximização dos interesses de um dos agentes econômicos envolvidos depende também das escolhas e atos empreendidos pelos demais partícipes.

Verifica-se então que a maximização dos ganhos da sociedade e, por consequência, de cada um dos sócios, decorre da cooperação de todos os contratantes.

Pelas Sociedades Limitadas, o exercício da empresa é verdadeiro jogo de cooperação, pelo qual o desempenho de um influencia o outro diretamente em benefício dos demais.<sup>44</sup> Segundo Félix Huanca Ayaviri,

---

<sup>44</sup> “Em síntese, as técnicas da Teoria dos Jogos permitem modelar as interações entre indivíduos em que estes agem estrategicamente - isto é, levando em conta o que o (s) outro (s) faz (em) – e, assim, tentar prever suas decisões, supondo que eles demonstrem um comportamento racional. Com isso, tal teoria, aplicada ao Direito, pretende discernir o papel que desempenham as normas jurídicas vigentes e os resultados sobre o comportamento dos agentes de uma alteração do quadro jurídico em que operam. Isso não significa, porém, que a análise jurídica do comportamento estratégico das pessoas (físicas e jurídicas) se limite à mera definição de “regras do jogo” para enquadrar a satisfação do interesse individual. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 167).

Quando a autonomia privada produz mecanismos eficazes para evitar o descumprimento desleal ou oportunista é dito que o contrato é auto-executável, no sentido de que o cumprimento é assegurado porque o interesse próprio das partes que os motivou a celebrar o contrato ainda está presente no momento em que o contrato deva ser executado, ou seja, a adesão é voluntária como o de um contrato de celebração e execução simultânea. (AYAVIRI, 2003, p. 91, tradução nossa)<sup>45</sup>.

É certo que, devido à racionalidade limitada dos contratantes, homens médios comuns, durante a elaboração do contrato social torna-se difícil antever, precaver-se e regular, previamente, de forma expressa, todas os eventuais impasses que possam surgir no vínculo social.

Nada obstante, nas Sociedades Limitadas, para que o exercício da atividade econômica caminhe em prol da eficiência, mostra-se necessário que nos termos do contrato social evite-se a incompletude.<sup>46</sup>

Também quando da elaboração do contrato social de uma Sociedade Limitada, para se evitar a sua incompletude, deve-se coibir a assimetria de informações entre os contratantes.

Nota-se que a assimetria de informações entre dois ou mais partícipes de um contrato se verifica quando um ou mais deles não dispõem do mesmo número de dados relevantes sobre as circunstâncias e as conseqüências da contratação.

Por outro lado, com fundamento na simetria de informações procura-se minimizar os custos das transações entre os quotistas para que cheguem à máxima eficiência possível na alocação dos direitos envolvidos.

Caso haja incompletude nos contratos, enseja-se a ocorrência dos “custos de comprovação”, os quais representam o custo de se comprovarem as lacunas contratuais.

Assim, de modo a proporcionar uma imprescindível contextualização ao leitor do assunto, são estas, em síntese, as noções gerais, legais e econômicas das Sociedades Limitadas.

---

<sup>45</sup> *Cuando la autonomía privada produce mecanismos eficaces para impedir el incumplimiento desleal u oportunista se dice que el contrato es autoejecutable en el sentido de que el cumplimiento viene garantizado porque el propio interés egoísta de las partes que les motivo a celebrar el contrato sigue estando presente en el momento en que el contrato ha de ser ejecutado, es decir, el cumplimiento es tan voluntario como el de un contrato de celebración y ejecución simultáneas.*

<sup>46</sup> É necessário considerar que a completude deve ser verificada, desde que, o custo de transação para alcançá-la, não torne inviável a celebração do próprio contrato de sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se verificou, as Sociedades Limitadas estão presentes no dia a dia da população leiga em geral, empresários, sociedades empresárias e sócios, ante os benefícios econômicos que propicia àqueles que decidem aventurar-se no exercício da atividade empresária, com a finalidade de auferir lucro, após assunção de risco do insucesso, decorrente, sobretudo, da alta carga tributária e adversidades trazidas pela protecionista legislação trabalhista brasileira.

Buscou-se demonstrar que a conjugação das várias características inerentes à natureza das Sociedades Limitadas é que incentivou a utilização deste tipo societário no Brasil e no mundo, tendo em vista os notórios benefícios e vantagens em termos de desenvolvimento econômico e segurança a seus constituidores.

Denotou-se a sua contribuição para o fomento da economia, pois a menor burocracia e responsabilidade limitada, certamente, encorajam os cidadãos interessados a aventurarem-se na árdua atividade negocial, na medida em que os particulares passam a ter, legalmente, um limite máximo de prejuízo a sofrer, caso não se tenha êxito em seu empreendimento.

Viu-se ser pertinente na Sociedade Limitada a reflexão acerca das ferramentas metodológicas disponibilizadas pela Análise Econômica do Direito que tocam sobre a eficiência, custos de transação, oportunidade, produção, incentivos negativos e positivos, bem como maximização dos interesses, riquezas e bem estar.

Tratou-se também acerca da eficiência nas sociedades limitadas, a qual representa organizar os fatores de produção mediante relações contratuais que contenham o menor custo possível.

Percebeu-se que o comportamento cooperativo dos sócios é de suma importância a se alcançar a eficiência, que resultará no maior ou menor lucro, e existe até o momento em que esta cooperação em torno da sociedade e de seu objeto social for também o meio mais eficiente de maximização dos interesses particulares de cada sócio.

Assim, mostra-se nítida a importância de se apreciar a Sociedade Limitada, não apenas em seu caráter estático, mas, também, mediante uma compreensão eminentemente dinâmica, decorrente de sê-la um feixe de relações contratuais.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, José Pinto. **Produção sob o regime da empresa**: as razões da iniciativa privada, economia e direito. São Paulo: Saraiva, 1964.

ASCARELLI, Túllio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.

BARBI FILHO, Celso. **Dissolução parcial de sociedades limitadas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 487;489.

BERTOLDI, Marcelo Marco.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**: títulos de crédito, falência e concordata, contratos mercantis. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**: código comercial. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jun. 1850. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L0556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm)> Acesso em: 14 abr. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002: institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jun. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 12 abr. 2012.

CARVALHO, Cristiano Rosa de. **Teoria do sistema jurídico**: direito, economia, tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao código civil**: parte especial do direito de empresa; da sociedade personificada: arts. 1052 a 1.195. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13.

CESARINO, Paula de Oliveira. **Contratos relacionais**. 2007. p. 76. Dissertação (Mestrado)- Faculdades Milton Campos. Disponível em: <<http://>

[www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/pauloliveiracesarinocontratosrelacionais.pdf](http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/pauloliveiracesarinocontratosrelacionais.pdf).> Acesso em: 06 jan. 2012.

COASE, Ronald H. **El mercado de los bienes y el Mercado de lãs ideas**. Disponível em: <[http://www.eumed.net/cursecon/textos/rev45\\_coase1.pdf](http://www.eumed.net/cursecon/textos/rev45_coase1.pdf)> Acesso em: 10 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. **Essays on economics and economists**. Chicago/London: University of Chicago Press, 1995.

\_\_\_\_\_. **La empresa, el mercado y la ley**. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

\_\_\_\_\_. O problema do custo social. The latin american and Caribbean. **Journal of Legal Studies**. Trad. de Francisco Kümme F. Alves e Renato Vieira Caovilla, Rio Grande do Sul, v. 3. n. 1., 2008. Disponível em: <<http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. The problem of social cost. **Journal of Law and Economic, The University of I**. Chicago Press, n. 3, 1960.

\_\_\_\_\_. **The nature of the firm: the firm, the market and the law**. Chicago: Chicago University Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhôa. **A sociedade limitada no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COOTER, Robert D. Las mejores leyes correctas: fundamentos axiológicos del análisis econômico del derecho. In: ROEMER, A. (Org.) **Derecho y economia: una revision de la literatura**. México: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, 2000.

\_\_\_\_\_. ULEN, Thomas. **Law e economics**. 4. ed. New York: Pearson Addison Wesley, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa**. 2. ed. reformulada São Paulo: Saraiva, 2009. V.8.

FONTANARROSA, Rodolfo O. **Derecho comercial argentino: parte Geral.** Buenos Aires: Zavaliz, 2006. p. 398-399.

GONTIJO, Vinícius José Marques. A regulamentação das sociedades limitadas. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **Direito de empresa no novo código civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A lei das S.A..** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 2v

LANA, Henrique Avelino. **Dissolução parcial nas sociedades limitadas:Análise Econômica sobre a inclusão do aviamento na apuração de haveres.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Sociedade anônima.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. **Sociedade anônima.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995b. (Curso de direito comercial ; 2)

LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Sociedade limitada.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOBO, Jorge. **Sociedades limitadas.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 734-735.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro.** Campinas: Bookseller, 2001. v.2.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito comercial brasileiro.** 6 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. p. 14-15. v.3.



PAPINI, André Lemos; RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **A sociedade limitada e o novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PATROCINIO, Daniel Moreira do. **Sociedades limitadas**: comentários. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2008. p.7

\_\_\_\_\_. **Direito empresarial**. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 2009.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Princípios constitucionais do direito empresarial**: a função social da empresa. Curitiba: Editora CRV, 2011.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado. São Paulo: IOB Thomson, 2006b.

\_\_\_\_\_. Recuperação Judicial de Empresas: caracterização, avanços e limites. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 151-166, 2006c.

\_\_\_\_\_. Teoria da empresa em direito e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 4, n. 14, p. 55-74, 2006d.

\_\_\_\_\_. **Direito societário**. São Paulo: Editora Campus Jurídico. 2010.

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

POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. **Revista de Economía e Derecho**, Perú, v.2, n. 7, p. 1-10, 2005.

\_\_\_\_\_. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard A. Usos y Abusos de la teoria económica em el derecho. In: ROEMER, A. (Org.). **Derecho y economía**: una revisión de la literatura.

México-D.F.: Centro de Estudos de Governabilidade y Políticas Públicas, 2000.

POSNER, Richard A.. **Economic analysis of law**. 5. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1972.

\_\_\_\_\_. Law and economics in common-law, civil law, and developing nations. **Ratio Jurídica**. México, v. 17, n.1. Mar. 2004.

\_\_\_\_\_. **Maximización de la riqueza y tort law**. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>> Acesso em: 9 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Maximización de la riqueza y tort law: una investigación filosófica**. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>> Acesso em: 6 jan. 2012.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROMERO, Ana Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**. São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008.

\_\_\_\_\_. **A História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Disponível em: <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=bruno\\_meyerhof\\_salama](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=bruno_meyerhof_salama)>. Acesso em: 05 out. 2011.

SZTAJN, Raquel. **Contrato de sociedade e formas societária**. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. Notas de análise econômica contratos e responsabilidade civil. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**. São Paulo. v. 36. n. 111. jul / set. 1998.

VIDELA ESCALADA, Frederico N. **Las sociedades civiles**, abeledo-perrot. In: NUTA, Ana Raquel; COSTA, Osvaldo Solari (Coord.). **Tratado de derecho privado: derecho comercial**. abeledo-perrot: Buenos Aires, 2007. p. 159-160.

VIVANTE, Cesare. **Instituições do direito comercial**. São Paulo: Lzn, 2003.

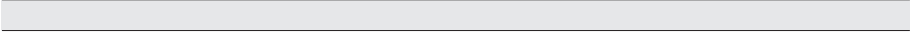
WILLIAMSON, Oliver E; WINTER, Sidney G. **The nature of the firm: origins, evolution, and development**. New York: Oxford University Press, 1993.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Artigo recebido em: 10/06/2013

Aprovado para publicação em: 30/06/2014

**Como citar:** LANA, Henrique Avelino. **Sociedades Limitadas: Uma Leitura Via Law And Economics**. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 18, n. 1, p.9-43, jul.2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p43.



## Considerações da lei falimentar no direito brasileiro em comparação ao direito francês

### BANKRUPTCY LAW CONSIDERATIONS IN BRAZILIAN LAW COMPARED TO FRENCH LAW

Patricia Borba Marchetto\*  
Adriana Augusta Telles de Miranda\*\*

**Resumo:** O presente artigo traz breve comparação do Direito Falimentar brasileiro entre o Direito Francês das sociedades em dificuldades. Dessa forma, uma análise dos dispositivos legais dos dois países, para ao final averiguar se ambos visam à preservação da empresa, respectivamente, Lei de Recuperação e Falência - Lei n.º 11.101/05, em *Code de Commerce* - Código Comercial Francês, capítulo *Des difficultés des entreprises*.

**Palavras-chaves:** Falência – Recuperação Judicial – Direito Comparado.

**Abstract:** This article brings brief comparison of Brazilian bankruptcy law between the French law of societies in difficulties. In this way, an analysis of the legal provisions of the two countries, to the end see if both aim at the preservation of the company, respectively, Law Recovery and Bankruptcy no. 11.101/05, in *Code de Commerce* - French commercial code, chapter *Des difficultés des entreprises*.

**Keywords:** Bankruptcy – Judicial Recovery- Comparative Law.

\* Doutora em Direito pela Universidad de Barcelona (UB-Espanha) Docente da Universidade Estadual Julio de Mesquita Filho (UNESP). Professora das disciplinas jurídicas do curso de Administração Pública da Faculdade de Ciências e Letras de Araraquara (FCL-UNESP). Docente do Programa de Pós Graduação em Direito da UNESP-FRANCA. pmarchetto@fclar.unesp.br

\*\* Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Doutoranda pela FADISP: Função Social do Direito Constitucional, na linha de pesquisa Constitucionalização dos Institutos do Direito Privado. É graduada em Direito pelo Centro Universitário de Araraquara (1994), especialização em Direito Civil e Processual Civil, pelo Centro Universitário de Araraquara/INPG (1999), Mestrado em Direito pela Universidade Paulista ( 2 0 0 4 ) . adriana.telles@superig.com.br

## INTRODUÇÃO

O mercado empresarial está fortemente alicerçado nas múltiplas relações jurídicas envolvendo a solvabilidade dos créditos, numa relação obrigacional entre credores e devedores.

O adimplemento da prestação pelo devedor é a presunção mais almejada pelo credor, presunção esta que se exaure na insolvência do devedor. Numa relação simples, o não pagamento permite ao credor exigir do devedor o cumprimento da prestação, incluindo juros e correção monetária, recaindo a dívida na constrição do patrimônio do devedor, tratando-se de credor quirografário.

Já para as empresas, considerando suas especificidades e a dimensão das relações jurídicas que são geradas pelas atividades exercidas, mormente a possibilidade de se encontrar em estado de insolvência ou em crise econômica financeira, necessária a Lei de Falência e Recuperação de Empresas, Lei n.º 11.101/2005 (LRF), que de forma simplista passa a discorrer.

Por outro lado, a relação comercial se entrelaça em empresas internacionais, numa forma de internacionalização da atividade econômica. Não se pretende a priori, um estudo profundo sobre falência transfronteiriça, tão somente uma comparação do direito falimentar entre os países Brasil e França – no direito Francês -*Des difficultés des entreprises*<sup>1</sup>.

A Lei de Falência brasileira encontra-se dividida em 8 (oito) capítulos, tratando de disposições preliminares; disposições comuns à recuperação judicial e à falência; da recuperação judicial; da convocação da recuperação judicial em falência; da falência; da recuperação extrajudicial; das disposições penais e por fim, das disposições finais transitórias.

De forma sistemática, e inserida no Código Comercial Francês, o livro VI disciplina regras sobre as dificuldades das empresas, assim denominada: *Des difficultés des entreprises*; *TITRE Ier : De la prévention des difficultés des entreprises* (Procedimento de prevenção nas dificuldades das empresas); *TITRE II : De la sauvegarde* (Procedimento de recuperação judicial); *TITRE III : Du redressement judiciaire* (Procedimento com intervenção judicial); *TITRE IV : De la liquidation judiciaire* (Liquidação judicial); *TITRE V : Des responsabilités et des sanctions* (responsabilidades e sanções); *TITRE VI : Des dispositions générales de procédure* (Disposições processuais gerais);

---

<sup>1</sup> Das dificuldade das empresas.

*TITRE VII : Dispositions dérogatoires particulières aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin* (Legislação com procedimento específico para de competência territorial para Lorena, Bas-Rhin e Haut – Rhin).

## 1 A LEI DE FALÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

A Lei n.º 11.101/2005 - Lei de Falência e Recuperação de Empresas reconhece o valor social que a empresa representa no mundo atual e orienta pela sua preservação. Nesse sentido comenta Manoel Justino Bezerra Filho (2005, p. 43):

... poder-se-ia definir como centralizada na preocupação de possibilitar a recuperação da sociedade empresária, de tal forma que, havendo sinais de que determinada empresa não estaria caminhando da melhor forma, propiciasse a Lei um modo de intervenção que, logo aos primeiros sinais da crise, aplicasse remédios que pudessem evitar o agravamento da situação. Dessa forma, seria possível tentar sanear sua situação econômica, preservando-se a empresa como organismo vivo, com o que se preservaria a produção, mantendo-se os empregos e, com o giro empresarial voltado à normalidade, propiciando-se o pagamento de todos os credores.

Para a melhor interpretação da norma divide-se o tema em processo falimentar, e recuperação judicial e recuperação extrajudicial.

### 1.1 Do processo falimentar

A falência é aplicada somente ao empresário individual ou a sociedade empresária, isto é, não se aplica as sociedades simples, que tem sua regulamentação no instituto insolvência civil fundamentado pelo art. 748 e seguintes do Código de Processo Civil.

Possui legitimidade ativa para ingressar com o pedido de falência, nos termos do artigo 105 da LRF o próprio empresário individual ou a sociedade empresária, desde que a pessoa jurídica encontre-se devidamente registrada na junta comercial, conforme dispõe o artigo 97 da referida lei. Trata-se nesta hipótese do pedido de autofalência. Também, pode pleitear a falência, qualquer credor, pessoa física ou pessoa jurídica, devidamente constituída e regularizada.

A legitimidade nos termos do artigo 2º da Lei Falimentar é representada pelo empresário individual ou a sociedade empresária, exceto as empresas públicas; as sociedades de economia mista; as operadoras de plano de saúde; as cooperativas de créditos; as instituições financeiras públicas ou privadas, e as seguradoras.

Para o procedimento de a falência cabe observar três (03) espécies de créditos que permitam o requerimento, como dispõe o artigo 94 da LRF.

A primeira denominada **impontualidade injustificada**, isto é, a falta de pagamento de obrigação líquida sem justificativa, referente a título executivo judicial ou extrajudicial acima de 40 salários mínimos. Cabe observar que os referidos títulos devem ser protestados.

A segunda espécie de crédito consiste na **execução frustrada**, pela falta de pagamento ou de nomeação de bens passíveis de penhora, em processo de execução, na tríplice omissão: não pagou; não depositou em juízo, nem nomeou bem a penhora. Ajuíza-se ação a partir da extração de cópia do processo de execução.

A terceira, denominada de **atos de falência**, dada a liquidação precipitada por parte do empresário em desaparecer aos poucos com os bens, na hipótese de fraude contra credores, simulação de venda e transferência de bens, e abandono do estabelecimento.

Cumprido os pressupostos e ajuizada a ação, citado o devedor, ele poderá, nos termos do art. 98 da LRF **contestar a ação no prazo de 10 dias**; ou, **fazer o depósito elisivo**, que corresponde ao pagamento do valor principal, acrescido de juros e correção monetária, mais honorários advocatícios, porém, cabível na hipótese da inicial fundamentada na impontualidade injustificada e na execução frustrada. Nesta hipótese não se decreta a falência. Ou, ainda, o devedor pode pedir a recuperação judicial nos termos do artigo 75 da LRF.

O julgamento do processo de falência permite uma sentença declaratória de falência, que se dá com a quebra da sociedade. Ou então, uma sentença denegatória, improcedente. Cabe recurso nos termos do artigo 100 da LRF, respectivamente, agravo de instrumento para a declaratória e o recurso de apelação para a sentença denegatória.

Uma vez proferida a sentença declaratória, o juiz nomeará um administrador judicial, que poderá ser um advogado, economista, administrador de empresa, contador, ou também, uma pessoa jurídica, desde que representada por um profissional responsável, e identificado pessoalmente (art. 21 da LRF).



O administrador desenvolverá seu trabalho sob a fiscalização do juiz e do Comitê de Credores, qual seja: providenciar a arrecadação dos bens que se encontram na posse da falida; avaliá-los e posterior, vendê-los. Com a venda judicial dos bens, que pode ocorrer na forma de leilão, o pregão e a venda por proposta fechada, ter-se-á a **realização do ativo**.

O produto com a venda dos bens volta para a massa falida dando ensejo ao pagamento de todos os credores e não somente daquele que ajuizou a ação. Para tanto, o legislador, no artigo 83 da LRF exhibe a ordem de classificação dos créditos.

De acordo com a classificação dos créditos, o primeiro pagamento a ser realizado é o crédito trabalhista até 150 salários mínimos por credor, acima desse valor, o crédito corresponde a quirografário e ainda, sem limite os decorrentes de acidente de trabalho. Na sequência tem-se: crédito com garantia real, até o valor do bem dado em hipoteca, penhor ou anticrese, sendo que o valor excedente torna-se crédito quirografário; os créditos tributários, excetos as multas tributárias; os créditos com privilégio especial; os créditos com privilégio geral; os créditos quirografários, representados pelos contratos em geral e títulos de créditos, bem como os excedentes dos créditos trabalhistas e com garantia real; as multas, inclusive as tributárias, denominadas pela doutrina de **subquirografária** e por último, o **crédito subordinado**, aqueles pertencentes aos sócios da empresa falida (sócio credor da empresa).

Entretanto, cabe ressalva, que antecede ao pagamento da relação dos credores outras categorias: em primeiro lugar tem-se o **credor proprietário** com direito de **preferência absoluta**, nessa hipótese não ocorre à habilitação de crédito na falência, mas pedido de restituição de bem nos termos do art. 85 LRF. Em segundo lugar o **credor extraconcursal**, aquele oriundo de valores pagos ou gastos após a decretação da falência ou da recuperação judicial, consoante art. 84 e 67 da LRF. Em terceiro lugar, o **credor concursal**, já mencionado alhures (art. 83 da LRF), os quais serão relacionados pelo devedor quando da decretação da falência, pelo prazo de 5 dias.

Após o pagamento dos credores cabe a prestação de contas pelo administrador, e encerra-se o processo falimentar, nos termos do artigo 156 LRF. Observe-se que o **empresário** com falência decretada ficará **inabilitado de exercer atividade empresarial**.

O período da inaptdição fica adstrito a sentença de extinção das obrigações do falido, que conforme o art. 158 LRF têm como requisitos: o pagamento de todos os credores; ou pagamento de 50% dos créditos quirografários; ou decurso

do prazo de 10 anos se condenado em crime falimentar, contados do encerramento da falência; ou 5 anos, contados do encerramento da falência, na ausência de condenação, com pedido de extinção das obrigações do falido para o juízo. Após o cumprimento de qualquer requisito e com a sentença, permite-se exercer atividade empresarial.

## 1.2 Da recuperação judicial

A recuperação judicial pode ser ajuizada pelo empresário individual ou as sociedades empresárias, que se encontra em **crise econômica financeira**, cuja prova se faz representada pelos **(3) três últimos demonstrativos contábeis do exercício social** (art. 51 LRF), podem ajuizar ação pleiteando a recuperação judicial.

Possui legitimidade ativa para se ingressar com ação de recuperação judicial, além do empresário individual ou as sociedades empresárias, por força do parágrafo único do art. 49 LRF, o cônjuge sobrevivente, o herdeiro do devedor, o inventariante e o sócio remanescente.

Para se ingressar com a ação de recuperação judicial, dispõe o artigo 48 da LRF os requisitos necessários, ou seja, somente pode pleitear o devedor que exerça atividade regular há mais de 2 anos, e cumulativamente, não esteja falido, não tenha obtido concessão de recuperação há menos de 5 anos (ou 8 anos se for microempresa ou EPP) e, não tenha sido condenado por crime falimentar.

Todos os créditos até a data do pedido da recuperação sejam vencidos sejam vincendos, podem integrar o plano de recuperação, com a ressalva dos créditos financeiros, isto é, com garantia fiduciária, arrendamento ou reserva de domínio (§3º do art. 49 LRF).

O juiz ao receber a ação com a comprovação da crise econômica financeira concederá o **despacho de processamento**, nomeando o administrador e suspendendo todas as ações de execução. Com a publicação do despacho, inicia-se a contagem do **prazo de 60 dias** para que o devedor, a seu critério, apresente o **plano de recuperação judicial**. O plano poderá conter forma de parcelamento da dívida, transferência do controle societário para o credor, fusão de empresas para diminuir gastos etc., rol ilustrativo disposto no art. 50 da LRF.

Com a exibição do plano de recuperação judicial pelo devedor, dá-se acesso aos credores, os quais poderão **concordar ou apresentar objeção**

no prazo de 30 dias, consoante art. 56 da LRF. Na concordância haverá a recuperação. Na hipótese de discordância dos credores, o juiz convocará uma **assembleia geral dos credores**, que poderá aprovar o plano, bem como alterá-lo, ou então, reprová-lo ensejando a convocação da falência (§4º art. 56).

Como se vê, a assembleia geral somente será convocada se houver objeções ao plano apresentado, o administrador presidirá os trabalhos, e lavrará ata com todas as votações e discussões, com a participação dos credores, devedor, devendo ser entregue ao juiz em 48 horas. Cabe ressaltar que qualquer pessoa pode assistir a assembleia, salvo se houver segredo de justiça decretado.

**A deliberação sobre o plano de recuperação deverá observar os seguintes princípios:**

- **universalidade**, todas as três classes de credores sujeitas ao plano deve ser ouvida;

- **voto exclusivamente por cabeça** – na classe I (créditos do trabalho e acidente de trabalho) a proposta deverá ser aprovada por maioria simples;

- **voto por dupla maioria**, nas classes II e III (credores quirografários e com garantia real), a proposta deve ser aprovada por credores que represente, mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes. ,

**A falência é consequência legal da rejeição, com uma única exceção**, o juiz poderá conceder a recuperação judicial com base **num plano rejeitado**, nos termos do **artigo 58, §§1º e 2º** se de forma cumulativa e na mesma assembleia, que o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; a aprovação de 2 (duas) das classes de credores ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; e, na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados por cabeça e voto por dupla maioria. A recuperação judicial será concedida se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe.

O *quorum* especial de aprovação pode ser aferido em qualquer das votações preliminares ou finais, daí a importância de todas as votações havidas na assembleia estarem devidamente registradas na ata. Porém a recuperação não é um benefício titularizado e concedido pelo estado, como

ocorria na concordata, é um acordo coletivo, uma transação judicial coletiva com os credores, por isso trata-se de uma exceção.

Observa-se que inexistente prazo para a recuperação judicial, o lapso temporal fica adstrito ao período programado no plano de recuperação. Entretanto, o prazo de 2 (dois) anos descrito no art. 61 da LRF refere-se ao período em que o devedor permanecerá em recuperação judicial acompanhada pelo juiz, ou seja, tratando-se de plano superior aos dois anos, mantêm-se o cumprimento por parte do devedor, na conjectura de inadimplemento, cabe execução pelo credor.

### **1.2.1 Recuperação Judicial Especial**

No direito falimentar brasileiro há possibilidade de as microempresas e as empresas de pequeno porte (EPP) pleitear a recuperação judicial comum, já exibida acima, ou então, pleitear a recuperação judicial especial.

A recuperação judicial especial abrange exclusivamente os créditos quirografários e o plano de recuperação se encontra definido no art. 71 da LRF; previsão de parcelamento em até 36 parcelas iguais e sucessivas, acrescidas de correção monetária e juros de 12% ao ano, com vencimento da primeira parcela em até 180 dias contado da distribuição do pedido de recuperação. Nesta hipótese não faculta ao devedor apresentar plano de recuperação.

Preleciona Ricardo Negrão (2011, 276) a diferença entre os planos de recuperação judicial especial e o ordinário:

- a) a legitimidade ativa para o plano especial, destinados aos microempresários e empresários de pequeno porte; b) a extensão do universo de credores abrangidos; c) a simplificação do procedimento; e d) a possibilidade de adoção de um único meio de recuperação, dilação do prazo para pagamento dos credores.

### **1.3 Recuperação extrajudicial**

Consiste na negociação do devedor com os próprios credores dos créditos, cujo rol se encontram exibidos na classificação de créditos, mas com a ressalva dos créditos trabalhistas e tributários que estão excluídos da recuperação extrajudicial.

Gladston Mamede (2006, p. 301) recomenda a distinção de nomenclatura em recuperação extrajudicial ordinária e a recuperação extrajudicial extraordinária. Ordinária, a prevista nos arts. 161 e 162 da LRF que traduz a adesão voluntária de todos os credores, ou seja, o devedor apresenta plano de recuperação para todos os credores das dívidas vencidas, com a concordância de todos, homologa-se judicialmente transformando em título executivo judicial.

Na recuperação extrajudicial extraordinária, fundamentada no art. 163 da LRF, o devedor requererá a homologação do plano de recuperação com adesão apenas de 3/5 dos credores de uma mesma espécie, vinculando a minoria não aderente.

Explica Vera Helena de Mello Franco (2008, p. 257):

Na primeira a hipótese a homologação judicial não é obrigatória; já na segunda é essencial para que atinja a todos os credores. Note-se que a maioria necessária para que o plano seja aprovado é de 3/5 (três quintos) de todos os créditos *de cada espécie* atingida e não, simplesmente, *dos créditos habilitados*, independente da espécie de cada um.

## 2 A LEI DE FALÊNCIA NO DIREITO FRANCÊS

Inicia-se a análise da legislação francesa observando que a aplicabilidade da regra de falência se estende tanto para pessoa física como para pessoa jurídica, além do consumidor endividado, diferentemente do direito brasileiro. Entretanto, manter a empresa atuando, também é orientação no Direito Francês.

José Cretella Neto (2012, p. 13) descreve:

Hoje, na França, como na maioria dos países industrializados, a legislação inspira posicionamento diferente do Poder Público (isto é, medidas não mais apenas punitivas, como no passado), os quais, por intermédio da atuação dos Comitês de Reestruturação, promovem a adequação da sociedade em dificuldades, utilizando métodos modernos de Administração de Empresas, com o concurso de executivos qualificados, que tudo fazem para manter a empresa “viva”.

A legislação regulamenta ainda, as demissões e, no intuito de minimizar desemprego apresenta plano de compensação e retreinamento de funcionários (CRETELLA NETO, 2012, P. 14).

## 2.1 Do procedimento de prevenção para as empresas em dificuldade financeira (*TITRE Ier : De la prévention des difficultés des entreprises*).

Esse procedimento destina reorganizar a empresa permitindo o exercício de suas atividades econômicas, seja na manutenção do quadro de empregados seja na liquidação do passivo.

Trata-se de uma **conciliação amigável e confidencial**, onde os credores são notificados (artigo L611-7 do *Code de Commerce*<sup>2</sup>) dando-se início ao processo de conciliação. É um **processo coletivo** em que o devedor tem a grande vantagem de negociar com seus credores por meio de um plano de recuperação, para tanto, a empresa não pode se encontrar em estado de insolvência por mais de 45 dias (artigo L611-4 do *Code de Commerce*).

Nesse procedimento de prevenção permite-se que os funcionários da empresa informem ao juiz as dificuldades enfrentadas pelo devedor, facilitando a recuperação antes que ocorra a insolvência.

O juiz presidente nomeia um **conciliador “ad hoc”** que negociará o pagamento escalonado das dívidas com os principais credores, os únicos cientes das dificuldades do devedor. O devedor também pode nomear mandatário “ad hoc”.

Com o início da conciliação, isto é, o acordo entre credores e devedor, suspende provisoriamente as execuções. Porém, considerando que o procedimento é confidencial, não atinge os credores que não aderiram ao plano consoante artigo L611-10-1 do *Code de Commerce*.

O conciliador é nomeado por um período não superior a quatro meses, podendo ser prorrogado o prazo desde que se apresente fundamentação ao juiz.

Havendo interesse pessoal direto ou indireto no processo; relação direta ou indireta, de qualquer natureza, entre conciliador e um credor; motivos de desconfiança; ou se o conciliador já tiver sido permanentemente cancelado ou removido de sua função, o devedor pode impugnar a nomeação do conciliador no prazo de 15 dias.

Com a aprovação do acordo entre credores e devedor encerra-se o processo de conciliação (artigo L611-10 do *Code de Commerce*) e na hipótese de desacordo, as partes podem se beneficiar da *sauvegarde*.

---

<sup>2</sup> Código Comercial

## 2.2 Do procedimento de recuperação (*TITRE II : De la sauvegarde*).

O procedimento de *sauvegarde* visa facilitar a reorganização da empresa para permitir o exercício da atividade econômica e a liquidação de passivos. Favorece pessoa natural, pessoa jurídica, agrícolas e profissionais liberais com dificuldades financeiras, mas que ainda não se encontrem na condição de cessão de pagamento. Possui competência territorial, o Tribunal de Comércio em que o devedor tem a sede da sua empresa.

É condição para abertura do processo de *sauvegarde* que a empresa devedora, pessoa física ou profissional liberal presente por meio de seus representantes administradores o comprovante da dificuldade financeira ou impossibilidade de pagamento de dívidas, por meio de um dossiê (artigos L 620-1, R 612 -1 e R 621-1 do *Code de Commerce*).

O devedor entrega ao administrador a lista de credores, o montante das dívidas e os contratos, bem como informa sobre processos pendentes de cobrança (art. L622-6 do *Code de Commerce* – alterado pela Lei n °100, de 28 de Janeiro de 2013).

A abertura do procedimento *sauvegarde* permite ao juiz da falência acompanhar e monitorar todo o processo, designando a missão do administrador, nomeando um representante dos empregados, eleito por eles; um especialista ou *expert*; um ou mais administradores no número de empregados e volume de negócios; um representante legal nomeado para agir em nome e para o benefício dos credores; um ou mais controladores de credores.

No procedimento há um período de observação de até seis meses para a realização de diagnóstico econômico e social da empresa, bem como um inventário dos bens do devedor, que pode excepcionalmente ser renovado por uma única vez, mediante decisão fundamentada a pedido do administrador, do devedor ou do Ministério Público (artigo L621-3 do *Code de Commerce*).

Para viabilizar a recuperação do devedor, permitindo a continuidade da operação da empresa seja de forma total ou parcial, elabora-se o plano de *sauvegarde* (artigo L626-2 do *Code de Commerce*), onde se projeta e se identifica as perspectivas de recuperação de acordo com as possibilidades e modalidades de atividades, condições de mercado e financiamento disponível, que será aprovado pelo Comitê dos Credores ou comissão das instituições de crédito.

Na impossibilidade do cumprimento do plano de recuperação no prazo máximo, o juiz ordena falência ou liquidação.

### 2.2.1 Da *sauvegarde* financeira acelerada.

O procedimento da *sauvegarde* financeira acelerada é precedida de uma conciliação obrigatória, não tem efeito sobre os credores financeiros e dá origem a um plano para cumprimento no prazo máximo de dois meses.

Possui como objetivo impor rapidamente uma reestruturação financeira devido ao apoio generalizado dos credores, bem como para preservar a atividade operacional do devedor em dificuldade.

Trata-se de um procedimento limitado para empresas com mais de 150 funcionários e 20 milhões de faturamento, cujas contas certificadas por um auditor ou estabelecidas por um contador, portanto, difere da *sauvegarde* descrita nos artigos art. L 620-1 a 627-4 do *Code de Commerce*.

### 2.3 Da recuperação com intervenção judicial (*TITRE III: Du redressement judiciaire*)

A legislação francesa tem como regra procedimentos com intervenção do juiz e coletivos, seja na prevenção seja na recuperação, e permite a continuidade do funcionamento da empresa, a manutenção do emprego e da liquidação de passivos.

A recuperação - *Du redressement judiciaire* se dá de forma judicial e por meio do processo de falência (artigo L. 631-1 do *Code de Commerce*), em face da dificuldade do devedor em cumprir com suas responsabilidades atuais diante seus ativos disponíveis.

É requisito essencial que o pedido ocorra dentro de 45 dias da cessação dos pagamentos, a menos que o devedor tenha pedido a abertura de um processo de conciliação.

Além do devedor, possui legitimidade para ingressarem com o pedido de falência o credor; o Ministério Público, desde que não há nenhum processo de conciliação em curso; e o Tribunal se houver falha do processo de conciliação.

Igualmente, podem ser o devedor qualquer empresa comercial, artesanal, agrícola ou profissional liberal (individual ou empresarial) bem como as pessoas jurídicas de direito privado.

Para que ocorra a recuperação esse processo de falência dá origem a um plano de recuperação devidamente aprovado, não podendo exceder 10 anos de atividade, se necessária haverá a criação de dois comitês de credores (arts. L 262-29 e 262-30 do *Code de Commerce*).



O plano de recuperação com a reorganização societária será oferecido pelo administrador com apoio do devedor, depois de avaliar as condições econômicas e sociais da empresa, especificando a origem, a extensão e a natureza de suas dificuldades, haja vista ser o administrador o responsável por todas as decisões de administração e conservação da empresa, embora apoiado do devedor.

O malogro plano de recuperação caracterizada pela insolvência do devedor dá ensejo à abertura do processo de insolvência judicial.

## **2.4 Da liquidação judicial (*TITRE IV : De la liquidation judiciaire*)**

A liquidação judicial é estabelecida a qualquer devedor insolvente (*artigo L 640-2 do Code de Commerce*), o objetivo não é salvar a empresa, mas a distribuição dos bens do devedor entre os vários credores, tornando devido imediatamente todas as reivindicações. Assim, notadamente, será concedida a liquidação quando as dificuldades enfrentadas pela empresa são irreversíveis e nenhuma recuperação possível. Trata de solução definitiva como último recurso, devido à insolvência do devedor.

Nomeado o síndico, o devedor é retirado da administração e ocorre à disposição dos seus bens, o que significa o fim da atividade da empresa. A realização de ativos ocorre de duas formas diferentes: ou a venda total ou parcial da empresa através de um plano de venda, ou, por meio de venda isolada de vários ativos disponíveis para a empresa.

O encerramento da liquidação é estabelecido pelo juiz do Tribunal de Comércio, e pode ocorrer em duas situações distintas, ou seja, quando não há mais passivo circulante ou o liquidante está na posse de quantidades suficientes para satisfazer os credores; ou, quando os ativos forem insuficientes para operar a liquidação.

Há, ainda, a disposição legal sobre a liquidação simplificada, com prazo de encerramento de um ano. Para que ocorra, são requisitos necessários que os bens do devedor sejam vendidos em leilão público no período de três meses após a determinação de liquidação; o devedor não possuiu mais de cinco funcionários nos últimos seis meses antes da abertura do procedimento, e, o volume dos negócios, excluindo dívida com impostos, não ultrapasse 750 mil Euros.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das leis brasileira e francesa exhibe pontos comuns e semelhantes, mas outros, totalmente divergentes.

Nota-se que ambas visam o procedimentos de recuperação do devedor, no intuito de manter as múltiplas relações jurídicas no mercado empresarial. A relação do devedor com os credores podem ficar até mais fortalecidas, diante a possibilidade de reorganizar a empresa no plano de recuperação.

Como ponto comum e na hipótese de o devedor se tornar insolvente, a falência como quebra da atividade empresarial.

A principal divergência observada no confronto das normas está na legitimidade, ou na extensão da aplicabilidade da norma. No direito brasileiro a LRF disciplina a recuperação e a falência dos empresários individuais ou das sociedades empresárias, e, não incluem nesse rol, as empresas públicas; as sociedades de economia mista; as operadoras de plano de saúde; as cooperativas de créditos; as instituições financeiras públicas ou privadas, e as seguradoras.

O direito francês legitima a recuperação e falência a pessoa natural, a pessoa jurídica, agrícolas, profissionais liberais e consumidores.

Por fim, não se pode olvidar que do início ao fim dessa narrativa buscou-se tão somente colacionar os direitos relacionados à recuperação e à falência de uma pessoa jurídica, por isso breves considerações da lei falimentar no direito brasileiro em comparação ao direito francês.

As normas são ricas em detalhes e só um estudo minucioso com foco de pesquisa aprofundado para exhibir as diferenças dos direitos de forma mais incisiva, o que pode ser objeto de outro trabalho.

## REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falência comentada/Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL [Leis,] **Códigos Civil; Comercial; Processo Civil; Constituição Federal e legislação complementar** / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Voz dos Santos Windt e Livia Céspedes – 7. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falência e de recuperação de empresas (Lei 11.101, de 9-2-2005)**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRETELLA NETO, José. **Nova Lei de recuperação judicial e falências**. 2 ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

DEL'OLMO, Florisval de Souza. **Curso de direito internacional privado**, 9ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2011.

FRANCO. Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRANÇA. Código Comercial. <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acessado em: 21 de abril de 2013.

\_\_\_\_\_. Código Comercial comentários. <http://www.documentissime.fr>. Acessado em: 21 de abril de 2013.

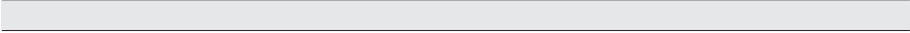
MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**, vol. 4. São Paulo: Atlas, 2006.

NEGRÃO. Ricardo. **Direito empresarial: estudo unificado**. 3ª Ed. Ver.. São Paulo: Saraiva, 2011.

Artigo recebido em: 30/10/2013

Aprovado para publicação em: 30/06/2014

**Como citar:** MARCHETTO, Patricia Borba. MIRANDA, Adriana Augusta Telles. **Considerações da lei falimentar no direito brasileiro em comparação ao direito francês**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.1, p.45-59, jul. 2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p45.



# Intervenção do Estado na ordem econômica por meio da tributação sobre as emissões de carbono com a finalidade de tutela do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável

STATE INTERVENTION IN THE ECONOMIC ORDER  
THROUGH TAXATION ON CARBON EMISSIONS FOR  
THE PURPOSE OF PROTECTION OF THE  
ENVIRONMENT AND PROMOTION OF SUSTAINABLE  
DEVELOPMENT

Clodomiro Bannwart\*  
Cinthia Terasaca\*\*

**Resumo:** O presente trabalho parte do pressuposto de que o Estado deve atuar para minorar os problemas ambientais por meio da institucionalização de políticas que contribuam, em consonância com a economia, na efetivação da sustentabilidade. Diante de mecanismos fracassados visando o desenvolvimento limpo, a proposta é a implementação de um tributo, com caráter extrafiscal, a incidir sobre a emissão de carbono, de maneira a promover o desenvolvimento sustentável.

**Palavras-chave:** Sustentabilidade; Estado; Economia.

**Abstract:** The current work starts from the premise that State should act to reduce environmental problems by institutionalizing policies to contribute, altogether with economy, for sustainability. Before failed mechanisms for clean development, the proposal is the implementation of a tax, with non-fiscal meanings, on carbon emissions, for the promotion of sustainable development.

**Keywords:** Sustainability; State; Economy.

\* Professor do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Pós-doutorando em Filosofia do Direito, como pesquisador visitante, na Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP (Bolsista CNPq). cbanwart@hotmail.com

\*\* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. cinthia\_terasaca@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O artigo se prestará a realizar uma análise conjuntativa da economia e da ecologia, de modo a demonstrar que tais conceitos não se excluem e, ademais auxiliam na promoção do desenvolvimento sustentável, tratando-se, especificamente, dos impostos sobre emissão de carbono.

A análise demonstrará como a intervenção do Estado sobre a ordem econômica pode ser realizada de forma a tutelar o meio ambiente, implementando impostos capazes de incidir sobre a emissão de gases poluentes e como este controle pode contribuir na diminuição desta forma de poluição. A defesa de intervenção do Estado acolhe respaldo na compreensão de que os problemas de estofamento social “só podem ser realmente minorados por meio da institucionalização de políticas que encontram no Estado seu agente. [...] O Estado é a única instituição que garante o estabelecimento de processos gerais capazes de submeter toda a extensão da sociedade”<sup>1</sup>.

O trabalho se concentrará na emissão do gás carbônico, uma vez que este representa o poluente mais produzido pelas empresas, dentre os demais gases que contribuem para o efeito estufa. Apenas para mencionar alguns dados, verifica-se que no Japão 90% dos gases do efeito estufa (GEE) tratam de CO<sub>2</sub> lançados na atmosfera em decorrência da utilização de energia.<sup>2</sup> Já nos Estados Unidos, trata-se de 84% das emissões dos GEE.<sup>3</sup>

Busca-se, pois, demonstrar a efetividade que o referido imposto pode alcançar, de maneira que não somente desestimule a produção de CO<sub>2</sub>, mas amplie a busca por tecnologias mais limpas, visando o pleno desenvolvimento sustentável.

Para o desenvolvimento do tema proposto, insta de início apresentar alguns modelos criados na tentativa de reduzir a emissão de gases de efeito estufa na atmosfera, tais como o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo e os créditos de carbono, tentativas que, conforme serão demonstradas, não alcançaram os objetivos esperados.

<sup>1</sup> SAFATLE, Vladimir. *A esquerda que não teme dizer seu nome*. São Paulo: Editora Três Estrelas, 2012, p. 23.

<sup>2</sup> JAPÃO. Ministry of the Environment. *Details on the carbon tax*. Disponível em: <[http://www.env.go.jp/en/policy/tax/env-tax/20121001a\\_dct.pdf](http://www.env.go.jp/en/policy/tax/env-tax/20121001a_dct.pdf)>. Acesso em 02/08/2013.

<sup>3</sup> ESTADOS UNIDOS. United States Environmental Protection Agency. *Overview of greenhouse gases*. Disponível em: <<http://www.epa.gov/climatechange/ghgemissions/gases.html>>. Acesso em 02/08/2013.

## 1 MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO LIMPO DO PROTOCOLO DE KYOTO

A questão da redução de emissão de dióxido de carbono encontrou expressiva representação do Protocolo de Kyoto, que definiu metas de emissão de carbono aos países do Anexo I deste Protocolo.<sup>4</sup>

Desenvolveu-se também três mecanismos adicionais de implementação em complementação às demais estratégias de redução de emissão de gases que causam o efeito estufa, sendo eles o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), a Implementação Conjunta e o Comércio de Emissões.

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo está previsto no art. 12 do Protocolo de Kyoto e possui como objetivo oportunizar às partes que não fazem parte do Anexo I do Protocolo de Kyoto a participação em projetos que resultem em Redução Certificada de Emissões, que, por sua vez, podem ser utilizadas pelos países do Anexo I para contribuir com parte de seus compromissos de limitação e redução de emissões.

O mecanismo em questão permite que um país do Anexo I adquira Reduções Certificadas de Emissões geradas por países em desenvolvimento, na forma de ativo financeiro, transacionável, de modo que o projeto iniciado pelo país em desenvolvimento acarrete a redução de emissão de dióxido de carbono, como meio de cumprir parte do que foi estabelecido no âmbito do Protocolo. A título de demonstração, destaca-se que uma unidade desta Redução Certificada de Emissão equivale a um crédito de carbono e a uma tonelada de dióxido de carbono.<sup>5</sup>

As Implementações Conjuntas, previstas no art. 6º do Protocolo de Kyoto, também tratam da possibilidade de transferência ou aquisição de unidades de redução de emissões resultante de projetos visando a redução das emissões antrópicas, com a cooperação entre países.

O Comércio de Emissões, por sua vez, art. 17 do Protocolo, trata do comércio de crédito de carbono, possibilitando ao país que, tendo conquistado

<sup>4</sup> Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Bulgária, Canadá, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estados Unidos da América, Estônia, Federação Russa, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Letônia, Liechtenstein, Luxemburgo, Mônaco, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, República Checa, Romênia, Suécia e Suíça. (BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Disponível em: <[http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/28821/Anexo\\_B\\_\\_\\_Compromissos\\_quantificados\\_de\\_limitacao\\_ou\\_reducao\\_de\\_emissoes\\_por\\_Parte.html](http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/28821/Anexo_B___Compromissos_quantificados_de_limitacao_ou_reducao_de_emissoes_por_Parte.html)>. Acesso em 02/08/2013).

<sup>5</sup> FRONDIZI, Francisco de Rezende Lopes. *O mecanismo de Desenvolvimento Limpo*. In: Frondizi, Isaura de Maria Rezende Lopes (Coord.). Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio. p. 23.

Certificações de Redução de Emissão, possa negociá-los, de forma que um país do Anexo I que não consiga reduzir sua emissão, compre tais certificados para cumprir suas obrigações.<sup>6</sup>

Assim, as quantidades relativas a redução de emissões de GEE atribuídas às atividades de um projeto resultam, nas já comentadas Reduções Certificadas de Emissões (RCE), que são mensuradas em tonelada métrica de CO<sub>2</sub>. Estas RCE são utilizadas pelos países industrializados para cumprir com suas metas de redução, podendo comercializar estes certificados. As RCE podem ser definidas como os chamados créditos de carbono.<sup>7</sup>

Existe um método obrigatório que precisa ser seguido no processo de MDL. Inicialmente, existem os requisitos de exigibilidade, condições impostas pelo art. 12.5 do Protocolo<sup>8</sup> para que o pretense projeto de MDL possa ser elevado a tal categoria, sendo a participação voluntária aprovada por cada parte envolvida; benefícios reais, mensuráveis e de longo prazo, relacionados com a mitigação do clima e reduções de emissões que sejam adicionais às que ocorreriam na ausência da atividade certificada de projeto.

Por outro lado, para que um projeto emita um RCE deve cumprir um ciclo de etapas, passando pela elaboração do Documento de Concepção do Projeto (DCP), até a validação, aprovação, registro, monitoramento, verificação e emissão. Assim, vencidas as etapas, o Conselho Executivo tem a certeza de que as reduções de emissões de GEE foram reais e efetivas, ficando o projeto apto a receber as RCE. Fica, assim, o ciclo do MDL materializado, sendo o mercado de carbono abastecido.<sup>9</sup>

Existe, contudo, um dissenso entre os pesquisadores e cientistas com relação à eficácia do mercado de carbono para a redução de emissão dos gases do efeito estufa.

<sup>6</sup> BRASIL. Governo do Estado. *Meio Ambiente*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/meio-ambiente/climas/credito-carbono>>. Acesso em: 02/08/2013.

<sup>7</sup> BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (orgs). *A efetividade do Direito Internacional Ambiental*. Brasília: UNICEUB-UNITAR, 2009. p. 275.

<sup>8</sup> 12.5. As reduções de emissões resultantes de cada atividade de projeto devem ser certificadas por entidades operacionais a serem designadas pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo, com base em:

(a) Participação voluntária aprovada por cada Parte envolvida;

(b) Benefícios reais, mensuráveis e de longo prazo relacionados com a mitigação da mudança do clima, e

(c) Reduções de emissões que sejam adicionais as que ocorreriam na ausência da atividade certificada de projeto. (BRASIL. Governo do Estado. *Protocolo de Quioto*. Disponível em: <[http://www.mct.gov.br/upd\\_blob/0012/12425.pdf](http://www.mct.gov.br/upd_blob/0012/12425.pdf)>. (Acesso em: 06/08/2013)

<sup>9</sup> BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias. op. cit., p. 276-280.



Inicialmente, deve-se observar a queda abrupta do valor do crédito de carbono na Europa. Em 2005 foi criado um Esquema de Troca de Emissões (ETS). Ocorre que não foi realizado pelos Estados um estudo para medir as emissões de gases de efeito estufa advindos das indústrias. A cada empresa foi permitido realizar suas próprias projeções e a atribuição de licenças foi baseada nestas estimativas, o que levou à estimativas de emissões supervalorizadas por alguns setores. Assim, a recessão experimentada pela Europa, combinada com a queda nas atividades industriais e o sucesso de outras políticas de redução das emissões dos GEE acabaram por reduzir tão drasticamente o valor do crédito de carbono a um ponto em que não estimulavam o uso de tecnologia verde (pois as empresas preferiam poluir e comprar os créditos de carbono ao invés de usar uma forma de tecnologia mais limpa).<sup>10</sup>

Existe também o entendimento de que com o comércio de crédito de carbono, as empresas mais poluentes, se aproveitando de um excesso de permissões de emissão gratuitas assim como créditos baratos advindos de países situados ao sul, não têm quase obrigação de diminuir suas emissões de gases poluentes, existindo estimativas de que entre 1/3 a 2/3 dos créditos de carbono comprados ao ETS não representam reduções reais, sendo estas atribuídas, após o ano de 2008, principalmente, à crise financeira, como dito anteriormente.<sup>11</sup>

A exemplo, o projeto de gás GFL no Gujarat, Índia, tem sido um dos maiores produtores de créditos de carbono do mundo, vendendo-os a muitas das maiores empresas poluidoras da União Europeia. O GFL lucrou muito com o MDL e as fábricas poluentes obtiveram uma forma barata de se isentar de suas responsabilidades com relação à diminuição da poluição produzida, sem, na realidade, utilizar-se de uma tecnologia limpa. A comissária da Ação Climática da União Europeia, Connie Hedegaard, já admitiu que tais projetos possuem uma “total falta de integridade ambiental”.<sup>12</sup>

Finalmente, outra crítica comum é de que falta transparência ao mercado de carbono, o que dá margem a corrupção e desvio de dinheiro. Ocorre que o dinheiro que advém deste mercado passa por diversos atores, tais como

<sup>10</sup> LAKE, Katherine. *Learning from Europe's carbon price crash*. 2013. Disponível em: <<http://theconversation.com/learning-from-europes-carbon-price-crash-we-need-a-carbon-bank-13860>>. Acesso em: 03/08/2013.

<sup>11</sup> ANGUS, Ian. *Carbon trading has failed: scrap the ETS now*. 2013. Disponível em: <<http://climateandcapitalism.com/2013/02/08/carbon-trading-has-failed-scrap-the-ets-now/>>. Acesso em 03/08/2013.

<sup>12</sup> BÖHM, Steffen. *Why are carbon markets failing?* 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/sustainable-business/blog/why-are-carbon-markets-failing>>. Acesso em 03/08/2013.

consultores, agentes financeiros, corretores, pessoas que ganham a vida com este tipo de comércio.

Feitas estas considerações, passamos a uma breve análise do sistema econômico, de forma a se permitir a compreensão final da correlação e interdependência entre a economia, o meio ambiente e o Direito, para a elaboração da proposta de instituição de um imposto que incida sobre a emissão dos gases do efeito estufa, mais especificamente o carbono.

## 2 ANÁLISE DO SISTEMA ECONÔMICO

No que toca à temática, economia-ecologia, neste momento faz-se uma breve análise do sistema econômico de forma a possibilitar melhor compreensão acerca de sua relação, assim como das externalidades, de forma a esclarecer certos conceitos que serão utilizados adiante.

Sob a compreensão de que os recursos são escassos, entende-se que o verdadeiro custo de algo é do que se desiste para obtê-la. Esta noção, inclusive, traduz-se como um dos princípios da economia, podendo este ser denominado de “custo de oportunidade”.

O significado deste custo, por sua vez, possui influência nas decisões econômicas que se distinguem em decisões “ou... ou então” e decisões “quanto”. A exemplo dos tipos de decisões, pode-se citar como decisão “quanto”, “Quantas pizzas devemos pedir?”, enquanto em decisão “ou-ou então”, “Pedir pizza ou comida chinesa?”.

Para entender a decisão “quanto”, utiliza-se a abordagem chamada de análise marginal que implica comparar o benefício de empreender mais em determinada atividade, com o custo de continuar mais na atividade; tratando o primeiro de benefício marginal e o segundo de custo marginal.<sup>13</sup>

O custo marginal é o valor a mais que se paga pela produção quando se aumenta uma unidade adicional do bem ou serviço. Assim, se uma empresa produz dois copos de limonada por hora e seu custo total é de R\$3,80, seu custo total médio corresponde ao valor total dividido pela quantidade de copos produzidos, ou seja, R\$1,90. Existindo, contudo, custos variáveis (que ocorre quando a empresa modifica em uma unidade seu nível de produção), o custo variável médio será o custo variável dividido pela quantidade produzida. Assim, o custo total é a soma dos fixos e variáveis, sendo o custo marginal o aumento

<sup>13</sup> KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. Introdução à Economia. Tradução Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. P. 205.

do custo total em decorrência de aumento em uma unidade da quantidade produzida.<sup>14</sup>

O benefício marginal, por sua vez, é o benefício adicional de produzir uma unidade a mais de bem ou serviço. Ocorre que o valor do benefício diminui a cada acréscimo, eis que quanto maior a quantidade, menos dispostos estão os consumidores a pagar por um adicional.

Assim, segundo o princípio da análise marginal<sup>15</sup>, a quantidade ótima de uma atividade seria a quantidade em que o benefício marginal iguala o custo marginal.<sup>16</sup>

A teoria da análise marginal permite que se adentre na questão dos custos e benefícios da poluição, sem que seja necessário retornar aos conceitos já explanados anteriormente. Assim, tem-se a diferenciação de custo social marginal da poluição e benefício social marginal<sup>17</sup> da poluição.

Embora tenha sido utilizado o termo custo marginal como algo a ser suportado pela empresa somente, passamos a utilizá-lo para expressar o custo suportado pela sociedade em razão da unidade adicional de poluição lançada na atmosfera.

O custo social marginal da poluição é o custo adicional imposto à sociedade em seu conjunto por uma unidade adicional de poluição. Por exemplo, a chuva ácida prejudica os estoques de peixe, os cultivos e as florestas, e cada tonelada adicional de dióxido de enxofre liberada na atmosfera aumenta o dano.

O benefício social marginal da poluição – o ganho adicional para a sociedade de uma unidade adicional de poluição – pode parecer um conceito confuso.

<sup>14</sup> MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. p. 278.

<sup>15</sup> A título de exemplo, uma empresa que venda lápis de cor. Supondo que a caixa contenha seis lápis e o fabricante queira aumentar em um lápis. Seu benefício marginal pelo primeiro lápis adicional será de R\$4,30, enquanto o custo marginal será de R\$0,80, ocorrendo um ganho líquido de R\$3,50. A cada lápis acrescentado, o valor do benefício marginal diminui, permanecendo o custo marginal, diminuindo o ganho líquido. Chega-se em determinado momento em que ao acrescentar 05 lápis o produtor passa a ganhar R\$0,90 pelo lápis adicional, tendo um custo marginal de R\$0,80 e um ganho líquido de R\$0,10. Esta é a quantidade ótima da atividade. No caso, supondo que o custo do primeiro lápis seja de R\$4,30, do segundo de R\$2,50, do terceiro de R\$1,50, do quarto de R\$1,20 e do quinto de R\$0,90, o ganho líquido total considerando o custo marginal de R\$0,80 por lápis (não variante) será de R\$6,40. Por outro lado, a partir do momento em que o benefício marginal por lápis seja menor que o custo marginal, a exemplo R\$0,70 por lápis, existe uma perda de ganho líquido de R\$0,10, e um ganho total líquido de R\$6,30, o que não interessa ao fabricante.

<sup>16</sup> KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. op. cit., p. 207-209.

<sup>17</sup> Aqui, o benefício social marginal se diferencia do benefício marginal explicado anteriormente, eis que não se trata do benefício à empresa, mas benefício de se consumir um bem ou serviço.

O que pode ser bom sobre poluição? Contudo, evitar poluição exige o uso de recursos escassos que poderiam ser usados para produzir outros bens e serviços. Por exemplo, para reduzir a quantidade de dióxido de enxofre que elas emitem, as usinas elétricas precisam comprar carvão com baixo teor de enxofre, mais caro, ou instalar filtros especiais para remover o enxofre de suas emissões. Quanto mais dióxido de enxofre elas tiverem permissão de emitir, mais baixos serão esses custos extras. Suponha que possamos calcular quanto dinheiro a indústria de energia pouparia se lhe fosse permitido emitir uma tonelada adicional de dióxido de enxofre. Essa poupança é o benefício marginal para a sociedade de emitir uma tonelada extra de dióxido de enxofre.<sup>18</sup>

A exemplo, uma indústria de energia elétrica que emite dióxido de enxofre em decorrência da queima de carvão de alta concentração. Para reduzir as emissões pode ser alterado o tipo de combustível para seu funcionamento, ou instalados dispositivos para controle de poluição.

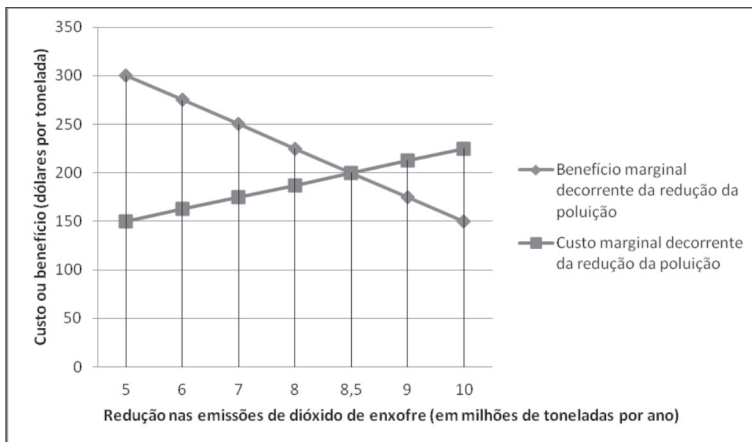
O benefício líquido, assim, decorrente da diminuição da poluição, é igual à diferença entre o benefício e o custo da redução da poluição, sendo necessário, para maximizar o benefício líquido para a sociedade, reduzir as emissões de dióxido de enxofre até o ponto em que o benefício marginal de outra tonelada de redução seja igual ao custo marginal.

É possível demonstrar que o benefício marginal, em decorrência da eliminação de mais de uma tonelada de dióxido de enxofre, diminui com a redução da emissão deste gás. A princípio, a afirmação pode soar estranha, contudo, para que se compreenda a afirmação e a figura adiante, deve ser considerado o que acontece sem nenhuma redução nas emissões de dióxido de enxofre.

Nesta situação, em muitos dias, o ar de diversas cidades do Brasil, principalmente São Paulo, estará repleto de *smog* (fumaça e neblina) e mesmo pessoas saudáveis poderão sofrer com problemas respiratórios. Contudo, se as emissões de enxofre forem reduzidas, o número de dias com *smog* diminuirá e as pessoas não mais terão problemas respiratórios. Finalmente, maior redução deixará de afetar mesmo as pessoas que sofrem com este problema (asmáticos, pessoas com bronquite, rinite etc.). Ocorre que reduções ainda maiores não trarão mais benefícios à população em geral, por outro lado, acarretarão no aumento do valor dos produtos desta empresa, baixando o poder de consumo da população, diminuindo, assim, o benefício social marginal.

<sup>18</sup> KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. op. cit., p. 377.

O seguinte gráfico demonstra o que se pretende discutir:



Assim, verifica-se que com o aumento na redução de poluição, o benefício marginal diminui e o custo marginal aumenta, sendo considerado volume de poluição economicamente eficiente quando o benefício marginal é igual ao custo marginal. A figura mostra que a redução economicamente eficiente de dióxido de enxofre é de 8,5 milhões de toneladas por ano; neste nível, o benefício e custo marginal são ambos de US\$200 por tonelada. Supondo que o alvo das emissões fosse de 7 milhões de toneladas, neste nível a última tonelada teria adicionado US\$250 aos benefícios recebidos pela sociedade, mas adicionou apenas US\$175 ao custo das indústrias, com um benefício líquido de US\$75 para a sociedade decorrente da redução dessa tonelada de poluição. Contudo, somente quando as emissões passarem para 8,5 milhões de toneladas por ano, o benefício marginal irá diminuir o suficiente e o custo marginal subir para que os dois sejam iguais. Agora, imaginando que o alvo da redução de emissão seja de 10 milhões de toneladas, a figura mostra que o benefício marginal caiu para apenas US\$150 por tonelada e o custo marginal subiu para US\$225 por tonelada. Assim, diminuiu o benefício líquido para a sociedade em US\$75 por tonelada, eis que a cada tonelada acima de 8,5 milhões diminui o benefício líquido para a sociedade.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> HUBBARD, R. Glenn; O'BRIEN, Anthony Patrick. *Introdução à Economia*. Tradução: Cristiane de Brito Andrei; Cristina Bazán; Rodrigo Sardenberg. 2. Ed. Atual. Porto Alegre: Bookman, 2010. p.199-200.

Assim, embora à primeira vista pareça o mais correto, do ponto de vista da proteção ao meio ambiente, a diminuição ao máximo possível da poluição, o ideal é que se encontre o nível economicamente eficiente de redução da emissão dos GEE, pois, a exemplo do gráfico, se o benefício marginal da redução das emissões de dióxido de enxofre for maior do que o custo marginal, novas reduções beneficiarão economicamente a sociedade. Mas se o custo marginal da redução das emissões for maior do que o benefício marginal, reduzir as emissões de dióxido de enxofre irá, na verdade, prejudicar economicamente a sociedade.<sup>20</sup>

Ocorre que a empresa, invariavelmente, não se preocupa com as emissões de poluição ou em reduzi-las (quando observada pelo sentido estritamente econômico em que se visa o lucro), assim em uma situação em que fosse livre para produzir, sem qualquer restrição, aumentaria a emissão de dióxido de enxofre de modo a diminuir suas despesas, aumentando, assim, seu lucro. Neste sentido, caso não exista intervenção do Estado ou qualquer outro tipo de controle da poluição e do nível de dióxido de enxofre a ser liberado, a tendência é que se aumente a produção de dióxido de enxofre, com cada vez maiores custos marginais sociais.

Neste sentido, o teorema de Coase sugere, no que tange às externalidades, caso exista um impasse entre dois agentes econômicos, a livre negociação entre estes levando a nível ótimo de emissão das externalidades.<sup>21</sup>

Coase entende pela liberalização do mercado, eliminando o Estado subvencionador e o Estado elevador de impostos. O pressuposto para esta solução seria um sistema global de direitos de propriedade dos sujeitos privados, buscando um acordo, para internalizarem os efeitos externos. Assim, o único papel do Estado seria de evitar o surgimento de externalidades que não

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> A exemplo, uma companhia pesqueira que possua direitos de exploração sobre um lago, nesse caso, a companhia pesqueira só permitira que uma indústria química atuasse se ela fosse compensada pela perda de seus lucros. Supondo que a primeira unidade de poluição provocasse um aumento no lucro da companhia química de US\$280 e uma redução no lucro da pesqueira em US\$10. Se a companhia química conseguisse convencer a pesqueira em comprar a emissão de uma unidade de poluição, em valor entre US\$10 e US\$280, teria aquela aumento de seu lucro. Assim, é de se esperar que a companhia química possua interesse em comprar o direito de emitir unidades de poluição em quantidade que a leve a um nível eficiente de poluição. No caso, por outro lado, de a companhia química ter o direito de emitir quanta poluição quiser, a companhia pesqueira tem o interesse de pagar à química para que reduza a emissão de poluição no lago. Assim, de acordo com o teorema de Coase, a livre negociação entre as partes, desde que os custos de transação sejam baixos ou inexistentes, levarão a uma solução eficiente ao problema das externalidades. (PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JUNIOR, Rudinei (Orgs.). *Manual de Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 532-533)

interessem a ninguém, garantindo a internalização dos efeitos externos pelos sujeitos do mercado.<sup>22</sup>

As falhas na teoria de Coase, contudo, demonstram-se a partir dos problemas relativos aos custos de transações, o comportamento *free-rider* e informações insuficientes relativas aos custos e benefícios associados às externalidades.

Quanto aos custos de transações, recursos empregados no processo de acordo, incluindo o tempo, custos com redação de contrato, advogados e monitoração; por vezes, pode-se chegar a valor tão expressivo que acaba por suplantar os benefícios líquidos decorrentes da redução da externalidade.

No que toca ao comportamento *free-rider*, este pode ser exemplificado por uma colaboração entre diversas companhias pesqueiras que façam acordo com uma indústria química, de forma a indenizá-la por unidade de poluição que deixar de dispensar em um determinado lago.

Assim, supondo que todas as companhias cooperem, será o valor da indenização rateado em partes iguais entre todas. Contudo, não raro, existe situação em que determinadas companhias pesqueiras se negam a participar do rateio, embora venham a se aproveitar da diminuição de poluição no lago em questão. A divisão no caso será realizada sem estas companhias, aumentando a cota parte de cada uma das empresas que colaborem na divisão. O comportamento em questão é chamado de *free-rider*, sendo a “carona”, na qual as empresas que não contribuem com o acordo firmado se aproveitam de seus benefícios sem, contudo, despender recursos financeiros, aumentando seu lucro de forma desproporcional àquelas que indenizam a indústria química pela redução de emissão de poluentes. Esta situação pode levar à inviabilização da cooperação, ou ao menos, à impossibilidade de que o acordo leve a empresa química a emitir apenas a quantidade máxima de poluentes, eis que o valor do acordo excederá às possibilidades das companhias pesqueiras cooperantes.<sup>23</sup>

As informações insuficientes dos custos e benefícios decorrentes relacionados às externalidades são necessárias para as soluções privadas, eis que o acordo somente ocorrerá quando estas forem fornecidas de forma eficiente, a exemplo quando todos os que sofrem com os efeitos da poluição tiverem acesso a informações sobre os custos da sua redução. A situação, especificamente no que toca à poluição, demonstra ser difícil de ser alcançada,

<sup>22</sup> DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 112.

<sup>23</sup> PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JUNIOR, Rudinei (Orgs.). op. cit., p. 534-535.

eis que, usualmente, este tipo de informação não está disponível à população em geral e aos seus consumidores.

Quando a livre negociação entre as partes não for suficiente para a resolução do problema, o governo deve agir de forma a garantir que o nível de emissão de poluentes seja eficiente. Um destes métodos consiste na chamada “Teoria de Pigou” ou “taxa pigouviana”.

Pigou chama de “deseconomias externas” os efeitos sociais negativos que advêm da produção e de “economias externas” aquelas que promovem o bem estar social. Ocorre que invariavelmente, as expedições em direção ao bem estar conduzem a erro. Assim, no caso da falha de mercado, com relação às externalidades, o Estado deveria introduzir um sistema de impostos e incentivos aplicáveis a cada uma destas situações, de forma a equilibrá-los novamente. Desse modo, no caso de “deseconomia externa” o Estado sancionaria a empresa com um imposto e no caso de “economias externas” o premiaria com incentivos. Dessa forma, eventual falha de mercado seria corrigida pelo Estado, agindo subsidiariamente com os custos dos efeitos externos.<sup>24</sup>

A taxa pigouviana, nome dado em homenagem ao economista A. Pigou, que primeiro sugeriu essa taxa, é um imposto sobre unidade de poluição emitida que deve igualar-se ao custo marginal social dessa poluição no nível ótimo de emissão. No nosso exemplo, a taxa pigouviana seria igual a \$100, por unidade emitida. A companhia química, ao defrontar-se com essa taxa, emitiria apenas as unidades de poluição que gerassem um aumento em seu lucro (benefício marginal) superior a essa taxa. Assim, ela emitiria apenas até a quarta unidade, uma vez que a quinta unidade gera um aumento em seu lucro de apenas \$60, o que não é suficiente para cobrir a taxa.

[...]

A taxa pigouviana pode ser adequada quando houver mais de um poluidor e quando a preocupação for garantir que a redução na poluição seja feita a um custo mínimo. Suponha, por exemplo, dois poluidores. Um deles pode reduzir sua poluição a um custo relativamente pequeno. O outro tem de arcar com pesadas reduções em seus lucros para cada unidade de poluição emitida a menos. Nesse caso, seria mais interessante impor uma redução maior de poluição àquele poluidor que pode fazê-lo a baixo custo. Isso é automaticamente conseguido com o mecanismo da taxa pigouviana. A firma que tiver alto custo para reduzir sua emissão de poluentes preferirá reduzir pouco essa emissão e arcar com o pagamento da taxa pigouviana para a quase totalidade de sua poluição original. Já uma firma que pode reduzir a

<sup>24</sup> DERANI, Cristiane. op. cit., p. 112.



poluição a baixo custo preferirá realizar grandes reduções em seus volumes de emissão. Assim, a taxa pigouviana minimiza o custo social da redução na poluição.

Outro ponto que pode ser levantado em favor da taxa pigouviana é o estímulo que esta gera para que as firmas busquem desenvolver tecnologias menos poluidoras. Isso ocorre porque, com a taxa pigouviana, a emissão de poluição passa a ter um custo e, evidentemente, toda firma gostaria de possuir tecnologias que reduzissem seus custos.<sup>25</sup>

As teorias, contudo, apóiam-se em um individualismo metodológico integrado por uma perspectiva econômica isolada, não havendo a devida contextualização. Sobretudo porque a proposta básica da economia ambiental e a valorização monetária da natureza são artificiosas, necessitando de amparo político e jurídico para atingir o fim almejado. Especificamente sobre a teoria de Pigou, o autor afirma que para rever os fins de produção, não basta ao Estado tampar as ineficiências do mercado, pois existe um grau ótimo de atuação estatal que, depois de ultrapassado, torna-o em máquina pesada e ineficiente. Quanto à teoria de Coase, determinando-se preço à natureza, esta fica privatizada e a disponibilidade de o particular possuir o recurso natural contém o atributo da possibilidade de pagar. A crítica é no sentido de que, dessa forma, os recursos naturais serão possuídos por parcela cada vez mais escassa da população e o aumento de um preço essencialmente poluidor não fará com que seu consumo seja reduzido, somente trará a frustração de aumento do valor do produto, tornando-se o mercado um oligopólio de grandes grupos que estarão dispostos a pagar mais com a finalidade de diminuir a concorrência.<sup>26</sup>

Contudo, os economistas costumam preferir os impostos corretivos (taxa pigouviana) à regulamentação e à teoria de Coase, uma vez que os impostos poderiam reduzir a poluição a um custo menor para a sociedade.

A regulamentação em questão trata da atuação do governo no sentido de determinar os comportamentos das empresas, tornando obrigatórias ou proibidas algumas ações. A crítica é no sentido de que é impossível proibir todas as atividades poluidoras, eis que qualquer atividade produz, em algum nível, poluição.

A exemplo tem-se uma fábrica de papel e uma de aço. Supondo que ambas as fábricas estejam despejando 500 toneladas de lixo no rio, por ano,

<sup>25</sup> PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JUNIOR, Rudinei (Orgs.). op. cit., p. 587-588.

<sup>26</sup> DERANI, Cristiane. op. cit., p. 113-117.

considera-se duas situações: em uma é determinada que cada fábrica reduza suas poluições em 300 toneladas por ano (regulamentação) e em outra a cada tonelada de poluição emitida é tributado US\$50.000,00. Embora os economistas concordem que nos dois casos a poluição será reduzida, a opinião é de que os impostos corretores o farão de modo mais eficiente. Ocorre que enquanto na regulamentação, a partir do momento que as fábricas reduzirem suas emissões a 300 toneladas por ano, atingirão sua meta e não terão interesse em reduzir as emissões ainda mais, por outro lado, com os impostos corretores a situação fica mais equilibrada, pois é possível que a fábrica de papel consiga reduzir suas emissões a menor custo, podendo reduzi-la a quantidade ainda menor do que 300 toneladas no ano; enquanto, caso à fábrica de papel seja mais dispendioso diminuir a poluição, sua diminuição seria menor, pagando, por outro lado, o imposto.<sup>27</sup>

A idéia a ser abordada a seguir, portanto, trata-se de análise mais moderna acerca da taxa pigouviana, trazendo-a à realidade atual, no que concerne aos receios alusivos ao efeito estufa e ao aquecimento global.

### 3 IMPOSTO SOBRE EMISSÃO DE CARBONO

Deve-se ressaltar que a ideia de instituição de um imposto sobre a emissão de carbono tem como objetivo principal instigar a empresa a buscar meios alternativos de produção, com o uso de tecnologia limpa, de forma que consiga obter um desenvolvimento sustentável, não possuindo o tributo fins meramente arrecadatários.

De início, cabe destacar o conceito de tributo, com a finalidade de introdução do tema.

Tributo é certa quantia em dinheiro que os contribuintes (pessoas físicas ou jurídicas) são obrigados a pagar ao Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) quando praticam certos fatos geradores previstos pelas leis tributárias. Representa ele o ponto central do direito tributário.<sup>28</sup>

No Brasil não há que se falar em poder tributário, mas em competência tributária, determinada pelas normas constitucionais. Ocorre que a força

<sup>27</sup> MANKIW, N. Gregory. op. cit., p. 202.

<sup>28</sup> CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*: fundamentos constitucionais da tributação. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 6.

tributante não atua livremente, encontrando limites no direito positivo. A competência tributária é a aptidão para criar tributos, sendo, por conseguinte, os tributos criados por lei ordinária, usualmente (conforme art. 150, I da CF).<sup>29</sup>

Neste momento, insta realizar a diferenciação entre impostos, taxas e as contribuições, todos eles espécies do gênero tributo.

O imposto, definido pelo art. 16 do Código Tributário Nacional,<sup>30</sup> é um tributo não vinculado, possuindo como fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relacionada ao agir ou ao ter do contribuinte (ex.: uma pessoa que aufera renda líquida pagará imposto de renda, uma pessoa que possua um imóvel pagará IPTU etc.) e inteiramente alheia ao agir do Estado.<sup>31</sup>

As taxas e as contribuições de melhoria, por sua vez, são tributos vinculados. As taxas se caracterizam por apresentar, na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de uma atividade estatal, direta e especificadamente dirigida ao contribuinte, podendo ser cobrada pela prestação de serviços públicos ou em razão do exercício do poder de polícia. A contribuição de melhoria, por sua vez, leva em conta a realização de uma obra pública que, uma vez concretizada, determine a valorização dos imóveis circunvizinhos. As demais contribuições (chamadas de paraestatais, sociais ou de previdência) podem assumir a feição de impostos ou taxas.<sup>32</sup>

O tributo pode representar diversos valores finalísticos, tais como a fiscalidade e extrafiscalidade. Fala-se em fiscalidade quando a organização jurídica do tributo denuncie que os objetivos que presidiram sua instituição estejam voltados, principalmente, ao abastecimento dos cofres públicos; a extrafiscalidade se demonstra quando o legislador, por meio dos tributos, procura atingir a fins que vão além dos meramente arrecadatórios, buscando prestigiar certas situações tidas como sociais, políticas ou economicamente valiosas.<sup>33</sup>

Assim explica Paulo de Barros Carvalho:

Consistindo a extrafiscalidade no emprego de fórmulas jurídico-tributárias para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente

<sup>29</sup> CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 511-513.

<sup>30</sup> Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

<sup>31</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 296-297

<sup>32</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 39-41.

<sup>33</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit., p. 286-287.

arrecadatórios de recursos monetários, o regime que há de dirigir tal atividade não poderia deixar de ser aquele próprio das exações tributárias. Significa, portanto, que, ao construir suas pretensões extrafiscais, deverá o legislador pautar-se, inteiramente, dentro dos parâmetros constitucionais, observando as limitações de sua competência impositiva e os princípios superiores que regem a matéria, assim os expressos que os implícitos. Não tem cabimento aludir-se a regime especial, visto que o instrumento jurídico utilizado é invariavelmente o mesmo, modificando-se tão somente a finalidade de seu manejo.<sup>34</sup>

A modulação da conduta humana por meio da tributação deve obedecer aos ditames constitucionais, não devendo estimular ou desencorajar qualquer conduta por este meio, mas somente aquelas que visem o cumprimento de princípios, valores e direitos constitucionais, de forma a gerar uma situação mais justa e equânime entre todos os agentes sociais.

Assim, quanto ao meio ambiente, a possibilidade de se utilizar o tributo como instrumento de sua proteção está relacionada à aplicação da extrafiscalidade tributária, pois, ao instituir tributos ambientais, é induzido o comportamento dos sujeitos passivos, visando à proteção do ecossistema.

Neste sentido, existe uma proposta considerada e adotada por alguns países como solução adequada ao desestímulo a emissões cada vez maiores de dióxido de carbono na atmosfera. A solução seria o imposto sobre emissão de carbono, que tem como finalidade não a arrecadação aos cofres públicos, mas de coibir a emissão indiscriminada pelas empresas dos gases de efeito estufa (GEE), mais especificamente, dióxido de carbono, sendo um tributo que se prestará à finalidade extrafiscal.

Assim, o que pretendem os impostos sobre a emissão de carbono é internalizar as externalidades decorrentes desta poluição. As atividades que resultam na emissão de carbono são relativamente baratas, pois não se consideram os custos marginais, impostos à sociedade e às gerações futuras, associados a este tipo de produção.

A tributação, portanto, aliada à noção de responsabilidade social, força as empresas a considerar as consequências advindas da emissão, com reflexos em perda patrimonial (pagamento de impostos mais altos em decorrência de emissões desmedidas) e de credibilidade quanto a seus consumidores (que, cada vez mais, condenam as empresas mais poluentes por não buscarem alternativas sustentáveis de produção), fazendo com que financiem e se utilizem

<sup>34</sup> Ibid. p. 288.

de tecnologias mais modernas e menos poluentes para que a quantidade de sua produção não seja comprometida, concretizando, assim, o desenvolvimento sustentável.

A utilização dos tributos sobre as emissões de carbono, embora não seja tema novo (eis que Pigou, por meio de suas taxas pigouvianas já havia lançado o tema) ainda encontra pouca repercussão e adoção pelo mundo<sup>35</sup>.

Tampouco os Estados Unidos da América ou o restante do mundo faz algum uso significativo de tributação explícita ao carbono. Existem, atualmente, apenas seis países taxando o carbono desta forma (cinco países escandinavos e a Inglaterra). Existe, contudo, uma vasta variedade de tributos que incidem sobre ou subsidiam a energia (assim como uma grande variedade de regimes regulatórios para outros gases do efeito estufa). Embora não seja destinado a estabelecer um preço uniforme para o carbono para diferentes tipos de energia, estas taxas e subsídios irão, sem dúvida alguma, afetar as emissões de carbono. Uma pesquisa sobre tributação em energia em doze países demonstrou que, desde 2000, a maior parte das tributações sobre energia têm recaído sobre a gasolina e o diesel, com pouca tributação sobre o carvão e o gás natural.<sup>36</sup>

Insta ressaltar que o tributo jamais possuirá a forma de sanção de alguma atividade, eis que somente se aplica no âmbito dos negócios lícitos, sendo certo que uma prestação pecuniária que se constitua como sanção de ato ilícito será a multa e não um tributo.

A esta afirmação não corresponde dizer, contudo, que o Direito Tributário não consagre nenhum valor, mas que a função do imposto não é de sancionar algo, ou de penalizar. Fica, portanto, impróprio e errado pretender sancionar atividades mais poluidoras com tributos mais pesados, o que não significa que não se possa tributar diferenciada (e consequentemente mais pesadamente)

<sup>35</sup> Adiante, o tema encontra maior repercussão.

<sup>36</sup> Tradução livre: Neither the United States nor the rest of the world makes any significant use of taxes explicitly on carbon. There are currently only six countries explicitly taxing carbon (five Scandinavian countries and the United Kingdom). There are, however, a wide variety of taxes on, and subsidies for, energy (as well as a wide variety of regulatory regimes for other GHGs). Although not designed to set a uniform price for carbon across different types of energy, these taxes and subsidies will undoubtedly affect carbon emissions. A survey of energy taxes in twelve countries revealed that, as of 2000, the vast majority of energy taxes are on gasoline and diesel fuel, with very few taxes on coal and natural gas. (METCALF, Gilbert E.; WEISBACH, David. *The design of a carbon tax*. 2009. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/students/orgs/elr/vol33\\_2/Metcalf%20Weisbach.pdf?referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fstart%3D10%26q%3Dcarbon%2Btax%26hl%3Dpt-PT%26as\\_sdt%3D0%2C5#search=%22carbon%20tax%22p.>](http://www.law.harvard.edu/students/orgs/elr/vol33_2/Metcalf%20Weisbach.pdf?referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fstart%3D10%26q%3Dcarbon%2Btax%26hl%3Dpt-PT%26as_sdt%3D0%2C5#search=%22carbon%20tax%22p.>). Acesso em: 05/08/2013. p. 508.)

uma atividade nociva ao meio ambiente, tendo que a tributação ambientalmente orientada respeitar a estrutura e regras próprias do tributo.<sup>37</sup>

Dessa forma, o imposto sobre emissão de carbono poderá<sup>38</sup> ser progressivo de acordo com a quantidade de emissões geradas por uma determinada empresa, podendo-se utilizar modelo semelhante à progressividade do IPTU, ou estático, incidindo sobre cada tonelada adicional de carbono, que ultrapasse o nível ótimo, por exemplo.

Progressivos são os tributos cuja alíquota aumenta na medida em que cresce o valor da matéria tributável. Explica o autor Roque Antônio Carraza que não fere o princípio da capacidade contributiva a lei impositiva que levar em conta a aptidão abstrata de suportar a carga financeira, exemplificando que um contribuinte não poderá obter proteção judicial demonstrando que, embora seja proprietário de um imóvel luxuoso, por suas condições pessoais, não possa suportar o IPTU lançado. Uma vez que a capacidade contributiva é objetiva, terá que pagar o imposto ou será executado.<sup>39</sup>

Neste sentido, maior emissão de carbono enseja na presunção lógica de que esta (empresa) possui maior capacidade contributiva, diante de sua produção que se supõe superior a uma empresa que emita menos carbono. Embora esta correlação não seja verdadeira em muitos casos, eis que muitas empresas poderão ter grande porte e grande poderio econômico, contudo diminuindo sua emissão de carbono por meio de sistemas sustentáveis, o tributo estará atingindo sua meta extrafiscal que será a diminuição de liberação deste componente na atmosfera.

Assim, da mesma forma que uma pessoa pobre que receba um automóvel importado de presente não deve ter diminuído o valor a recolher a título de IPVA (não podendo ser dispensada do pagamento por falta de capacidade contributiva), uma empresa menor deve recolher o mesmo valor de imposto sobre emissão de carbono quanto outra com maior capacidade contributiva que emita a mesma quantidade de carbono no meio ambiente.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> FERRAZ, Roberto. Tributação Ambientalmente Orientada e as Espécies Tributáveis no Brasil. In: TÓRRES, Helene Taveira (Org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 340, 341.

<sup>38</sup> Ressalta-se que não se defende a utilização de um imposto progressivo sobre a emissão de carbono, sendo somente apontado como uma alternativa viável a ser utilizada.

<sup>39</sup> CARRAZA, Roque Antonio. op. cit., p. 101.

<sup>40</sup> As considerações fazem uso extremamente objetivo e literal do imposto, sendo certo que a tributação sobre o carbono deverá observar as especificidades de cada empresa, não devendo uma empresa pesqueira ser tributada da mesma forma que uma indústria de produção de móveis, podendo haver casos, contudo, em que empresas de maior porte e menor porte se submetam ao mesmo nível e quantidade de redução de emissão de gás carbônico, conforme apontado.

Tais considerações podem não parecer justas; contudo, este é o modelo brasileiro que vem sendo adotado, sendo certo, por outro lado, que o legislador deve, enquanto descreve a norma jurídica instituidora dos impostos de caráter pessoal se atentar às desigualdades próprias das diferentes categorias de contribuintes levando em conta as especificidades de cada um, capacidade contributiva subjetiva, podendo também o Poder Judiciário, ao aplicar a lei que criou este tipo de imposto levar em conta tais desigualdades, controlando o princípio da capacidade contributiva em cada caso concreto.<sup>41</sup>

Importante ressaltar que a tributação sobre as emissões deverá ser realizada por meio de impostos e não taxas, contribuições públicas ou contribuições de intervenção no domínio econômico. Ocorre que as contribuições de intervenção no domínio econômico tratam de tributos que são criados para custear as ações destinadas a normatizar, fiscalizar, incentivar e planejar, conforme disciplina o art. 174 da CF. Por meios delas, a União direciona os contribuintes a certos comportamentos úteis ao interesse coletivo que, embora sejam utilizados como instrumento de extrafiscalidade, possuem como fim precípua carrear recursos para a União, a fim de que este ente tenha os meios necessários para custear sua intervenção no domínio econômico. Estas somente podem atingir delimitados setores da atividade econômica, como dos exportadores de café, dos que exploram a navegação mercantil, que se dedicam à exploração de recursos minerais etc., sendo seu sujeito passivo as pessoas diretamente envolvidas com a exploração da atividade econômica que se deseja regular. O produto da arrecadação destas contribuições deverá ser aplicado apenas em benefício das atividades desenvolvidas por estas pessoas e não por terceiros.<sup>42</sup>

O modelo que se propõe, é a utilização do imposto, tributo não vinculado, conforme já ressaltado anteriormente, a incidir sobre a emissão de CO<sub>2</sub> na atmosfera, não sendo necessário que o valor da arrecadação, contudo, seja direcionado à tutela e recomposição do meio ambiente degradado, tão somente, mas também a amparar os trabalhadores que forem afetados pelo aumento nos custos da empresa decorrente dos impostos, assim como reduzir o valor das contribuições pagas pela população ou custear a seguridade social.

Existem três problemas principais sobre a questão da tributação sobre a emissão de carbono. A primeira trata do valor do tributo, a segunda da base tributável e a terceira é relativa ao comércio internacional.

<sup>41</sup> CARRAZA, Roque Antonio. op. cit., p. 101-102.

<sup>42</sup> Ibid., p. 628-636.

O valor do tributo não pode ser estático, obviamente devendo acompanhar a correção monetária, inflação, devendo variar na medida em que novas informações e estudos (que advêm com o tempo) permitam tirar conclusões sobre os custos e benefícios da redução de emissão. No que toca à base tributável, discute-se como cada tipo de emissão seria tributada e o terceiro problema trata de estabelecer um método para que não ocorra a mudança de empresas a países que não possuam mecanismo de impostos sobre o CO<sub>2</sub>.

Assim, o valor do tributo deverá ser alcançado após um estudo em que se possa quantificar o valor desta poluição, considerando os males causados à população, ao meio ambiente, às empresas que são prejudicadas pela atividade (a exemplo da empresa pesqueira e da fábrica já demonstrado anteriormente), sendo este um trabalho conjunto a ser realizado por economistas, ambientalistas, profissionais da saúde e do direito. O valor não poderá ser excessivamente alto, uma vez que o objetivo não é frear o desenvolvimento da empresa, mas que esta implemente um desenvolvimento sustentável.

Quanto à base tributável, existem diversos ramos de atuação das empresas que devem ser tributadas de forma diferente, sendo certo que uma fábrica de papel, uma indústria cuja produção dependa da queima de carvão e uma microempresa, produzem e emitem carbono em níveis diferentes, devendo ter considerados os fatores individuais de cada um destes para que se encontre o valor do tributo.

No que toca ao método para que as empresas não migrem a outros países com leis mais brandas e ausência de imposto sobre o carbono, a solução não é simples, podendo existir alguma forma de incentivo por parte do governo para que garanta sua permanência no país (incentivo que também não deve se igualar ou abrandar por demais os custos decorrentes da implementação do imposto, pois, dessa forma, estar-se-á anulando um em favor de outro), sendo certo que a solução mais eficaz, no caso, seria a adoção do imposto a nível mundial (claro, devendo-se observar o poderio econômico do Estado para que não comprometa seu desenvolvimento).

Os problemas não são de fácil solução, o que, por outro lado, não inviabiliza ou retira a eficácia dos impostos sobre a emissão de carbono, servindo apenas para demonstrar que a implementação deste tributo não pode ocorrer de forma precipitada ou sem maiores ponderações acerca de seus efeitos e consequências.

O produto da arrecadação, por outro lado, não deverá ser utilizado para, somente, implementar ações de reflorestamento, mitigação dos danos ambientais



causados ou qualquer outra atuação que envolva o meio ambiente, conforme já mencionado anteriormente.

Ocorre que a própria tributação sobre o carbono reduzirá sua emissão, podendo, assim, ser a receita oriunda do imposto ser aplicada de forma a reduzir outras contribuições ou custear a seguridade social.

Conforme estudos realizados pela União Europeia e Estados Unidos, o PIB pode ser aumentado pela aplicação das receitas oriundas da tributação ambiental, na diminuição da tributação sobre os ganhos de capital ou na redução das contribuições do seguro social pago pelos empregados.<sup>43</sup>

O imposto sobre a emissão de carbono irá encarecer os produtos das grandes empresas taxadas, diminuindo o poder de compra da população geral. Como consequência, estas mesmas fábricas, inevitavelmente, terão de dispensar parcela da mão de obra (em razão do aumento nos custos, causado pelo tributo), sendo certo, portanto, que a receita que advém desta tributação não deverá se reverter para a proteção do meio ambiente, somente, mas de forma a internalizar as consequências citadas.

O objetivo deste artigo, contudo, não é esmiuçar ou pretender determinar a posição do governo sobre o assunto (uma vez que as considerações demandariam um estudo mais aprofundado sobre as consequências decorrentes da tributação, assim como o monitoramento de seus resultados e seus efeitos na economia), de forma a defender um posicionamento sobre qual deve ser a destinação da receita advinda do imposto sobre emissão de carbono, sendo certo, contudo, que este não deve possuir fim simplesmente arrecadatório, mas extrafiscal.

Destaca-se, a título de ilustração, um estudo realizado na USP, em que foi feita a simulação dos impactos da implementação de impostos sobre a emissão de carbono na economia brasileira, sendo utilizado um modelo de aplicação de um valor específico de US\$20 por tonelada de CO<sub>2</sub>, inserido a partir do ano 2015, vigorando até 2050, considerando um aumento de 4% ao ano no preço da tonelada de carbono a partir do primeiro ano de imposição; destacando-se, ainda, que os resultados devem ser lidos como desvios em relação a uma trajetória da economia brasileira na qual a taxa não ocorresse.<sup>44</sup>

A tabela a seguir demonstra a variação do PIB em decorrência da implementação do imposto sobre emissão de carbono no Brasil:

<sup>43</sup> FERRAZ, Roberto. op. cit., p. 632.

<sup>44</sup> SILVA, Jonathan Gonçalves da; GURGEL, Angelo Costa. *Impactos de Impostos às Emissões de Carbono na Economia Brasileira*. 2010. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/000-e592f370f8d1e0301d3ff23e801c478a.pdf>>. Acesso em: 07/08/2013.

Ano	Cenário de referência	Cenário com a política	PIB
2004	33,79	33,79	0,0
2005	39,99	39,99	0,0
2010	49,91	49,91	0,0
2015	58,37	58,17	-0,35
2020	66,81	66,5	-0,46
2025	76,18	75,7	-0,62
2030	86,53	85,73	-0,92
2035	99,43	96,64	-2,80
2040	111,03	107,12	-3,53
2045	123,92	117,47	-5,20
2050	137,65	129,28	-6,08

Fonte: Resultados da pesquisa

Inicialmente, percebe-se que nos primeiros anos o PIB brasileiro se manteve igual, diminuindo levemente, o que demonstra que os sacrifícios econômicos decorrentes da implementação do imposto foram relativamente pequenos.

A tabela seguinte demonstra a variação na redução de emissão de CO<sub>2</sub> durante os mesmo anos já visualizados:

Ano	Cenário de referência	Cenário com a política	Varição (%)
2004	995,36	995,36	0,0
2005	1024,11	1024,11	0,0
2010	1101,56	1101,56	0,0
2015	1138,78	1238,84	-8,08
2020	1140,15	1259,01	-9,44
2025	1167,15	1318,62	-11,49
2030	1028,86	1362,57	-24,49
2035	929,45	1373,24	-32,32
2040	852,4	1394,22	-38,86
2045	776,03	1431,81	-45,80
2050	701,99	1467,59	-6,08

Fonte: Resultados da pesquisa

Percebe-se que nos anos iniciais não há mudança significativa na variação de emissão de carbono, contudo, ao final do período a diminuição atinge níveis elevados, o que é explicado pelos pesquisadores como resultado causado pelo aumento gradativo do preço do carbono, o qual cresce a uma taxa de 4% ao ano.

A conclusão a que chegam os pesquisadores, finalmente, é positiva, no sentido de que a implementação do imposto ao carbono, apesar de ter causado um decréscimo no PIB (atingindo pico de 6% no último ano simulado), causou um impacto econômico pequeno quando consideradas as reduções de 52% das emissões de carbono derivadas do uso de energia.

O fato pode ser explicado pela composição da matriz energética brasileira (fontes renováveis) que torna a economia brasileira resiliente a eventuais choques de imposição de uma taxa sobre as emissões. Os estudiosos finalizam ressaltando, contudo, que os resultados não são conclusivos, uma vez que deixou de serem analisadas questões relativas ao desmatamento e mudanças do uso da terra, o que corresponde a mais da metade das emissões brasileiras de gases do efeito estufa, bem como deixou o trabalho de abordar os impactos decorrentes do comércio de emissões.<sup>45</sup>

Conforme já ressaltado anteriormente, o nível economicamente eficiente da redução da poluição ocorre quando o valor do benefício marginal social se iguala ao valor do custo social marginal. Contudo, na ausência de uma intervenção governamental as empresas não têm o incentivo de reduzir a emissão de poluição à quantidade socialmente ótima, levando, ao invés disso, o custo da redução de emissão a zero. Neste sentido, um imposto sobre a emissão do poluente pode resolver o problema.

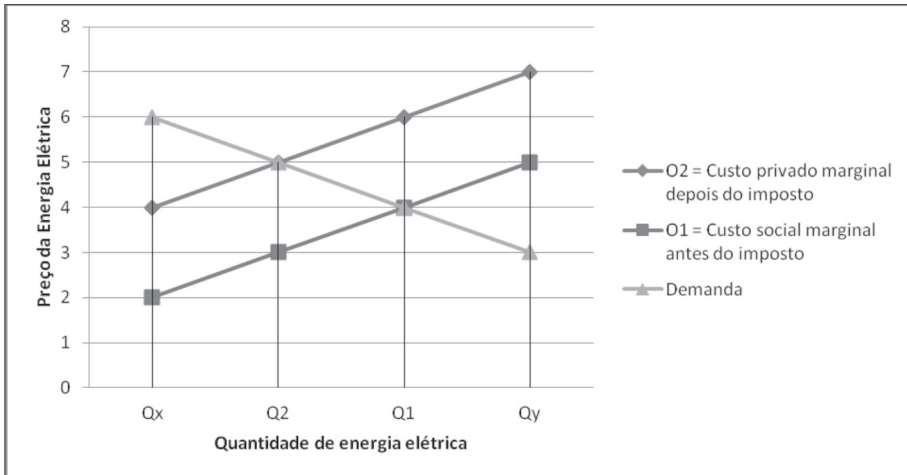
Se uma usina é obrigada a pagar um imposto de US\$20 por tonelada de emissões de CO<sub>2</sub>, esta agora se defronta com um custo marginal de US\$20 por tonelada, tendo assim um incentivo para reduzir as emissões para a quantidade socialmente ótima.

Para maior esclarecimento sobre o assunto, toma-se o exemplo de uma indústria que consome energia elétrica além do eficiente, causando chuva ácida. Se o Estado cobrar um imposto equivalente ao valor da chuva ácida, as indústrias internalizarão a externalidade, uma vez que o valor da chuva ácida se tornará um custo privado arcado pela empresa, atingindo um equilíbrio de mercado em que o preço da energia irá aumentar, diminuindo, contudo, a quantidade de energia elétrica produzida pela empresa.

O gráfico a seguir demonstra o que se pretende defender:

---

<sup>45</sup> SILVA, Jonathan Gonçalves da; GURGEL, Angelo Costa. op. cit.



Verifica-se que, ao cobrar um imposto igual ao custo da chuva ácida, a curva de oferta de energia elétrica se deslocará de O1 para O2, obtendo, como resultado, uma diminuição na saída de equilíbrio de energia elétrica de Q1 para o nível eficiente Q2, subindo o custo de energia elétrica de 4 para 5 (valor que inclui o custo da chuva ácida).<sup>46</sup>

No caso, embora o estudo realizado pelos economistas da USP (anteriormente mencionado) pareça não se utilizar dos conceitos de benefício marginal, custo marginal ou equilíbrio de mercado, o modelo é o que parece ser mais eficiente ao mercado.

Ocorre que, se a tributação ocorrer sem que exista um estudo sobre o nível economicamente eficiente sobre a redução de emissão de gás carbônico na atmosfera, o benefício marginal irá, cada vez mais diminuir, aumentando o custo da empresa, encarecendo tanto o produto e a produção que nem a fábrica terá mais condições de produzir, nem o consumidor de adquirir o produto.

Destaca-se, ainda, a maior eficiência dos impostos sobre emissões com relação aos padrões ambientais. Supõe-se que exista um setor industrial constituído de duas plantas industriais (Planta A e Planta B) e que a Planta A use tecnologia mais moderna do que a Planta B, possuindo, assim, um custo menor para redução da poluição. A curva de benefício marginal da

<sup>46</sup> HUBBARD, R. Glenn; O'BRIEN, Anthony Patrick. op. cit., p. 204.

poluição da Planta A (MBa) está situada abaixo da curva de benefício marginal da poluição da Planta B, (MBb). Como custa mais para a Planta B reduzir sua poluição em qualquer quantidade de produto, uma tonelada adicional de poluição vale mais para a Planta B do que para a Planta A. Na ausência de interferência governamental, contudo, cada planta industrial vai poluir até que seu próprio benefício marginal de poluição seja igual a zero e até que seu benefício social marginal de uma unidade adicional de emissões seja igual a zero.<sup>47</sup>

Por outro lado, se o Estado decidir que o nível geral de poluição da indústria deve ser cortado pela metade, o Pannel da Figura (a) mostra como isso pode ser alcançado com um padrão ambiental que exige que cada Planta corte suas emissões pela metade.

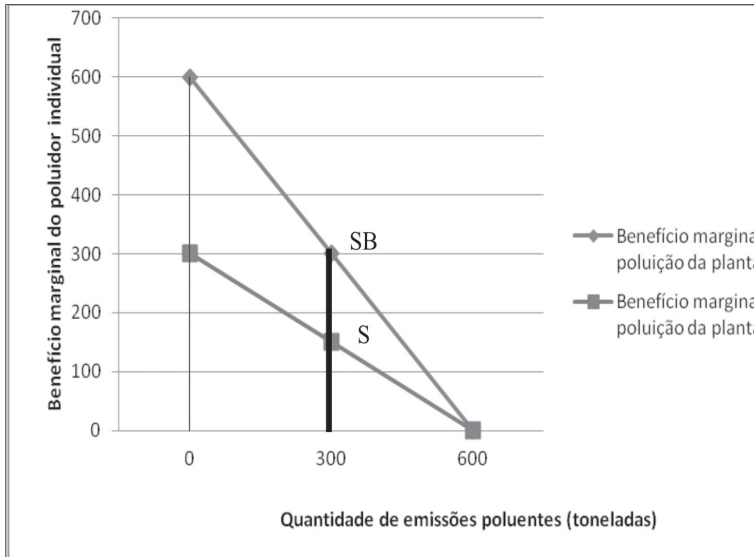
Desse modo, o padrão ambiental leva a Planta 'A' a produzir no ponto SA, em que o benefício marginal da poluição é de US\$150, mas a Planta B produz no ponto SB, onde o benefício marginal da poluição é o dobro, US\$300. A diferença representa que a mesma quantidade de poluição pode ser alcançada com um custo mais baixo, permitindo que a planta B possa poluir mais do que 300 toneladas, mas induzindo a Planta 'A' a poluir menos. A forma eficiente de reduzir a poluição é garantir que o resultado, considerado o benefício marginal da poluição, seja o mesmo para todas as plantas industriais. Neste sentido, o imposto sobre emissões consegue exatamente este resultado, consoante painel (b).

Supondo que as plantas A e B paguem um imposto sobre emissões no valor de US\$200 por tonelada, de modo que o custo marginal de uma tonelada adicional de emissões para cada planta seja US\$200 ao invés de zero; o resultado é de que a Planta A produz em TA e a Planta B produz em TB. Dessa forma, a Planta A reduz sua poluição mais do que faria sob um padrão ambiental inflexível, cortando as emissões de 600 para 200 e a Planta B faz uma redução menor, de 600 para 400. No final, embora a diminuição de poluição total seja igual para os dois painéis, o excedente total é maior no caso do imposto sobre emissões, sob a ótica dos economistas, pois a redução na poluição foi conseguida de forma eficiente.<sup>48</sup>

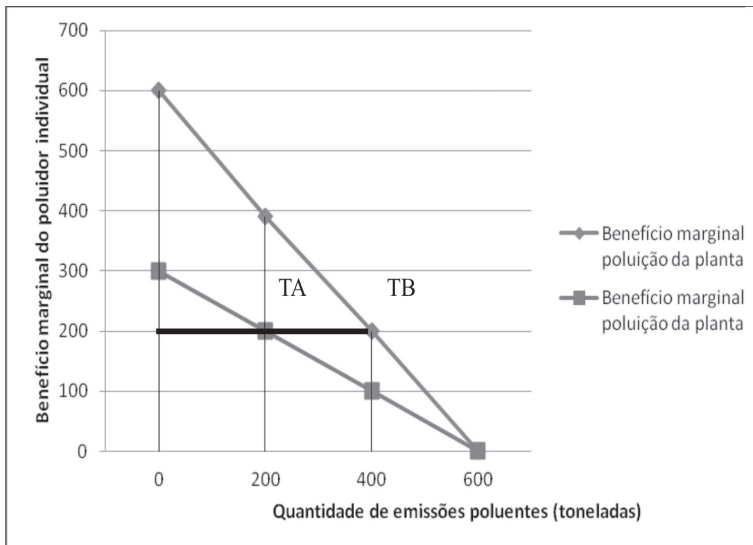
<sup>47</sup> KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. op. cit., p. 385.

<sup>48</sup> Ibid.

## a) Padrões ambientais



## b) Imposto sobre emissões



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Insta salientar que o artigo não procurou estudar e esmiuçar o tributo sobre a emissão de carbono do ponto de vista tributário, mas do ponto de vista do Direito Econômico, com a ponderação acerca de seus efeitos à economia e ao meio ambiente, efeitos às empresas e sua colaboração ao desenvolvimento sustentável.

Assim foi possível destacar uma forma de tributação sobre a emissão de carbono que incida não sobre cada tonelada de produção a começar do zero, mas sobre a tonelada de emissão adicional que ultrapasse o nível ótimo de poluição.

O objetivo não é tributar a empresa a ponto que se torne insustentável a sua permanência e que venha a quebrar, causando desemprego e diminuição da oferta dos bens e serviços produzidos, mas buscar um equilíbrio, encontrando-se este ótimo já referido no artigo, em que o benefício social e o custo social se igualem, de modo a obter uma solução de benefício a todos.

O esforço e estudo neste sentido devem ser coletivos, tanto por parte do Estado em financiar estes projetos, quanto dos economistas, ecologistas, biólogos e profissionais da saúde, devendo haver um estudo aprofundado de qual seria este ótimo que permita o desenvolvimento da empresa e, ao mesmo tempo, garanta à população um meio ambiente sadio e equilibrado.

Demonstra-se, assim, a partir dos gráficos apresentados, análises comparativas e pesquisas realizadas em que a solução mais eficiente à diminuição de emissão de gás carbônico parece ser a implementação de impostos extrafiscais que busquem esta finalidade, sendo necessária a intervenção do Estado sobre o domínio econômico de maneira a concretizar este objetivo, tutelando, assim, o meio ambiente.

Ressalte-se, ainda, que a instituição do imposto sobre o carbono não visa que a empresa mantenha-se como poluidora, realize o pagamento do imposto e que este seja revertido às causas já citadas, mas que a indústria busque meios alternativos de diminuição de emissão dos GEE na atmosfera, com a utilização de tecnologia verde, procurando, assim, atingir o desenvolvimento pleno e sustentável.

## REFERÊNCIAS

ANGUS, Ian. *Carbon trading has failed: scrap the ETS now*. 2013. Disponível em: <<http://climateandcapitalism.com/2013/02/08/carbon-trading-has-failed-scrap-the-ets-now/>>. Acesso em 03/08/2013.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (orgs). *A efetividade do Direito Internacional Ambiental*. Brasília: UNICEUB-UNITAR, 2009.

BÖHM, Steffen. *Why are carbon markets failing?* 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/sustainable-business/blog/why-are-carbon-markets-failing>>. Acesso em 03/08/2013.

BRASIL. Governo do Estado. *Meio Ambiente*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/meio-ambiente/climas/credito-carbono>>. Acesso em: 02/08/2013.

\_\_\_\_\_. Governo do Estado. *Protocolo de Quioto*. Disponível em: <[http://www.mct.gov.br/upd\\_blob/0012/12425.pdf](http://www.mct.gov.br/upd_blob/0012/12425.pdf)>. Acesso em: 06/08/2013

\_\_\_\_\_. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Disponível em: <[http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/28821/Anexo\\_B\\_\\_\\_Compromissos\\_quantificados\\_de\\_limitacao\\_ou\\_reducao\\_de\\_emissoes\\_por\\_Parte.html](http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/28821/Anexo_B___Compromissos_quantificados_de_limitacao_ou_reducao_de_emissoes_por_Parte.html)>. Acesso em 02/08/2013.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário: fundamentos constitucionais da tributação*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ESTADOS UNIDOS. United States Environmental Protection Agency. *Overview of greenhouse gases*. Disponível em: <<http://www.epa.gov/climatechange/ghgemissions/gases.html>>. Acesso em 02/08/2013.



FERRAZ, Roberto. *Tributação Ambientalmente Orientada e as Espécies Tributáveis no Brasil*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRONDIZI, Francisco de Rezende Lopes. *O mecanismo de Desenvolvimento Limpo*. In: Frondizi, Isaura de Maria Rezende Lopes (Coord.). Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio.

HUBBARD, R. Glenn; O'BRIEN, Anthony Patrick. *Introdução à Economia*. Tradução: Cristiane de Brito Andrei; Cristina Bazán; Rodrigo Sardenberg. 2. Ed. Atual. Porto Alegre: Bookman, 2010.

JAPÃO. **Ministry of the Environment**. *Details on the carbon tax*. Disponível em: <[http://www.env.go.jp/en/policy/tax/env-tax/20121001a\\_dct.pdf](http://www.env.go.jp/en/policy/tax/env-tax/20121001a_dct.pdf)>. Acesso em 02/08/2013.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à Economia*. Tradução Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LAKE, Katherine. *Learning from Europe's carbon price crash*. 2013. Disponível em: <<http://theconversation.com/learning-from-europes-carbon-price-crash-we-need-a-carbon-bank-13860>>. Acesso em: 03/08/2013..

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

METCALF, Gilbert E.; WEISBACH, David. *The design of a carbon tax*. 2009. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/students/orgs/elr/vol33\\_2/Metcalf%20Weisbach.pdf?referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fstart%3D10%26q%3Dcarbon%2Btax%26hl%3Dpt-PT%26as\\_sdt%3D0%2C5#search=%22carbon%20tax%22p](http://www.law.harvard.edu/students/orgs/elr/vol33_2/Metcalf%20Weisbach.pdf?referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fstart%3D10%26q%3Dcarbon%2Btax%26hl%3Dpt-PT%26as_sdt%3D0%2C5#search=%22carbon%20tax%22p)>. Acesso em: 05/08/2013.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JUNIOR, Rudinei (Orgs.). *Manual de Economia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAFATLE, Vladimir. *A esquerda que não teme dizer seu nome*. São Paulo: Editora Três Estrelas, 2012.

SILVA, Jonathan Gonçalves da; Gurgel, Angelo Costa. *Impactos de Impostos às Emissões de Carbono na Economia Brasileira*. 2010. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/000-e592f370f8d1e0301d3ff23e801c478a.pdf>>. Acesso em: 07/08/2013.

Artigo recebido em: 07/11/2013

Aprovado para publicação em: 30/06/2014

**Como citar:** BANNWART, Clodomiro. TERASACA, Cinthia. **Intervenção do Estado na ordem econômica por meio da tributação sobre as emissões de carbono com a finalidade de tutela do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.1, p.61-90, jul.2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p61.

# Suspensão da execução de medidas judiciais deferidas para a tutela de interesses ambientais

## SUSPENSION OF THE EXECUTION OF LEGAL PROCEEDINGS DEFERRED TO SAFEGUARD ENVIRONMENTAL INTERESTS

Luiz Fernando Bellinetti\*

José Mauro Luizão\*\*

**Resumo:** O instituto denominado Suspensão de Segurança, que permite suspender os efeitos de decisões judiciais deferidas contra o Poder Público, demanda adequação no que se refere à sua aplicação para suspender medidas deferidas para a tutela de interesses ambientais. A sua adequação aos princípios da inafastabilidade da jurisdição, da efetividade da tutela jurisdicional e do desenvolvimento sustentável pode ser procedida mediante a realização, no processo de suspensão, da ponderação entre o interesse ambiental e a ameaça de lesão ao interesse do Poder Público, com vistas a determinar, no caso concreto, qual deles deve prevalecer.

**Palavras-Chave:** Suspensão de segurança. Ordem econômica. Meio ambiente. Ponderação.

**Abstract:** The institute called Suspension of Writ of Mandamus, which enables the suspension of the effects of judicial decisions that may bring about damages to public interests, demand adequacy of its current conformation for the withdrawal of the effectiveness of measures deferred in civil action on environmental issues. Its suitability to the principles of non-obviation and effectiveness of judicial safeguard and the principle of sustainable development may be achieved, on the suspension process, by balancing between the environmental interests and the public interests, objecting to determinate, in each case, which interest must prevail.

**Keywords:** Suspension of Writ of Mandamus. Economic Order. Environment. Balancing.

\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professor do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, Procurador de Justiça do Estado do Paraná. luizbel@uol.com.br

\*\* Procurador da República, Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. jmluizao@gmail.com

## INTRODUÇÃO

No quadro atual da ordem jurídica brasileira, embora a preservação ambiental e a ordem econômica constituam duas vertentes do princípio do *desenvolvimento sustentável*, a tutela do meio ambiente encontra-se substancialmente restringida em face da utilização do expediente denominado suspensão de segurança<sup>1</sup>, instituto que tem por finalidade retirar a eficácia de decisões judiciais não transitadas em julgado e que representem ameaça de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A justificativa da suspensão de segurança, que se sobrepõe aos meios recursais de que dispõe o Poder Público, é a necessidade de um mecanismo eficiente para suspender decisões que acarretem prejuízos aos interesses públicos, como o impedimento ou a postergação de realização de obras e serviços.

Prevalece nos tribunais o entendimento de que o mérito do pedido de suspensão se restringe à demonstração da ameaça ao interesse público, ou seja, à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, vedada a apreciação sobre o interesse tutelado pela decisão que se pretende suspender. Em consequência, caracterizada a ameaça a algum desses interesses públicos, a execução da decisão judicial concedida contra o Poder Público poderá ser suspensa, ainda que tenha sido prolatada em perfeita consonância com as normas do direito, que seja reputada justa e que espelhe fielmente a realidade dos fatos.

A impossibilidade da apreciação das razões que fundamentaram a decisão concedida contra o Poder Público, com vistas a verificar se deveria de fato ser ela suspensa, caracteriza violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da tutela jurisdicional.

A suspensão de segurança é reputada em conformidade com a Constituição, no entanto, com fundamento no princípio da supremacia do interesse público, justificativa que decorre da origem do instituto, vinculada ao mandado de segurança, ação que se destina a tutelar interesses preponderantemente individuais.

Entretanto, a partir da Lei nº 7.347/1985, o instituto passou a ser utilizado também para suspender decisões em ações coletivas, nas quais se tutelam interesses igualmente públicos, como a preservação ambiental. Por conseguinte,

<sup>1</sup> Criado pela Lei nº 191/1936 (art. 13), o instituto é regido atualmente pelas Leis nº 8.437/1990 (art. 4º), 8.038/1990 (art. 25) e 12.016/2009 (art. 15). Embora a denominação *suspensão de segurança* não se afigure adequada para designar as suspensões de execução de medidas judiciais deferidas em ações diversas do mandado de segurança, será ela adotada nesse trabalho em razão de seu uso corrente.

o fundamento da supremacia do interesse público deve ser relativizado como fundamento para se suspender decisões dessa espécie.

Fundamenta-se o instituto ainda na precariedade da decisão suspensa, porque, em regra, se trataria de decisão amparada em cognição não exauriente. Conjuga-se esse fundamento com o da temporariedade da suspensão, porque a medida suspensiva somente vigora até o trânsito em julgado da ação principal.

Esses fundamentos deixam de considerar que a suspensão de segurança pode atualmente atingir todas as espécies de provimentos judiciais concedidos contra o Poder Público, inclusive sentenças e acórdãos de tribunais, proferidos após cognição exauriente. Ademais, a legislação vigente prevê a duração da medida suspensiva até o trânsito em julgado da ação principal, de sorte que a suspensão prolongada da execução da decisão pode esvaziar completamente a sua utilidade.

Por conseguinte, a suspensão da segurança merece ainda melhor reflexão acerca de alguns pontos não suficientemente apreciados, especialmente no que se refere ao seu uso nas ações coletivas.

O artigo faz um recorte temático, tratando especialmente da suspensão, com fundamento na ameaça à ordem econômica, da execução de decisões judiciais deferidas em ação civil pública para tutelar interesse ambiental.

Considerando que se tratam de interesses que se imbricam e conflitam, conferindo substância ao princípio do *desenvolvimento sustentável*, postula-se a necessidade de se apreciar, no processo de suspensão, a magnitude e a relevância da lesão ao interesse ambiental reconhecidas na medida deferida contra o Poder Público, em contraste com a ameaça à ordem econômica. Postula-se, por conseguinte, o emprego da técnica da ponderação, método que suscita controvérsia acerca da legitimidade democrática do Judiciário.

## 1 DESCONFORMIDADE DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA COM A CONSTITUIÇÃO

A atual conformação da suspensão de segurança, caracterizada pelo entendimento de que o mérito do pedido se restringe à verificação da ocorrência da ameaça ao interesse público, viola os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da tutela jurisdicional, bem como nega valor ao direito fundamental ao *desenvolvimento sustentável*.

A ordem constitucional brasileira assegura que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito, preceito fundamental do

Estado de Direito. É assim atribuída ao Judiciário a tarefa de defender os direitos ameaçados, “essência da sua função”, o que implica definir o conteúdo dos direitos fundamentais albergados pela Constituição. Dessa vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais decorrem a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes e o dever de conferir a tais direitos a máxima eficácia possível e recusar a aplicação de preceitos que não os respeitem (MENDES, 2012, p. 173).

De certa maneira indissociável ao princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário, está o da efetividade da tutela jurisdicional.

O direito à prestação jurisdicional deve ser entendido como direito aos meios executivos necessários, suficientes para dar efetividade ao direito material eventualmente reconhecido, o que implica a tutela jurisdicional tempestiva e, em alguns casos, preventiva (MARINONI, 2010, p. 139-143). A efetividade da tutela jurisdicional não se coaduna com decisões que tornem insuficientes ou inúteis as medidas judiciais, porque insuscetíveis de proporcionar a fruição do direito a quem efetivamente o possui (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2008, p. 39-41).

A suspensão de segurança, considerada a restrição da análise do mérito do pedido à existência da grave ameaça à ordem, à saúde, à segurança e à economia, viola os princípios da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da tutela jurisdicional, ao menos no que se refere à suspensão de decisões destinadas à proteção de interesses que demandam tutela de urgência, como o ambiental.

Não afastam essas conclusões todos os fundamentos de justificação da suspensão de segurança<sup>2</sup>. Não se ignora que o fundamento do instituto é a supremacia do interesse público, que o sacrifício do interesse tutelado pela decisão cujos efeitos foram suspensos somente se verifica enquanto não se tem a certeza definitiva sobre o direito afirmado, que a decisão prolatada contra o Poder Público pode ter sido concedida em juízo de mera verossimilhança e que não se retira a validade da decisão, mas apenas se suspende temporariamente seus efeitos.

Essas constatações não afastam a conclusão de que a tutela jurisdicional relativa ao interesse ambiental, uma vez suspensa, está provavelmente fadada

---

<sup>2</sup> Sobre os fundamentos de validade da suspensão de segurança, confira-se os entendimentos de Figueiredo (1997, p. 150-164), Pereira (2003, p. 299-304), Bueno (2008, 243-246), Rodrigues (2010, p. 118-126), Venturi (2010, p. 29-34), Scartezini (2010, p. 62-69) e Rocha (2012, p. 67-95).

à inefetividade, em razão da urgência que essa espécie de tutela requer e porque o escopo fundamental da tutela do meio ambiente é a prevenção do dano.

Vedar ao autor da ação civil pública a possibilidade de que o julgador considere as suas razões, com a finalidade de avaliar se, no caso concreto, deve prevalecer o interesse ambiental implica retirar toda a eficácia da indispensável tutela de urgência. Afirmar que o interesse ambiental será tutelado na ação principal é desconhecimento da realidade ou apego a um formalismo insustentável sob qualquer dos pressupostos que informam o processo e a Jurisdição.

Considerando a demorada instrução da ação civil pública e a possibilidade de apelação e de interposição de recursos especial e extraordinário, uma medida concedida para tutelar o meio ambiente pode permanecer sem eficácia por anos. Não é assim incomum que a decisão judicial definitiva consista em apenas respaldar a constatação do fato consumado. Via de consequência, a degradação ambiental eventualmente reconhecida na decisão definitiva não poderá ser evitada ou ter sua reparação específica, objetivos que se impõe como dever à função jurisdicional<sup>3</sup>.

Insuscetível de tutela jurisdicional condizente com a usual urgência que se revela nos casos concretos, está desprovida de efetividade a previsão constitucional de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser preservado e defendido pelo Estado e pela coletividade. Esta frustração da tutela ao interesse ambiental por vezes ocorre mesmo quando arguida pelo Poder Público, como razão para suspender os efeitos dessa tutela, lesão à ordem econômica que se traduz em interesse meramente patrimonial, interesse secundário, portanto<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Sobre os efeitos da atual conformação da suspensão de segurança na retirada da eficácia da prestação jurisdicional relativamente à tutela ambiental, é elucidativo o resultado das ações civis públicas nº 1999.70.01.007514-6 e 2006.70.01.004036-9, ajuizadas para tutelar interesse ambiental violado pela construção da Usina Hidrelétrica de Mauá, no Paraná (informações disponíveis nas páginas da internet da Justiça Federal do Paraná ([www.jfpr.jus.br](http://www.jfpr.jus.br)), do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (<http://www2.trf4.jus.br>) e do Superior Tribunal de Justiça (<http://www.stj.jus.br>). Embora deferidas tutelas protetivas do interesse ambiental, essas decisões não tiveram nenhuma efetividade, em razão de uma suspensão de eficácia de uma antecipação de tutela deferida em janeiro de 2006 por uma decisão do Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Pedido de Suspensão de Segurança de Liminar nº 2005.04.01.056295-1/PR. Inaugurada a Usina no início de 2013, algumas decisões, embora reconhecendo a procedência dos pedidos, limitaram-se a constatar a sua inutilidade em razão do fato consumado.

<sup>4</sup> Necessárias as ressalvas de que o interesse secundário não é desimportante, porque os recursos financeiros destinam-se à realização do interesse público primário, ao passo em que a realização do interesse público primário pode consumir-se com a própria satisfação de determinados interesses dos indivíduos (BARROSO, 2013, p. 93).

Não se ignora que o ordenamento jurídico contempla outras hipóteses de limitação horizontal do âmbito de apreciação do mérito, como na desapropriação. Trata-se, todavia, de interesse patrimonial passível de satisfação pecuniária, enquanto o interesse ambiental, uma vez violado, não pode ser recomposto.

Em tema de direito ambiental, a resolução em perdas e danos é a negação da prestação jurisdicional e representa o insucesso do ordenamento jurídico em dar cumprimento a um dos mais relevantes princípios constitucionais. Inadmissível que se reconheça constitucionalmente um direito, mas se retire a perspectiva da sua fruição (PEREIRA, 2003, p. 299-303). Trata-se, por via transversa, de vedar o acesso à Jurisdição ou de lhe retirar a efetividade.

A suspensão de segurança, na sua atual conformação, leva ainda à negação do direito fundamental ao *desenvolvimento sustentável*.

Definido no Relatório Brundtland, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento instalada pela ONU, como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades”, o princípio do *desenvolvimento sustentável* engloba os aspectos econômico, social e ambiental, que constituem os pilares que o integram e lhe dão suporte e que foram contemplados pela Constituição de 1988 por meio da confluência do objetivo de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, I e III), do estabelecimento de uma ordem econômica sustentável (art. 170, VI) e do dever de tutela ecológica atribuído ao Estado e à sociedade (art. 225) (SARLET, FENSTERSEIFER, 2012, p. 45).

O meio ambiente e a ordem econômica receberam assim tratamento constitucional que os tornam interdependentes e indissociáveis.

A preservação ambiental mereceu especial proteção na Constituição, que erigiu o meio ambiente a bem comum de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, e atribuiu ao Estado e à coletividade o dever de preservá-lo. A proteção ao ambiente, no entanto, tem caráter antropocêntrico, porque sua finalidade é preservar a vida e a dignidade humanas (MACHADO, 2009, p. 129).

Paralelamente, a Constituição assegura direitos sociais, entre os quais a educação, a saúde, a moradia, a previdência e a assistência sociais, direitos que igualmente remetem à finalidade de garantia da qualidade da vida e da dignidade da pessoa humana.



O atendimento a essas necessidades sociais pressupõe o desenvolvimento econômico, de sorte que a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, uma sadia qualidade de vida, conforme os ditames da justiça social, tem por sustentáculo a atividade econômica e o proveito dela decorrente (BASTOS, 2003, p. 127-129). Logo, a política econômica do Estado é determinante para a consecução dos princípios da ordem econômica, afigurando-se essencial para fornecer as condições estruturais necessárias para o desenvolvimento. Impensável a consecução do escopo de assegurar a todos uma existência digna sem a realização de empreendimentos estatais, como estradas, portos e hidrelétricas.

Afirma-se, por conseguinte, que a qualidade de vida, como finalidade da ordem econômica, deve coincidir com a qualidade de vida postulada pela preservação ambiental. Inadmitida, pois, a concepção da qualidade de vida como mero “conjunto de comodidades materiais, nem como a tradução do ideal da volta à natureza, expressando uma reação e indiscriminado desprezo a toda elaboração técnica e industrial” (DERANI, 2008, p. 57-58). Não se veda a exploração econômica de recursos naturais, nem se almeja a proteção ambiental com pretensão de intangibilidade, mas a manutenção do ambiente dentro de parâmetros que lhe preservem a condição de ecologicamente equilibrado (TAVARES, 2011, p. 188).

Completa-se assim o círculo de imbricação entre a preservação ambiental e a ordem econômica, ambas com o escopo de proporcionar a todos uma existência digna, de sorte que a ação em benefício da natureza pode levar a uma melhor qualidade de vida para a atual e futuras gerações (BASTOS, 2003, p. 156), ao mesmo tempo em que a defesa do meio ambiente é princípio da ordem econômica.

Por conseguinte, as soluções jurídicas de questões que envolvam interesses ambientais e econômicos devem ser orientadas pelo pressuposto do objetivo da compatibilização e harmonização desses interesses. Ao atribuir prévia e abstrata prevalência ao aspecto econômico, impedido a tutela efetiva do meio ambiente, a suspensão de segurança caracteriza negação a esse equilíbrio preconizado pelo princípio do *desenvolvimento sustentável*.

Por fim, a atual conformação da suspensão de segurança, considerada a perspectiva de que as medidas deferidas contra o Poder Público para a tutela dos interesses ambientais poderão ter sua eficácia inteiramente suprimida, pode ainda levar o Estado a negligenciar o seu dever de zelar pela preservação ambiental, além de induzir ao manejo inadequado da ação civil pública.

Ao decidir pela realização de empreendimentos econômicos, o Poder Público pode descurar dos impactos ambientais, bem como dos sociais, porque sabe que sua decisão de natureza política não será eficientemente submetida ao controle jurisdicional, nos aspectos da competência, legalidade e formalidade. Essa indução à desídia pode se revelar na própria definição da estratégica de desenvolvimento, com a inobservância de critérios adequados de zoneamento econômico. Mais frequentemente, leva à elaboração de estudos de impactos ambientais deficientes, causa mais comum do ajuizamento de ações civis públicas em matéria ambiental.

Ao mesmo tempo, a perspectiva da inefividade da decisão protetiva do interesse ambiental pode levar os legitimados ativos e o magistrado a descurar da necessária cautela nos atos de postular e decidir a ação civil pública.

## 2 ALTERNATIVAS DE ADEQUAÇÃO DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Ressalva a declaração da inconstitucionalidade total e absoluta do pedido de suspensão de segurança, nos termos do que postulam Bueno (2008, p. 243-245) e Ferraz (2006, p. 359), a compatibilização do instituto com a Constituição, considerado o escopo fundamental da efetividade da prestação jurisdicional, com vistas à realização do princípio do *desenvolvimento sustentável*, demanda uma substancial alteração na sua atual conformação.

As alternativas de compatibilização consistem na supressão da ultratividade da decisão que defere a medida suspensiva, na exigência de que a decisão do pedido de suspensão seja procedida mediante critérios jurídicos e, especialmente, na declaração definitiva, pela via legal, jurisprudencial e doutrinária, da possibilidade de se invocar, no processo de suspensão, a prevalência do interesse ambiental tutelado pela decisão contrária ao Poder Público. Paralelamente, a atual quadra constitucional justifica a própria inclusão da preservação ambiental como um dos interesses que fundamentam a suspensão da segurança.

### 2.1 Eliminação da Ultratividade da Decisão Suspensiva

A regra da ultratividade da decisão que suspende a eficácia de medidas judiciais concedidas contra o Poder Público é particularmente inadequada em relação às ações civis públicas destinadas à tutela ambiental.

A ultratividade da decisão suspensiva é justificada pela assertiva de que superveniência da sentença de procedência não tem influência no pedido de suspensão, porque distintos são os fundamentos, pressupostos e objetivos de cada ação. Assim, se os pressupostos da suspensão estavam presentes por ocasião do deferimento da liminar, estariam também presentes quando proferidos a sentença ou o acórdão que confirmam o teor da medida de urgência (VENTURI, 2010, p. 244). Exatamente por essa razão o STF editou a Súmula nº 626, estabelecendo que a suspensão terá vigor até o trânsito em julgado da decisão definitiva, “desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.

Entretanto, especialmente no que tange à ação civil pública, esse raciocínio deixa de considerar que a liminar é concedida em cognição sumária e a sentença após dilação probatória exauriente (SCARTEZINI, 2010, p. 74-75). Por conseguinte, a ampla dilação probatória realizada infirma os fundamentos de constitucionalidade da suspensão de segurança, caracterizados pela temporariedade da decisão suspensiva e pela precariedade da decisão que se pretende suspender. O grau crescente de certeza que se obtém da sentença que confirma a liminar ou a tutela antecipada não pode ser desconsiderado. Com mais razão ainda, não pode ser desconsiderada a certeza, especialmente em matéria de fato, decorrente do acórdão do Tribunal que confirma a sentença de primeiro grau, porque esse aspecto é insuscetível de apreciação em eventuais recursos especial ou extraordinário.

Acrescente-se que a finalidade precípua das tutelas de urgência é particularmente relevante nas ações para tutela de interesse ambiental.

Essas peculiaridades levam à inaplicabilidade da ultratividade da suspensão de segurança a essas ações. Esvaziado o conteúdo das tutelas de urgência, restará inefetiva a tutela jurisdicional do meio ambiente, ferindo os princípios constitucionais que orientam a atuação do Estado para o *desenvolvimento sustentável*. Por conseguinte, ainda que a sentença mantenha integralmente a liminar ou a antecipação da tutela, é necessária a apresentação de novo pedido de suspensão.

A eliminação da ultratividade da decisão que suspende a execução da tutela concedida contra o Poder Público, além de robustecer os fundamentos de validade da suspensão de segurança, caracterizados pela temporariedade da suspensão e pela precariedade da tutela concedida na

ação principal, restringiria o sacrifício do interesse ambiental contraposto ao interesse do Poder Público.

Entretanto, considerando que ação civil pública admite ampla dilação probatória, a possibilidade da antecipação da tutela, provida de plena eficácia, é determinante para a proteção do interesse ambiental. Por sua vez, a tutela concedida na sentença de primeiro grau também pode revelar-se inteiramente esvaziada se sua eficácia estiver condicionada à confirmação da decisão do recurso ao tribunal e mesmo ao desfecho dos recursos especial ou extraordinário.

Via de consequência, a decisão judicial na ação civil pública, ainda que julgue procedente o pedido, pode ter sua eficácia restaurada somente quando o dano ao meio ambiente já tiver sido consolidado e for irreparável. Trata-se de situação que não se amolda à estatura do interesse ambiental conferida pelo artigo 225 da Constituição, nem tampouco às previsões do artigo 461 do Código de Processo Civil e do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, que estipulam que a prestação jurisdicional deve privilegiar a tutela específica.

Nesse quadro, embora a eliminação da ultratividade da decisão suspensiva tenha significativo efeito para reduzir o sacrifício do interesse ambiental, não é suficiente para eliminar a distorção provocada pelo instituto, que reside essencialmente na impossibilidade de se apreciar, no âmbito do pedido de suspensão, qual interesse deve prevalecer.

## 2.2 Decisão do Pedido de Suspensão Mediante Critérios Jurídicos

O exame dos repertórios de jurisprudência revela uma tendência dos tribunais de conferir à decisão do pedido de suspensão de segurança a natureza de ato político-administrativo<sup>5</sup>.

Trata-se de concepção desprovida de fundamento, porque o ato que suspende a execução de uma decisão de outro órgão do Judiciário é inquestionavelmente jurisdicional e, nesta qualidade, está adstrito aos princípios que informam a jurisdição e o processo, especialmente o contraditório, a ampla defesa e a motivação das decisões. Como refere Rodrigues (2010, p. 92-94), aderindo à doutrina nacional predominante, é inaceitável a concepção de que a suspensão de segurança é revestida de natureza de medida administrativa, praticada no exercício de poder discricionário destinado a aplicar o princípio da

<sup>5</sup> Da atribuição dessa natureza decorre a usual inobservância dos princípios constitucionais processuais da ampla defesa, do contraditório, da motivação das decisões e da intervenção do Ministério Público no procedimento dos pedidos de suspensão de segurança.

supremacia do interesse público. Ainda que se admita que os pressupostos da suspensão tenham inspiração política, “a decisão pertinente é eminentemente jurisdicional” (FERRAZ, 2006, p. 369). O pedido de suspensão não pode assim “significar mero trespasso de competências exclusivamente administrativas aos presidentes dos tribunais que não se podem valer do instituto em nome do prevailecimento de políticas públicas ou juízos de conveniência e oportunidade administrativas” (BUENO, 2008, p. 245).

Destoa da ordem democrática constitucional, que se logrou construir a partir de 1988, constatar que uma decisão proferida por um órgão jurisdicional está sendo prolatada em juízo de conveniência e oportunidade, abstraindo-se de critérios jurídicos. A função do Judiciário é atuar na condição de terceiro imparcial em relação aos interesses em disputa, de sorte que o único interesse que o pode mover, como afirma Silva (2011, p. 68-69), é o de respeito à ordem constitucional, ao contrário do Administrador que age para que determinadas finalidades sejam alcançadas.

Ao decidir um pedido de suspensão de segurança por critérios de conveniência e oportunidade, o julgador renuncia ao seu dever constitucional de atuar, com imparcialidade, para solucionar o conflito de interesses entre a Administração e o indivíduo. No caso de ação relativa a matéria ambiental, renuncia ao seu dever de solucionar o conflito entre dois interesses igualmente públicos e relevantes. Essa renúncia caracteriza subversão da natureza contramajoritária do Poder Judiciário nos Estados Democráticos de Direito e que se destina à proteção dos direitos fundamentais.

De qualquer forma, ainda que absolutamente indispensável que as decisões dos pedidos de suspensão de segurança sejam procedidas mediante critérios jurídicos, essa adequação representaria solução apenas parcial no escopo de conferir efetividade à prestação jurisdicional relativa os interesses ambientais. Vedada a consideração sobre a possibilidade da prevalência do interesse ambiental, remanesceria o interesse ambiental desprovido de tutela efetiva.

### **2.3 Revisão do Mérito do Pedido de Suspensão**

A adequação da suspensão de segurança aos preceitos constitucionais pode ser alcançada pela revisão do âmbito de apreciação do mérito do pedido.

Adotada a premissa de que os interesses transindividuais tutelados na ação civil pública, especialmente o ambiental, são públicos e relevantes, à semelhança dos interesses tuteláveis pela suspensão de segurança, a solução

que se apresenta consentânea com os preceitos constitucionais é permitir que se realize, no âmbito do pedido de suspensão, a análise acerca de qual desses interesse deve prevalecer no caso concreto. Como postula Bueno (2008, p. 244-245), trata-se de harmonizar a suspensão de segurança com a Constituição mediante a constatação, no caso concreto, de que efetivamente se configura hipótese de manifestação do princípio basilar da supremacia do interesse público, caso em que a liminar que favorece um particular deve ceder espaço a um interesse maior e mais amplo.

Em outros termos, a alternativa implica condicionar o deferimento do pedido de suspensão de segurança à demonstração de que a ameaça à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas, além de grave, não é aceitável quando cotejada com a lesão decorrente da suspensão da execução da medida deferida contra o Poder Público<sup>6</sup>.

### **2.3.1 Inclusão do interesse ambiental como pressuposto da suspensão de segurança**

Na ordem constitucional vigente, em que o ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido a direito fundamental, incumbindo ao Estado e à sociedade o dever de preservá-lo para a presente e futuras gerações, justifica-se a sua inclusão como um dos interesses tutelados pela suspensão da segurança, ao lado da ordem, da segurança, da saúde e da economia públicas.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado foi elevado à condição de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, revelando que a proteção ambiental tem fundamento no interesse coletivo ou social, fundamental para a consecução de um objetivo de bem-estar comum (DERANI, 2008, p. 247).

Justifica-se, portanto, a inclusão da preservação ambiental como um dos interesses que fundamentam o pedido de suspensão de segurança, como instrumento para dar cumprimento ao dever estatal estipulado no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal, de defender e preservar o meio ambiente para as presente e futuras gerações.

<sup>6</sup> Para as finalidades desse trabalho, a análise se restringe à tutela do interesse ambiental, contraposto à ordem econômica, situação comum em grandes empreendimentos estatais, como estradas, portos e usinas hidrelétricas. Todavia, a análise parece guardar razoável pertinência com outros interesses transindividuais e mesmo em relação a alguns interesses privados que se insiram na qualificação de direitos fundamentais.

### 2.3.2 Ponderação dos interesses ambiental e econômico no pedido de suspensão de segurança

O direito ao *desenvolvimento sustentável* se insere em um processo que deve ser construído na medida do enfrentamento dos conflitos entre interesses ambientais, econômicos e sociais.

A solução desejável desses conflitos deve ser procedida na instância administrativa, considerada a ampla possibilidade de atuação e intervenção do Poder Público na ordem econômica. Paralelamente é atribuída ao próprio Estado, ao lado da sociedade, a função primordial de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para tanto dispendo de meios de planejamento, de fiscalização e de imposição de sanções, inclusive de natureza penal. Ademais, a compatibilização dos interesses sociais, econômicos e ambientais não é senão a finalidade essencial dos Estudos de Impactos Ambientais, que cabe ao Poder Público exigir para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação ambiental, nos termos do inciso IV do artigo 225 da Constituição.

No entanto, quando frustrada a compatibilização na via administrativa e judicializado o conflito entre interesses ambientais e econômicos, o ordenamento jurídico contempla meios para dirimi-lo, acrescentando aos métodos tradicionais de interpretação alguns instrumentos especialmente concebidos para estabelecer parâmetros relativamente constantes e que reduzam, o quanto possível, a subjetividade do intérprete. Desses critérios de solução de conflitos, o de mais larga aplicação, e também o de mais acirrada controvérsia, é o da ponderação.

Embora não se trate de solução isenta de críticas ou de dificuldades de aplicação nos casos concretos, a ponderação não é técnica desconhecida do direito brasileiro, afigurando-se de larga aplicação na prática jurisdicional.

A ponderação, definida como “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (BARCELOS, 2005, p. 35), ingressou na atual hermenêutica como exigência das modernas constituições, impregnadas de princípios dotados de plena normatividade e que cumprem a função de lhe conferir abertura e a plasticidade (HESSE, 1992, p. 17-20). Inevitável, por conseguinte, a atualização dos métodos hermenêuticos para possibilitar uma interpretação constitucional consentânea com essa nova configuração. Esses critérios, embora se revelem permeáveis à subjetividade, como qualquer outro

método (SILVA, 2010. p. 146-148), operam como “balizas para a interpretação das normas constitucionais, com o objetivo de conferir maior teor de racionalidade à tarefa, reduzindo o espaço para pragmatismos exacerbados” (MENDES, 2012, p. 104).

Entre as críticas que se destina à ponderação, em face de lhe faltarem critérios racionais de decidibilidade, afirma-se que é uma técnica metodologicamente inconsistente e que permite excessivo subjetivismo, ensejando arbitrariedade e voluntarismo (BARCELOS, 2005, p. 50-55)<sup>7</sup>.

Para Barroso (2013, p. 362-365), embora a ponderação preveja a “atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita”. Entretanto, como anota o autor, “a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica”, razão pela qual o que se afigura necessário é desenvolver “alguns elementos de segurança, alguns vetores interpretativos”.

Assim, a doutrina indica a conjugação da ponderação com outros critérios interpretativos, especialmente a proporcionalidade, a concordância prática, a razoabilidade e a proibição de excesso ou proteção do núcleo essencial<sup>8</sup>.

Noutro aspecto, o exercício da ponderação e a definição da preponderância dos direitos fundamentais suscitam alegação de ausência de legitimidade do Poder Judiciário em face de sua atuação contramajoritária. Ao contrário dos membros dos demais Poderes, os magistrados não são eleitos por voto popular. Logo, a decisão fundada em valores extraídos de princípios de conteúdo semântico e de rarefeita determinação, que não foi objeto de expressa deliberação dos representantes eleitos pelo povo, pode ser reputada antidemocrática<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> No que se refere ao *subjetivismo* da ponderação, oportuna a ressalva de Silva (2010, p. 146-148), de que não se revela possível estabelecer uma racionalidade que exclua completamente a subjetividade dos métodos de interpretação, inclusive a subsunção. Além do mais, um dos postulados do pós-positivismo, que alberga a ponderação como um dos critérios hermenêuticos prevalentes, é precisamente a redução da subjetividade do intérprete. Como refere Sarmento (2010, p. 59-60), a teoria moderna dos princípios se insurge precisamente contra a ideia da subjetividade do intérprete nos casos difíceis, e “vai insistir na necessidade de não deixar os atos de aplicação do direito fora do âmbito da argumentação racional e do controle social. Neste sentido, ela se casa com o processo de revalorização, no universo jurídico, da racionalidade prática, importando na adoção de uma compreensão muito mais rica da hermenêutica jurídica”.

<sup>8</sup> Sobre esses critérios, confira-se Mendes (2012, p. 104-110 e 241-266) e Ávila (2012, p. 166-196).

<sup>9</sup> No que se refere ao emprego da técnica da ponderação e o embate entre constitucionalismo e democracia, aspecto central da discussão acerca da legitimidade democrática do Judiciário, confira-se as considerações de Branco (2009, p. 57-145).



Entretanto, como lembra Sarmento (2009, p. 122-139), a jurisdição constitucional e a exigência da proteção dos direitos fundamentais estão previstos na própria Constituição, razão pela qual o debate relevante não se cinge à sua possibilidade, mas à forma do seu exercício. Admite-se, ademais, que a democracia não se esgota na vontade da maioria, pressupondo igualmente o respeito à garantia de direitos básicos, a participação igualitária do cidadão na esfera pública e alguma forma de proteção às minorias. A questão, portanto, é de dosagem. A permissão aos juízes para a imposição de limites às decisões das maiorias somente pode ser reputada antidemocrática se caracterizar demasiado cerceamento da possibilidade de autogoverno atribuída ao povo. No mesmo sentido, para Ávila (2009, p. 196), em vez da insindicabilidade dessas decisões, é preciso verificar em que medida essas competências são exercidas, o que demanda encontrar-se critérios que “aumentem e que restrinjam o controle material a ser exercido pelo Poder Judiciário”.

Necessário, portanto, consolidar-se a construção ou o aprimoramento de paradigmas adequados à nova hermenêutica constitucional, bem como de melhor compreender os limites da atuação contramajoritária do Poder Judiciário<sup>10</sup>. Afirma-se, por conseguinte, que o emprego da ponderação, ausente a referibilidade direta da decisão a evidentes enunciados normativos, amplia a necessidade da *racionalidade* e da *justificação* da decisão judicial (BARCELOS, 2005, p. 41-45).

Consideradas as ressalvas acerca do juízo de ponderação, parece não existir nenhuma característica essencial que distinga a sua utilização nos pedidos de suspensão de segurança daquela procedida em outros institutos processuais.

Embora o pedido de suspensão se trate de procedimento sem dilação probatória e que exige celeridade, essas características não impedem a realização da ponderação das normas que veiculam os interesses contrapostos, como de resto não a impedem nos demais procedimentos sem dilação probatória ou naqueles que exigem celeridade, como nas antecipações de tutela e cautelares.

---

<sup>10</sup> Essencial a compreensão de que a proteção dos direitos fundamentais exige que a realização da ponderação seja procedida no caso em concreto, pelo Judiciário, porque é incompatível com a ordem constitucional a prévia e absoluta restrição de um direito fundamental. Evidentemente o legislador pode e deve exercer um juízo de ponderação ao elaborar as normas abstratas. O que não se afigura possível é subtrair do Judiciário a possibilidade de realizar a ponderação no caso concreto, com vistas a evitar a supressão de um direito fundamental, nas hipóteses em que a compatibilização de interesses em conflito não se revelou possível na via legislativa.

Igualmente não se pode afirmar que carece o julgador de elementos indispensáveis para a ponderação das normas contrapostas. No que se refere ao interesse ambiental, constitui elemento decisório, no mínimo, a decisão cujos efeitos se pretende suspender, enquanto a demonstração da ameaça ao interesse econômico deve necessariamente ser objeto do pedido de suspensão<sup>11</sup>.

De igual forma, nada parece existir que vede o exercício da ponderação entre interesses ambientais e econômicos.

Considerando que a ordem constitucional não contempla hierarquia ou precedência entre direitos fundamentais, exceto no que se refere à vida e à dignidade humana, valores que estão subjacentes igualmente à ordem econômica e ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é pressuposto inafastável da solução na via jurisdicional que não se há de atribuir preponderância absoluta ao interesse ambiental ou ao interesse econômico em conflito.

Embora o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não esteja expressamente sujeito a limitações constitucionais, a necessidade de sua harmonização com os interesses sociais e econômicos constitui a essência do direito ao *desenvolvimento sustentável*. A ordem econômica, por sua vez, é composta por uma plêiade de interesses, valores e objetivos que se complementam e autolimitam, inclusive, a preservação ambiental.

Por conseguinte, caracterizado no caso concreto o conflito de direitos fundamentais, como os escopos da preservação ambiental e de consecução de uma ordem econômica consentânea com os valores constitucionais, deve-se procurar o “balanceamento entre esses postulados”, de modo a permitir a tutela urgente do interesse ambiental atingido pelo empreendimento público, ao mesmo tempo em que se busca garantir que a atividade estatal não seja paralisada sem justificativa relevante (CARVALHO FILHO, 2004, p. 379).

Essa exigência de ponderação não é senão a exigência do princípio do *desenvolvimento sustentável*, que contempla elementos que representam aspirações de realização de valores atinentes aos aspectos ambientais, sociais e econômicos. Trata-se de interesses que não são irrestringíveis, desde que a restrição seja justificável pela necessidade de harmonização com outros interesses igualmente reputados valiosos pela ordem constitucional.

---

<sup>11</sup> O que pode ocorrer, é que a decisão não contemple a necessária fundamentação ou delimitação do âmbito de seu comando, de modo a não permitir a decisão no sentido da prevalência do direito ambiental. Em sentido inverso, a fundamentação deficiente do pedido de suspensão pode levar à impossibilidade da prevalência do interesse econômico defendido pelo Poder Público.

Não há, portanto, razão jurídica que impossibilite a ponderação no âmbito de pedido de suspensão ajuizado, com fundamento na ameaça à economia pública, para retirar a eficácia de medida concedida para tutelar interesse ambiental.

A ausência desse exercício de ponderação caracteriza uma omissão da função jurisdicional de dar proteção aos direitos fundamentais, na medida da possibilidade da sua realização. Em outros termos, embora possa o Judiciário negar a tutela jurisdicional a um determinado interesse por reputá-lo, no caso concreto, menos valioso que outro que lhe é contraposto, não pode negar essa mesma tutela somente em face da previsão legal abstrata de prevalência desse outro interesse.

Registre-se a negação dessa tutela, especificamente no que se refere à suspensão de segurança, decorre de uma interpretação jurisprudencial e doutrinária inconsistente. Com efeito, mesmo aqueles autores que postulam a restrição do âmbito de apreciação do pedido de suspensão de segurança, consideram que se há de proceder a alguma espécie de ponderação entre os interesses contrapostos ou, ao menos aferir-se a plausibilidade do eventual recurso do Poder Público na ação principal<sup>12</sup>. Outra não é a conclusão no que se refere à Jurisprudência. Como relata Bezerra (2009, p. 217-225), em muitas ocasiões o Supremo Tribunal Federal efetuou a ponderação de normas que veiculam interesses em conflito e concluiu que deveria prevalecer o interesse tutelado pela medida que se pretendia suspender. Outras tantas vezes, concluiu pela prevalência do interesse do Poder Público, mas não deixou de ponderar as razões dessa prevalência.

Essas constatações revelam que a doutrina e a jurisprudência reputam possível o exercício da ponderação no pedido de suspensão de segurança. Os tribunais, ao ponderar as normas em conflito e, por vezes, reconhecer a prevalência do interesse que se pretende suspender, assim procedem sem o reconhecimento da inconstitucionalidade das normas de regência da suspensão de segurança. Trata-se de inequívoco reconhecimento de que a restrição do âmbito de apreciação do mérito do pedido é construção exclusivamente jurisprudencial e doutrinária.

<sup>12</sup> Pela admissibilidade do exercício de ponderação, posicionam-se, entre outros, Bezerra (2009, p. 256-262), Rodrigues (2010, p. 124-125), Venturi (2010, p. 159-162, 215-216, 277-279). Admitem a verificação da plausibilidade do recurso do Poder Público Tombini (2009, p. 89-90) e Scartezini (2010, p. 104-105). Rocha (2012, p. 187-196) admite igualmente a verificação da plausibilidade do recurso e a ponderação.

### 3 PROPOSTA DE REVISÃO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Com fundamento nas razões expostas, propõe-se a adoção do entendimento de que o deferimento do pedido de suspensão de segurança deve ser condicionado à demonstração de que a ameaça à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas, além de grave, não é aceitável quando cotejada com a lesão decorrente da suspensão da execução da medida judicial deferida contra o Poder Público. Em outros termos, trata-se de harmonizar a suspensão de segurança com a Constituição mediante a demonstração de que, no caso concreto, efetivamente se configura hipótese de manifestação da supremacia do interesse público, caso em que a decisão judicial deve ceder espaço a um interesse maior, que é o da coletividade (BUENO, 2008, p. 244-245). Nada obsta que a supremacia do interesse público – a ordem econômica – seja reconhecida em prejuízo de um interesse igualmente público – o interesse ambiental –, desde que esse reconhecimento seja procedido no caso concreto, mediante a ponderação dos interesses em conflito.

Não se trata, porém, de condicionar o deferimento da suspensão à demonstração de que a tutela judicial que acarreta lesão aos interesses públicos foi concedida mediante erro de julgamento ou de procedimento como postula Bueno (2008, p. 246)<sup>13</sup>, bem como não se considera inteiramente adequada a solução proposta por Bezerra (2009, p. 256), no sentido de que “a integralidade da situação fático-jurídica” seja considerada no julgamento do pedido de suspensão<sup>14</sup>. Por outro lado, a verificação da plausibilidade do recurso facultado ao Poder Público no processo principal, embora se afigure imprescindível, é insuficiente, não suprimindo a necessidade da ponderação dos interesses em conflito<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Uma decisão juridicamente correta pode provocar danos graves aos interesses do Poder Público, que podem ser considerados inaceitáveis quando cotejados com o dano ao ambiente.

<sup>14</sup> A solução é juridicamente inaceitável, além de faticamente inviável, considerando as finalidades, pressupostos e o procedimento da suspensão de segurança.

<sup>15</sup> A plausibilidade do recurso é fundamento de muitos dos julgados que admitem a denominada delibação ou cognição superficial ou sumária, raros casos, entretanto, em que o interesse tutelado pelo Poder Público já foi anteriormente tido por manifestamente insubsistente. A solução deixa de considerar situações em que o recurso do Poder Público é plausível, mas a ameaça de dano ao seu interesse não justifica a suspensão da tutela ao interesse ambiental. Em sentido inverso, o recurso do Poder Público pode se revelar de duvidosa plausibilidade, mas a ameaça ao seu interesse é extremamente grave e decorre de medida destinada a tutelar interesse ambiental pouco relevante.

A proposta consiste, em suma, em dilatar o âmbito de apreciação do mérito do pedido de suspensão de segurança, de modo a permitir a análise sobre a possibilidade da prevalência do interesse ambiental. O âmbito de apreciação do mérito consistiria na análise da gravidade da ameaça ao interesse do Poder Público, considerada ainda a relevância desse interesse, em cotejo com a magnitude e relevância do dano ao interesse ambiental que se pretende evitar. Essa apreciação ampliada do mérito do pedido de suspensão deve ser procedida sem dilação probatória e sem apreciação da juridicidade da decisão que se pretende suspender, possibilitando o imediato pronunciamento judicial acerca da contrastabilidade do interesse ambiental ao econômico, determinando a prevalência de um ou de outro ou a compatibilização de ambos. A celeridade e a eficácia do instituto da suspensão ficariam razoavelmente preservadas, porque não se admitiria dilação probatória. Tampouco implicaria atribuição de poder revisional ao julgador do pedido de suspensão, porque a decisão proferida na ação civil pública, ainda que tenha seus efeitos suspensos, permaneceria hígida, tal como atualmente acontece.

Embora a ponderação dos interesses em conflito no âmbito do pedido de suspensão possa ser procedida como mera interpretação jurisprudencial, independentemente de necessidade da alteração legislativa ou de declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal, é recomendável a alteração legislativa, inclusive porque a proposta implica a retirada da regra da ultratividade da decisão suspensiva.

A ponderação dos interesses em conflito, com efeito, inviabiliza definitivamente a ultratividade da decisão que defere a suspensão da segurança.

Na atual conformação do pedido de suspensão, a ultratividade é justificada porque, se os pressupostos da suspensão, que são exclusivamente a grave ameaça aos interesses do Poder Público, estavam presentes por ocasião do deferimento da liminar, estariam presumivelmente presentes quando proferida a sentença.

Entretanto, ao se adicionar como requisito da suspensão a necessidade da prevalência do interesse econômico, aferível no caso concreto mediante ponderação com o interesse ambiental, essa imutabilidade dos pressupostos deixa de existir. A sentença, após a dilação probatória, pode reconhecer a possibilidade de dano ambiental em maior ou menor monta que aquele aferido em juízo de verossimilhança, em cognição sumária. De igual forma, o acórdão do Tribunal pode reconhecer a existência do dano ou ameaça em dimensão distinta do que concluiu a sentença. Ademais, postula-se que a dimensão e gravidade do dano ao interesse ambiental sejam extraídas da decisão judicial.

Logo, esses parâmetros devem ser extraídos da decisão que agregou grau de certeza sobre a decisão anterior.

Por fim, o exercício da ponderação entre os interesses contrapostos no pedido de suspensão reforça a conclusão de que é inadmissível a decisão do pedido de suspensão de segurança mediante critérios de conveniência e oportunidade.

Ainda que se atribua ao juízo de ponderação uma subjetividade que perigosamente faz aproximar a atuação judiciária da atividade legislativa, a atribuição ao julgador do dever de ponderar os interesses contrapostos acrescenta à sua decisão, ou ao menos reforça, duas características que marcam a jurisdição, ou seja, o dever de imparcialidade e a finalidade de atuação da lei. Definitivamente, o exercício de ponderar os interesses, para verificar qual deles deve prevalecer no caso concreto, não pode ser confundido com a função de proteção do interesse do Poder Público, tal como hoje, equivocadamente, se postula. Em verdade, o emprego da técnica da ponderação exacerba a necessidade da fundamentação racional e da justificação da decisão do pedido de suspensão. Via de consequência, a decisão deve necessariamente indicar a vinculação da solução adotada ao ordenamento jurídico, justificando devidamente as suas razões, o que se faz, evidentemente, mediante critérios jurídicos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que os fundamentos de validade da suspensão de segurança devam ser relativizados em relação a medidas deferidas para a tutela do interesse ambiental, não se pode inteiramente descartar a sua prestabilidade como instrumento de proteção a interesses públicos, como a saúde, a ordem, a segurança e a economia, desde que amoldada a sua conformação às exigências constitucionais e desde que realizada a ponderação dos interesses em conflito, com vista a se aferir, na situação concreta, qual interesse deve prevalecer.

Inadmissível que a suspensão de segurança, como qualquer outro instituto processual, contemple a possibilidade de restrição ou supressão de direitos fundamentais, entre eles a preservação ambiental, sem que se permita que a prevalência desses interesses seja invocada no caso em concreto. Não se admite a estipulação em abstrato de direitos fundamentais preexistentes, exceto no que se refere à vida e à dignidade humana. Todos os demais são restringíveis em face da necessidade de prevalência de outro direito de mesma

espécie, o que somente se pode proceder no caso concreto, tarefa atribuída ao Poder Judiciário nas ordens constitucionais democráticas.

É esse o ponto em que esbarra a aplicação da atual conformação da suspensão de segurança para retirar a eficácia de decisões concedidas para a tutela de interesses ambientais, em razão de prevalecer nos tribunais o entendimento de que o mérito do pedido de suspensão é restrito à demonstração do interesse público ameaçado, ou seja, à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, vedada a consideração do interesse tutelado pela decisão que se pretende suspender.

Insuscetível de tutela jurisdicional condizente com a urgência que se revela nos casos concretos, uma medida judicial protetiva do meio ambiente pode permanecer longamente sem eficácia, de sorte que o dano pode já ter irreversivelmente ocorrido quando for ela finalmente executável. Violados assim os princípios da inafastabilidade da jurisdição, da efetividade da prestação jurisdicional e do *desenvolvimento sustentável*.

Nesse quadro, a alternativa que se mostra eficaz para compatibilizar a suspensão da segurança com a Constituição e com o dever do Estado de defender e preservar o meio ambiente é se exigir, no âmbito do processo de suspensão, a apreciação da magnitude e da relevância da lesão ao interesse ambiental reconhecida na medida deferida contra o Poder Público, em contraste com a ameaça à ordem econômica comprovada pelo requerente. Em outros termos, a alternativa implica condicionar o deferimento do pedido de suspensão à demonstração de que a ameaça à economia pública, além de grave, não é aceitável quando cotejada com a lesão ao interesse ambiental decorrente da suspensão da execução da medida judicial deferida contra o Poder Público.

A realização desse exercício de ponderação implica necessariamente a demonstração da *racionalidade* e da *justificação* da decisão, o que contribui para afastar de uma vez para sempre qualquer resquício da concepção de que a suspensão de segurança é ato de natureza administrativa, praticado pelo julgador no exercício de poder discricionário.

Em verdade, na ordem constitucional vigente, em que o ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido a direito fundamental, justifica-se a sua inclusão como um dos interesses tutelados pela suspensão da segurança.

Noutro aspecto, ao se condicionar a suspensão da segurança à necessidade da demonstração da prevalência do interesse do Poder Público, aferível no caso concreto mediante ponderação com o interesse ambiental, a regra da ultratividade da decisão suspensiva torna-se insustentável. A decisão suspensiva

passa a ter duplo pressuposto, sendo um deles extraído da decisão suspensa. Por conseguinte, substituída essa decisão, não pode subsistir a decisão que suspendeu seus efeitos.

A alteração na conformação da suspensão de segurança, além de adequar o instituto à Constituição e conferir efetividade à tutela ambiental, pode contribuir para o aperfeiçoamento do manejo da ação civil pública e para o aperfeiçoamento dos estudos de impactos ambientais exigidos para empreendimentos potencialmente causadores de significativa degradação ambiental.

## REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira. **Suspensão de tutelas jurisdicionais contra o poder público**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 1997.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Traducción Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A técnica processual e tutela de direitos**. 3 ed. São Paulo : RT, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da fazenda pública em juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROCHA, Caio Cesar. **Pedido de suspensão de decisões contra o poder público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCARTEZINI, Jorge Tadeo Flaquer. **Suspensão de segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Teoria geral do processo civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TOMBINI, Carla Fernanda Leão Barcelos. **Suspensão de segurança na visão dos tribunais superiores**. Belo Horizonte, Forum, 2009.

VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentença contrárias ao poder público**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Artigo recebido em: 11/02/2014

Aprovado para publicação em: 30/06/2014

**Como citar:** BELLINETTI, Luiz Fernando. LUIZÃO, José Mauro. **Suspensão da execução de medidas judiciais deferidas para a tutela de interesses ambientais**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.1, p.91-114, jul.2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p91.

## Fenômeno empresa - dos interesses exclusivos privatistas aos institucionalistas publicistas: criando valor compartilhado

ENTERPRISE PHENOMENON - FROM PRIVATE EXCLUSIVE INTERESTS TO INSTITUTIONALISTS PUBLICISTS: CREATING SHARED VALUE

Nilton Cesar Flores\*  
Vinicius Figueiredo Chaves\*\*

**Resumo:** A partir da progressiva referenciabilidade pública do Direito Privado, o trabalho propõe a releitura do fenômeno empresa numa perspectiva ampliada, com abordagem da teoria dos *stakeholders*. Esta teoria considera um mito a doutrina de criação de valor somente para os sócios/acionistas. Conclui-se que a empresa não deve ser vista como mero instrumento para satisfação de interesses exclusivos de agentes racionais maximizadores de utilidades, mas sim como expressão de uma instituição cuja conduta não pode derivar somente de uma lógica de mercado, mas também da noção de criação de valor compartilhado para todas as partes interessadas.

**Palavras-chave:** empresa; interesse público; instituição; partes interessadas; valor compartilhado.

**Abstract:** Based on the progressive public referentiality of Private Law, the paper proposes the retelling of enterprise phenomenon in a larger context, through theory of stakeholders. This theory considers the doctrine of creation of value to the shareholders as a myth. It is concluded that enterprise should not be recognized as a mere instrument for the satisfaction of exclusive maximization interests of rational agents, but rather as the expression of an institution, whose conduct cannot be raised from a market logic only, but also from the concept of creating share value for all stakeholders.

**Keywords:** enterprise; public interest; institution; stakeholders; shared value.

\* Doutor pela UFSC; Professor Adjunto da UFF; Professor Permanente do PPGD da UNESA/RJ; cesarflores2004@hotmail.com

\*\* Doutorando em Direito pela UERJ, na linha de pesquisa empresa e atividades econômicas; Professor Auxiliar da UNESA/RJ; Professor Substituto da UERJ; Professor Substituto da UFF; viniciuschaves@gmail.com

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos têm sido frequentes as abordagens sobre o fenômeno empresa e temas a ele relacionados. Questões relativas às matérias têm ocupado espaço relevante na doutrina nacional e internacional, em abordagens interdisciplinares, tanto nas esferas privadas quanto nas públicas, sendo dotadas de grande atualidade e importância.

No âmbito da ciência jurídica tais discussões ocorrem numa conjuntura de amplas modificações do Direito Privado, a partir das quais se reconstróem muitos de seus paradigmas. Frente a este cenário, alguns de seus institutos tradicionais sofrem transformações na perspectiva de uma abordagem à luz das Constituições, diante da existência de uma maior confluência de interesses privados e públicos a norteá-los.

A partir da perspectiva acima, natureza e finalidades da empresa são repensadas. Tal desafio teórico se põe em meio a uma práxis que apresenta um aparente foco de tensão: de um lado, alguns veem na empresa um instrumento para a perseguição de resultados econômicos, movida por interesses exclusivos de agentes racionais maximizadores de utilidades. Por outro lado, têm sido também comuns produções que reconhecem um papel social da empresa, orientada para a conciliação de interesses particulares com questões relacionadas ao bem comum.

Justificam-se, assim, esforços no sentido da investigação dos papeis e do alcance das empresas nas práticas sociais e nas relações humanas, a partir de uma análise crítica da ordem jurídica brasileira. A partir do tema, formula-se o seguinte problema específico de pesquisa, que se buscará responder no desenvolvimento do trabalho: os interesses exclusivos privatistas, derivados unicamente de uma lógica de mercado, podem continuar norteando a ação das empresas?

O objetivo da investigação será o de demonstrar a necessidade de balizamento da atuação da empresa por valores fundamentais consagrados na perspectiva constitucional brasileira, assim como a sua harmonização com interesses decorrentes de aspirações de outras partes envolvidas, numa abordagem institucionalista publicista. A construção de respostas ao problema de pesquisa depende de reflexão sobre os perfis ou acepções do complexo fenômeno empresa, notadamente o funcional e o institucional.

A metodologia do trabalho é pautada por um caráter interdisciplinar, perpassando categorias não exclusivas do discurso jurídico que impactam

diretamente a realidade socioeconômica, em suas mais diversas dimensões. A pesquisa tem como fontes livros, monografias, artigos científicos, publicações periódicas, impressos diversos, assinadas por autores contemporâneos, mas sem se esquivar das lições dos clássicos, em âmbito nacional e internacional, além de buscas em sítios eletrônicos de organismos e instituições que exerçam atividades relacionadas aos assuntos objeto de estudo.

No item 1, será explorada a releitura da clássica dicotomia público-privada, que acarreta transformações no Direito Privado decorrentes da abordagem constitucional de seus institutos. O tópico seguinte apresenta o *proprium* do fenômeno empresa no Código Civil Brasileiro. O item 3 será destinado a analisar a ordem econômica constitucional brasileira, destacando-se a empresa como instrumento para a consecução de objetivos fundamentais do Estado. O item 4 investiga a função social da empresa como princípio constitucional e a modificação das ideias sobre o papel a ser desempenhado pelas empresas na sociedade contemporânea, com estudo da transição entre os interesses exclusivos privatistas e os institucionalistas publicistas. Por fim, o tópico 5 apresenta a ideia de valor compartilhado e descreve o conceito de *stakeholders*, dimensão que contribui para a consolidação de um novo modo de estruturação da dinâmica das relações sociais, com aumento da importância prática da empresa-instituição como agente do processo de transformação social.

## **1 O ESTREITAMENTO DA DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO, AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO PRIVADO E A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DE SEUS INSTITUTOS**

Durante muito tempo o Direito Privado somente privilegiou os interesses individuais das partes, faltando-lhe uma perspectiva pública de ancoragem em valores e considerações relacionadas ao bem comum (LORENZETTI, 1998). A ausência de tais perspectivas conduziu à proliferação de um conjunto perturbador de ações maximizadoras particulares, destituídas de valores e pautadas por critérios de autorrealização, o que contribuiu para o estabelecimento de fronteiras cada vez maiores entre o privado e o público.

Naquele cenário, o Direito Privado, então baluarte da sociedade burguesa, regulava as relações entre os particulares unicamente do ponto de vista da liberdade individual, à margem das constituições, numa espécie de primazia material diante do Direito Constitucional (HESSE, 1995). Esta liberdade se

verificava especialmente no campo da economia, espaço em que pouco se vislumbrava a intromissão do Estado.<sup>1</sup> esperava-se que as ações individuais racionais levassem ao autoequilíbrio, a partir da concepção de que a busca pelo próprio interesse, restrita pela competitividade, ensejaria o bem social, a produção máxima e o crescimento da economia, tornando desnecessária e indesejável tal interferência (BRUE, 2011).

A partir da Constituição de Weimar (1919) ocorrem relevantes alterações na dinâmica das relações entre o Direito Constitucional e o Direito Privado (HESSE, 1995), as quais se espalharam pelos ordenamentos jurídicos e implicaram um conjunto de modificações ao Direito Privado. A partir da sua progressiva referencialidade pública, destaca Ricardo Lorenzetti (1998), ocorre uma ampliação de perspectivas que contribui para a reconstrução de muitos de seus institutos tradicionais, os quais sofrem transformações decorrentes de uma abordagem à luz das Constituições, passando a representar verdadeiros instrumentos para a consecução de objetivos fundamentais dos Estados.

Com efeito, a reboque deste movimento de constitucionalização do Direito, verifica-se uma maior confluência de interesses privados e públicos a nortear não somente uma releitura da dicotomia público-privado, assim como de institutos jurídicos como a propriedade privada e a empresa, aos quais se passa a atribuir função social. Neste sentido importante destacar a lição de Luiz Fernando Amaral (2008, p. 68), para quem “com o advento do Estado do bem-estar social, todo e qualquer instituto jurídico passa, pois, a ter uma função que tem como finalidade última o bem-estar social.”<sup>2</sup>

Passa-se, então, ao exame do instituto empresa, termo polissêmico empregado em mais de uma acepção, um fenômeno econômico e complexo com projeções no plano jurídico (SZTAJN, 2010).

<sup>1</sup> No que se refere à participação do Estado na economia é possível constatar na doutrina alusões destacadas a pelo menos três paradigmas gerais distintos: Liberal, Social e Pós-Social. Cada visão implicou em uma determinada concepção de intersecções entre economia, direito, sociedade e o próprio Estado, com o poder público assumindo diferentes posições e estratégias em face do cenário econômico em cada contexto histórico. O modelo Liberal restou caracterizado pelo respeito às liberdades e intervenção estatal mínima na economia, a qual era guiada pelos próprios ajustes dos livres mecanismos de mercado.

<sup>2</sup> Convém registrar que, no âmbito brasileiro, o PL 1572/2011, em tramitação nas Casas Legislativas, que visa à instituição de um NOVO CÓDIGO COMERCIAL, aponta a livre iniciativa e a função social da empresa como princípios informadores, decorrendo do princípio da liberdade de iniciativa o reconhecimento, dentre outros: i) da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos; ii) da empresa privada como importante polo gerador de postos de trabalho e tributos, bem como fomentador de riqueza local, regional, nacional e global.

## 2 O *PROPRIUM* DO FENÔMENO EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O *proprium* consiste na característica essencial do objeto de estudo. Em relação ao fenômeno empresa, existem basicamente dois caminhos para desvendá-la: em seu paradigma restrito, a partir da ótica exclusiva do direito privado; ou numa perspectiva ampliada, face à ordem constitucional vigente. Neste tópico será examinada apenas a primeira das abordagens.

Com a efetivação da proposta de incorporação de capítulos sobre Títulos de Crédito e Direito de Empresa, o Código Civil de 2002 consagra-se como o núcleo central do direito privado brasileiro. No âmbito do Direito de Empresa, o legislador buscou inspiração no modelo já empreendido na Itália, a chamada teoria da empresa.

Identificada por Alberto Asquini (1996, p. 104-105) como um “fenômeno econômico poliédrico, o qual tem, sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram”, a empresa foi consagrada no direito brasileiro em sua acepção funcional, ou seja, como expressão de uma atividade econômica. Muito embora não tenha sido apresentado um conceito formal, a análise sistemática dos dispositivos do Código não deixa dúvida acerca da adoção deste determinado perfil.

Esta concepção, segundo relata Ana Bárbara Teixeira (2010), acorrenta o referido instituto à crise epistemológica do modelo de desenvolvimento utilizado no século XX, então pautado em crescimento econômico apenas quantitativo e acumulativo. Segundo a autora, o modelo em questão decorreu da dissociação entre a humanidade (sociedade), suas organizações e o meio ambiente e acarretou reflexos no desalinhamento entre os interesses da sociedade e os de suas instituições, especialmente o Estado e as empresas (estas focadas somente em resultados econômicos de curto prazo).

A característica essencial (*proprium*) do fenômeno empresa no plano exclusivo do direito privado brasileiro, ou seja, a sua consideração enquanto mera expressão de uma atividade econômica, está a estabelecer um polo de tensão entre a autonomia privada, isto é, os interesses exclusivos daqueles que assumem o risco pelo exercício da referida atividade, com a ideia de uma vinculação social necessária à preservação de outros interesses. Sem dúvida, a questão desafia um olhar mais amplo sobre a ordem constitucional vigente.

### **3 ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL: A EMPRESA COMO INSTRUMENTO PARA A CONSECUÇÃO DE OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO BRASILEIRO**

No plano da Constituição de 1988, a livre iniciativa foi consagrada como um dos princípios fundamentais, políticos e estruturantes do Estado brasileiro, constituindo fundamento da República Federativa do Brasil. De acordo com esta sistemática, não há dúvida de que os particulares ostentam a posição de principais atores da ordem econômica brasileira (BARROSO, 2008), isto é, a iniciativa privada tem a primazia no plano da atividade econômica. É a regra, sendo a iniciativa estatal a exceção (FERREIRA FILHO, 2012, p. 394).

A ideia acima é corroborada pelo art. 173 da Lei Fundamental. Ao designar que o poder público somente poderá exercer atividade econômica em caráter excepcional, nas hipóteses ressalvadas na Constituição,<sup>3</sup> ou quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, estabelece uma norma que rompe a “concepção que erigia o Estado como motor do desenvolvimento e lhe confiava a gestão de setores-chave da economia” (CHEVALLIER, 2009, p. 8), modelos ordenadores verificados outrora como base da organização jurídica do fato econômico.

Enquanto princípio constitucional, a livre iniciativa consiste no desdobramento de um princípio maior – o da liberdade – e certamente não se limita ou se esgota nos conceitos de liberdade econômica ou liberdade de empresa (RAMOS, 2012, p. 360). Isto porque a Constituição consagra um sistema híbrido, que simultaneamente congrega aspectos liberais e sociais, onde a existência digna e a justiça social compreendem as finalidades maiores da ordem econômica: em que pese ter na livre iniciativa um de seus fundamentos há também “normas voltadas para a construção de um modelo de Estado Social, com valorização do trabalho e justiça social” (PEIXINHO; FERRARO, 2006, p. 6967), onde restam evidentes as preocupações com aspectos relacionados à redução de desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego.

A atual concepção constitucional transforma a atividade econômica exercida pelo particular em instrumento para a consecução de objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Confere à iniciativa privada um relevante papel, não apenas de busca de interesses econômicos próprios, mas também e

<sup>3</sup> Alguns instrumentos de participação direta do Estado na economia são a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias.



principalmente capaz de atender exigências sociais cada vez mais presentes no cotidiano da sociedade brasileira.

A livre iniciativa, portanto, deve se manter compromissada com os valores éticos, voltados à preservação da existência humana em condições dignas (RAMOS, 2012, p. 360). Trata-se, assim, de um conjunto de atribuições transformadoras que transcendem aspectos meramente econômicos, comprometidas com o desenvolvimento do país, melhor qualidade de vida e o bem-estar das pessoas, das quais advém a permanente necessidade de mudanças nos referenciais do empreendedorismo, no sentido do fiel desempenho de uma função social.

Tal raciocínio é edificado a partir da ideia de que a Carta Política encarregou diferentes atores pelas transformações da sociedade na direção estabelecida pelo texto constitucional, relacionadas às finalidades maiores por ele pretendidos. De acordo com este regime, o desenvolvimento nacional e a justiça social constituem-se nos objetivos da ordem econômica e social, que é embasada por fundamentos e princípios que representam pautas conformadoras incontestáveis impostas a todos, inclusive, às empresas.

#### **4 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E A MODIFICAÇÃO DAS IDEIAS SOBRE O PAPEL A SER DESEMPENHADO PELAS EMPRESAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Numa visão moderna a Constituição, norma fundamental que confere unidade e coerência ao sistema jurídico (BOBBIO, 1999, p. 58-59), congrega não apenas direitos de defesa do indivíduo em face do Estado, expressando também uma ordem de valores que se irradia para as demais áreas do Direito (ERICHSEN, 2014).

Eduardo Enterría (1994, p. 95) destaca a supremacia da Constituição sobre as demais normas jurídicas, do que decorre o seu papel central na construção e validade do ordenamento. Segundo o autor, *“la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar este en cualquier momento de su aplicación.”* Assim, a interpretação e leitura dos institutos jurídicos deve ocorrer *“en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate.”*

No caso brasileiro, a Carta de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio e como o primeiro dos direitos fundamentais. Sua posição topográfica no texto constitucional revela não apenas seu *status* superior, enquanto alicerce dos objetivos fundamentais do Estado, assim como uma função de vetor axiológico (MORAES, 2006, p. 14), no sentido de privilegiar as situações jurídicas existenciais frente às patrimoniais (TEPEDINO, 1999, p.22).

A Constituição alçou também a função social da empresa<sup>4</sup> ao *status* de princípio constitucional, diante do reconhecimento do aumento da importância da atividade econômica exercida pelo particular num regime capitalista, de economia de mercado, onde a ordem econômica é fundada na livre iniciativa. A empresa passa a ser vista como relevante instrumento para a consecução dos objetivos fundamentais da República, concepção que transforma os particulares em atores sociais do processo de desenvolvimento brasileiro e lhes confere relevantes papéis,<sup>5</sup> que ultrapassam a mera busca de interesses econômicos próprios. Tais atribuições são pautadas pelo reconhecimento da dignidade como elemento central de um sistema integrado por feixes de interesses e direitos que dele decorrem, onde “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas” (PERLINGIERI, 1999, p. 156). Em outras palavras, a livre iniciativa deve ser conciliada com os demais princípios norteadores da ordem econômica e com os demais valores consagrados na Constituição (AMARAL, 2008, p. 115).

<sup>4</sup> É preciso referenciar que, antes do advento da Constituição de 1988, alguns diplomas legislativos já contavam com dispositivos relacionados ao tema. O artigo 116, §7º do revogado Decreto-Lei nº 2.627/40 (antiga Lei das Sociedades por Ações), determinava que os diretores agissem no exercício de suas funções tanto “no interesse da empresa quanto do bem público.” O artigo 116 da Lei nº 6.404/76, em seu parágrafo único, referencia o dever do administrador em fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, com responsabilidades perante os demais acionistas, os colaboradores (empregados) e a comunidade como um todo. Por seu turno, o artigo 154 da mesma Lei dispõe que “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfazer as exigências do bem público e da função social da empresa.” E, em seu § 4º, “o conselho de administração ou a diretoria pode autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.”

<sup>5</sup> Em âmbito internacional, a ONU reconhece participação central da iniciativa privada e das empresas no desenvolvimento sustentável, que “*solo se puede lograr forjando una alianza amplia entre las personas, los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado* (grifamos), *trabajando juntos a fin de lograr el futuro que queremos para las generaciones presentes y futuras.*” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento Sustentável. Parágrafo 13. Disponível em: <<http://www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/13/PDF/N1147613.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

Conforme advertem Amartya Sen e Bernardo Kliksberg (2010, p. 362-364), as ideias acerca do papel a ser desempenhado pelas empresas privadas na sociedade contemporânea se modificaram aceleradamente nos últimos anos, passando de uma visão que defendia a geração de lucro para seus proprietários – somente a quem deveriam prestar contas – como a sua única responsabilidade, a uma perspectiva que vai muito além, promovendo uma ruptura paradigmática em relação às concepções anteriores, no sentido de considerá-las com alta responsabilidade social, com a exigência de características tais como: i) políticas de pessoal que respeitem os direitos dos que fazem parte da empresa e favoreçam o seu desenvolvimento, vale dizer, promover condições dignas de trabalho aos seus colaboradores, remuneração justa, possibilidades de progresso na carreira e programas de capacitação; ii) transparência e boa governança corporativa, isto é, prestar informações públicas e de forma contínua, garantindo aos acionistas, especialmente os minoritários, possibilidade de participação ativa, com instâncias diretivas idôneas, que lutem para abolir os conflitos de interesses societários; iii) jogo limpo com o consumidor, ou seja, oferta de produtos de boa qualidade, saudáveis e com preços razoáveis; iv) políticas de proteção ao meio ambiente, tornando-se as empresas limpas do ponto de vista ambiental, além de contribuírem com a agenda que o mundo tem diante de si neste campo, seja a nível local, regional, nacional ou mesmo internacional; v) integração aos temas que produzem o bem-estar comum, no sentido da colaboração ativa com as políticas públicas, em aliança com os Poderes Públicos e a sociedade civil, voltada ao enfrentamento conjunto de questões essenciais para o interesse coletivo; vi) não praticar um código de ética duplo, isto é, atuar, na prática, de forma coerente com o discurso de responsabilidade social empresarial.

## **5 A EMPRESA-INSTITUIÇÃO: DOS INTERESSES EXCLUSIVOS PRIVATISTAS AOS INSTITUCIONALISTAS PUBLICISTAS**

Dentro desse cenário de evolução conceitual, oportuno ressaltar a classificação proposta por David Schewerin (2005). Segundo o autor, a empresa passa a ser reconhecida como uma organização viva, cujas obrigações se tornam multidimensionais no sentido de harmonizar a busca de seus interesses particulares com compromissos éticos e sociais, em busca de um crescimento equilibrado e sustentável em longo prazo.

Igualmente relevante a concepção crítica apresentada por Nelson Nones (2002, p. 129), para quem “a atual realidade econômica e social e as ações sociais das empresas parecem sinalizar que o conceito de empresa é mais do que uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.”

Os entendimentos acima suscitam reflexão sobre o perfil de empresa consagrado no Código Civil de 2002, visto que a acepção funcional (atividade econômica organizada), a partir da ótica exclusiva do direito privado, representa um paradigma restrito e parece ir de encontro à perspectiva constitucional brasileira, onde a “empresa” deve ser entendida como um agente de transformação, com relevantes papéis a serem desempenhados na sociedade e conduta pautada em valores em busca da harmonização da efetivação de interesses particulares e públicos, ou seja, como expressão de uma verdadeira “empresa-instituição.”<sup>6</sup>

Na leitura de Renato Rodrigues (2008), todas estas transformações indicam a superação de uma concepção conhecida como exclusivo privatista, baseada na qual, durante muito tempo, considerou-se os objetivos que transitavam as relações empresariais como de natureza estritamente individual e particular. Neste sentido, passa-se a reconhecer que as empresas-instituições reúnem não apenas os interesses das suas partes integrantes, mas também de toda a sociedade, uma concepção institucionalista publicista na qual se encontram presentes preocupações com noções como interesse público e função social.

Assim, incorpora-se ao fenômeno empresa a ideia de responsabilidade social, pautada nas seguintes características: i) é plural (empresas devem satisfações aos sócios e acionistas, como também aos colaboradores, às mídias, aos governos, aos setores não governamentais e à comunidade); ii) é distributiva (os conceitos são difundidos ao longo de todo e qualquer processo produtivo, não somente ao produto final); iii) é sustentável (atitudes responsáveis não somente perante o meio ambiente, mas também junto a sociedade); iv) é transparente (necessidade de divulgação de suas performances sociais e ambientais, do impacto de suas atividades e medidas de prevenção).<sup>7</sup>

<sup>6</sup> O termo foi utilizado como título de dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (TEIXEIRA, 2010).

<sup>7</sup> Disponível em: <[http://www.responsabilidadesocial.com/institucional/institucional/\\_view.php?id=3](http://www.responsabilidadesocial.com/institucional/institucional/_view.php?id=3)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

## 6 CRIANDO E COMPARTILHANDO VALOR: O CONCEITO DE *STAKEHOLDERS* E O SURGIMENTO DE UMA NOVA VISÃO PARA A ATUAÇÃO DAS EMPRESAS

Por muito tempo o foco excessivo na maximização do retorno de curto prazo aos *shareholders* (sócios / acionistas) acabou por gerar um contexto de crise no relacionamento das empresas com a sociedade da qual fazem parte, onde o discurso das organizações frequentemente referenciava compromissos com questões relacionadas a sustentabilidade, mas com um aparente hiato entre teoria e prática, onde restavam claras distorções como informação imperfeita,<sup>8</sup> racionalidade limitada, conflitos de interesses internos e com a própria sociedade, comprometendo a geração e preservação de valor e a própria sustentabilidade.

A sustentabilidade consiste num “novo paradigma secular, do gênero daqueles que se sucederam na gênese e desenvolvimento do constitucionalismo (CANOTILHO, 2010, p. 8).”<sup>9</sup> Inicialmente, a ideia se encontrava ancorada somente ao indicador meio ambiente, tendo esta compreensão sido deslocada também para outros eixos mais abrangentes. Atualmente, destaca Maria Luiza Feitosa (2009, p. 33-34), “a ideia de desenvolvimento sustentável se fundamenta, basicamente, em três indicadores: atividade econômica, meio ambiente e bem estar da sociedade.” Para a autora,

O marco desta compreensão é o relatório da Comissão Mundial da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), de 1987, intitulado ‘Our Common Future’, também conhecido como ‘Relatório Brundtland’. A Comissão que preparou esse relatório, presidida por Gro Harlem Brundtland,

<sup>8</sup> A ONU demonstra grande preocupação com a apresentação de informes sobre sustentabilidade, assim como no que tange à necessidade de confecção de modelos de boas práticas. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento Sustentável. [on line]. Parágrafo 47. “Reconocemos la importancia de la presentación de informes sobre sostenibilidad y alentamos a las empresas, especialmente a las que cotizan en bolsa y a las grandes empresas, a que, según proceda, consideren la posibilidad de incorporar información sobre sostenibilidad a su ciclo de presentación de informes. Alentamos a la industria, los gobiernos interesados y las partes interesadas pertinentes a que, con el apoyo del sistema de las Naciones Unidas, según proceda, confeccionen modelos de mejores prácticas y faciliten la adopción de medidas en favor de la incorporación de informes sobre sostenibilidad, teniendo en cuenta las experiencias de los marcos ya existentes y prestando especial atención a las necesidades de los países en desarrollo, incluso en materia de creación de capacidad.” Todavía, tratam-se de meras recomendações para as empresas, ou seja, mecanismos de *soft Law*, desprovidos de força cogente. Disponível em: <<http://www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/13/PDF/N1147613.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

<sup>9</sup> O autor cita como paradigmas o humanismo no séc. XVIII, a questão social no séc. XIX, a democracia social no séc. XX e a sustentabilidade no séc. XXI (CANOTILHO, 2010).

elaborou um conceito de desenvolvimento sustentável que não se restringe ao impacto da atividade econômica sobre o meio ambiente, englobando também as consequências dessa relação na qualidade de vida e no bem-estar das populações presentes e futuras. Nos termos do relatório, desenvolvimento sustentável não é um estado permanente de harmonia, mas um processo de mudança que conjuga a exploração dos recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico a as mudanças institucionais no sentido da satisfação das necessidades do presente, sem comprometer a extensão desse legado para as gerações futuras.

Percebe-se, assim, que o novo paradigma da sustentabilidade também conduz a uma redefinição dos papéis dos agentes sociais, dentre os quais a empresa, da qual, neste século XXI, passa-se a exigir os chamados comportamentos empresariais sustentáveis, que harmonizem aspectos econômicos, sociais e ambientais. Uma visão mais ampla dos relacionamentos corporativos, no sentido de incorporar considerações de ordem social e ambiental aos negócios e operações desenvolvidos, especialmente pelas macroempresas.<sup>10</sup>

De acordo com a nova realidade, apresenta-se como primordial a necessidade de harmonização dos interesses individuais dos *shareholders* com o interesse público, no sentido de dar efetividade aos comandos constitucionais, alicerçados em questões relacionadas à implementação de um ideal de justiça social,<sup>11</sup> em que o desenvolvimento sustentável das atividades econômicas é imprescindível à garantia de um *standard* digno de vida ao homem. Em outras palavras, a consolidação cada vez maior da ideia de que as empresas não desenvolvem suas atividades num vácuo social, mas sim diante de questões fundamentais como expectativas, valores, matrizes sociais e processos comunicacionais mais amplos com a sociedade.

<sup>10</sup> O termo macroempresa foi cunhado como referência à sociedade anônima (COMPARATO, 1970).

<sup>11</sup> Como adverte Luis Sanchis (2007, p. 99), “*el Derecho positivo ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia*”. SANCHÍS, Luis Pietro. *Apuntes de teoría del Derecho*. Oportuno também ressaltar a lição de Paulo Cunha (2004, p. 189-192) sobre Justiça: “(...) Elenquemos rapidamente o que pode ser a Justiça, ou seja, em que categoriais se manifesta ela: como uma virtude, como um valor, como um princípio – sobretudo. (...) A Justiça passa de algum modo a encontrar-se num Direito Natural de princípios. E as grandes Declarações de Direitos e Constituições modernas serão os arautos de tal Direito Natural. (...) E nos nossos dias, neste nosso tempo de confluências e encruzilhadas, a Justiça pode e talvez deva ser virtude, valor e princípio. E pode ser outras coisas. Por exemplo, à falta de Bem Comum, conceito cheio de significado, mas por vezes contado negativamente, fala-se cada vez mais em Justiça Social. As Justiças adjetivadas abundam. Temos de perseguir nas palavras os sentidos para além das circunstâncias dos tempos”.

O advento do conceito de *stakeholders* foi fundamental para o surgimento de uma nova visão para a atuação das empresas, que contesta a premissa de que a maximização de lucros para sócios e acionistas seria a sua única finalidade. Quanto ao tema, vale transcrever a doutrina de Edward Freeman (2010):

*In the traditional view of the firm, the shareholder view, the shareholders or stockholders are the owners of the company, and the firm has a binding financial obligation to put their needs first, to increase value for them. However, stakeholder theory argues that there are other parties involved, including governmental bodies, political groups, trade associations, trade unions, communities, financiers, suppliers, employees, and customers. Sometimes even competitors are counted as stakeholders – their status being derived from their capacity to affect the firm and its other stakeholders (FREEMAN, 2010, p. 24-25-26)*

O autor menciona também que, no século XXI, as empresas devem criar o maior valor possível para todas as partes interessadas, não somente para sócios ou acionistas. Uma noção que parece sepultar a concepção exclusiva privatista e consagrar a leitura institucionalista publicista, no sentido da busca da promoção de um alinhamento, ou seja, uma maior harmonização entre os interesses de todos os *stakeholders*, conforme se depreende do ensinamento abaixo:

*Every business creates, and sometimes destroys, value for customers, suppliers, employees, communities and financiers. The idea that business is about maximizing profits for shareholders is outdated and doesn't work very well, as the recent global financial crisis has taught us. The 21st Century is one of "Managing for Stakeholders." The task of executives is to create as much value as possible for stakeholders without resorting to tradeoffs. Great companies endure because they manage to get stakeholder interests aligned in the same direction (FREEMAN, 2010, p. 25-26).*

De acordo com esta ótica, na condição de agente que interage na realidade social, a empresa-instituição reúne os interesses de outras partes para além daqueles de seus sócios ou acionistas, ou seja, um prisma de variados interesses, tanto no âmbito interno quanto externo, que devem ser, todos, respeitados (PEREZ, 2008, p. 205-206).

Neste sentido, constitui um mito a doutrina de criação de valor somente para os *shareholders* (sócios/acionistas), que vê a empresa como um instrumento



cujo único propósito é a perseguição de resultados econômicos, movida por interesses exclusivos de agentes racionais maximizadores de utilidades (STOUT, 2012). Floresce, a partir daí, a noção de criação de valor compartilhado (PORTER & KRAMER, 2011): a conduta da empresa não pode ser voltada somente para o desempenho econômico-financeiro, especialmente o de curto prazo. Deve contemplar também os direitos de todas as partes interessadas, isto é, uma redefinição de suas finalidades que permita uma maior contribuição para a realização do desenvolvimento e para a concretização dos direitos fundamentais no plano coletivo.

Como exemplo prático de novas posturas alinhadas à ideia de criação de valor compartilhado, importante destacar a iniciativa conhecida como Bolsa de Valores Sociais e Socioambientais. A primeira delas foi criada no Brasil, em 2003, a Bolsa de Valores Socioambientais (BVSA)<sup>12</sup>, tendo sido reconhecida pela ONU como modelo de caso a ser seguido por outras bolsas no mundo. A BVSA é uma criação da BM&FBOVESPA, companhia aberta com valores mobiliários negociados no mercado de capitais, e suas corretoras, para que as pessoas ou empresas, chamados investidores socioambientais, pudessem contribuir com recursos para a realização de projetos sociais e ambientais. A BVSA tem apoio oficial da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Alguns exemplos de projetos e ações: i) Escolas em ação (realização de curso de instrumentalização em educação ambiental, para que profissionais da educação de Paranaguá possam atuar como mobilizadores de ações em prol do meio ambiente); ii) OCA – Escola Cultural (o projeto pretende subsidiar atividades da Escola Cultural da OCA, que oferece educação complementar focada na formação da identidade cultural de crianças e

<sup>12</sup> A BVSA influenciou outras bolsas no mundo, como a Bolsa de Valores Sociais de Portugal, que “replica o ambiente de uma Bolsa de Valores e o seu papel é facilitar o encontro entre Organizações da Sociedade Civil, criteriosamente selecionadas, com trabalhos relevantes e resultados comprovados na área da educação e do empreendedorismo, e investidores sociais (doadores) dispostos a apoiar essas organizações através da compra de suas ações sociais. Seguindo o exemplo do que ocorre no mercado de capitais, a Bolsa de Valores Sociais é o espaço que promove esse ponto de encontro e que zela pela transparência da relação entre a Organização e o investidor social. Ao fazê-lo, garante que o investimento social seja o mais eficaz possível, com resultados que podem ser acompanhados a qualquer momento pelos investidores sociais. Ao promover os conceitos de investimento social e investidor social, a Bolsa de Valores Sociais propõe que o apoio às Organizações da Sociedade Civil seja visto não sob a ótica da filantropia e da caridade, mas sim do investimento que deve gerar um novo tipo de lucro: o lucro social.” Disponível em: <<http://www.org.pt/view/viewQuemSomos.php>>. Acesso em: 05 jul. 2013. Outro exemplo é a South African Social Investment Exchange – SASIX, a Bolsa de Investimentos Sociais da África do Sul, que conta com apoio institucional da Bolsa de Valores de Johannesburg. Disponível em: <<http://www.sasix.co.za>>. Acesso em: 05 jul. 2013.



jovens de Carapicuíba; iii) Condomínio da Biodiversidade – Programa de Apoio à Conservação (o projeto pretende desenvolver ações de apoio e orientação a proprietários de áreas com vegetação nativa relevantes para a conservação da biodiversidade urbana em Curitiba); iv) Tô Ligado (contribui para o desenvolvimento integral e a superação das dificuldades escolares e para preparar crianças e jovens do bairro de Santa Teresa, no Rio de Janeiro, para o trabalho). v) Projeto Caatinga Verde (o projeto irá complementar ações do poder público junto ao Quilombo do Mocambo para o desenvolvimento da ovinocultura local de forma associada à preservação da Caatinga); vi) Oasis Training (o projeto pretende capacitar jovens da Baixada Santista no Estado de São Paulo, na Filosofia Elos e Jogo Oásis, metodologias bem-sucedidas de mobilização comunitária).

As condutas da empresa que transcendem aspectos meramente econômicos têm sido constantemente incentivadas, inclusive, com a criação de determinados padrões de certificação relacionados a questões vinculadas à visão institucionalista publicista. Entre algumas das certificações existentes, podem ser citadas: i) Selo empresa amiga da criança (selo criado pela Fundação Abrinq para empresas que não utilizem mão de obra infantil e contribuam para a melhoria das condições de vida de crianças e adolescentes); ii) ISO 14000. O ISO 14000 é apenas mais uma das certificações criadas pela International Organization for Standardization, que dá destaque às ações ambientais da empresa merecedora da certificação; iii) AA1000. (o AA1000 foi criado em 1996 pelo Institute of Social and Ethical Accountability. Esta certificação de cunho social enfoca principalmente a relação da empresa com seus diversos parceiros, ou “stakeholders”. Uma das suas principais características é o caráter evolutivo já que é uma avaliação anual); iv) SA8000. (a “Social Accountability 8000” é uma das normas internacionais mais conhecidas. Criada em 1997 pelo Council on Economic Priorities Accreditation Agency, o SA8000 enfoca, primordialmente, relações trabalhistas e visa assegurar que não existam ações antissociais ao longo da cadeia produtiva, como trabalho infantil, trabalho escravo ou discriminação).<sup>13</sup>

Enfim, a releitura do fenômeno empresa numa perspectiva ampliada. Criar, preservar e compartilhar valor: esta é a chave de tudo!

<sup>13</sup> Disponível em: <[http://www.responsabilidadesocial.com/institucional/institucional/\\_view.php?id=3](http://www.responsabilidadesocial.com/institucional/institucional/_view.php?id=3)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação propôs a análise dos papeis e do alcance da empresa nas práticas sociais e nas relações humanas, a partir de uma abordagem crítica da ordem jurídica brasileira. Ao longo da pesquisa, foi possível constatar dois possíveis caminhos: a apreciação do instituto empresa em seu paradigma restrito, a partir da ótica exclusiva do direito privado; ou numa perspectiva ampliada, face à ordem constitucional vigente.

Em seu padrão limitado, a empresa é entendida como mera expressão de uma atividade econômica. Esta noção parece acorrentá-la à ideia de perseguição de resultados econômicos, movida por interesses exclusivos de agentes racionais maximizadores de utilidades, que se reflete em ações particulares destituídas de valores e pautadas por critérios de autorrealização. Esta leitura se encontra atrelada a uma espécie de primazia material do Direito Privado diante do Direito Constitucional, com resquícios de fronteiras entre o privado e o público.

Por outro lado, a progressiva referencialidade pública do direito privado, que acarreta a ampliação de suas perspectivas e impõe novos modos de pensar alguns de seus institutos tradicionais, conduz à consciência de um horizonte estendido. Nesta visão a empresa assume a condição de verdadeiro instrumento para a consecução de objetivos fundamentais do Estado. Um agente que interage constantemente na realidade social e que reúne diversos feixes de interesses, privados e públicos, os quais devem ser harmonizados.

De acordo com a segunda visão, a empresa é instrumento de viabilização da promoção de aspirações privadas e públicas, que apresenta uma função econômica, mas também uma função social. Neste contexto, a ideia de perseguição de resultados econômicos no interesse exclusivo de agentes racionais maximizadores de utilidades, o mito criado pela doutrina do valor exclusivo para os *shareholders*, cede espaço para o propósito de conciliação de interesses particulares com questões relacionadas ao bem comum, a noção de criação de valor compartilhado para os *stakeholders*.

Como resposta ao problema de pesquisa, entende-se como superada a concepção exclusivo-privatista, de caráter meramente individualista, em privilégio de uma abordagem institucionalista, de cunho publicista, ancorada em valores. De acordo com esta ótica, o perfil funcional de empresa, como mera expressão de atividade econômica, perde espaço para a sua acepção institucional, onde a empresa-instituição é entendida como agente social promotor de transformação.

A partir da noção de articulação de interesses de todos os *stakeholders*, a empresa-instituição poderá contribuir para a consolidação de um novo modo de estruturação da dinâmica das relações sociais. Um modelo de contínuo aperfeiçoamento do alinhamento das instituições econômicas, jurídicas e sociais com questões como recuperação de valores e reconsideração do bem comum, pautada em valores fundamentais consagrados na perspectiva constitucional brasileira.

O debate acerca da função das empresas na perspectiva constitucional brasileira impõe reflexões sobre as circunstâncias em que atendem ao interesse público, diante de um paradigma ampliado de Direito Privado, que não se baseia somente na tolerância e na neutralidade. De acordo com esta realidade, a empresa-instituição deve estabelecer modelos capazes de gerar e preservar valor para além de seus sócios ou acionistas, em busca da garantia de uma convergência maior dos complexos feixes de interesses que a envolvem.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. São Paulo: SRS, 2008.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 104, out./dez. 1996.

BARROSO, Luis Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. **Redae – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, nº14, mai./jun./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-14-maio-2008-luis%20roberto%20barroso.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed., Brasília: UnB, 1999.

BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**, v. VIII, n. 13, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1970.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Almedina, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1994.

ERICHSEN, Hans-Uwe. A eficácia dos direitos fundamentais na Lei Fundamental Alemã no Direito Privado. In: GRUNDMANN, Stefan et al (Orgs.). **Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de juristas no Brasil**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Desenvolvimento econômico e direitos humanos. **Boletim de Ciências Econômicas LII**, 2009, p. 33-34. Disponível em: <<http://www.uc.pt/fduc/publicacoes/bce/2009>>. Acesso em: 02 jun. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREEMAN, Edward R. **Strategic Management: A Stakeholder Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madri: Civitas, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NONES, Nelson. **A função social da empresa**: sentido e alcance. *Novos Estudos Jurídicos*, ano VII, n. 14, abr. 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento Sustentável**. Parágrafo 13. Disponível em: <<http://www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/13/PDF/N1147613.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao Desenvolvimento como Direito Fundamental. In: XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Manaus, 2006, *Anais...* 6952-6973. [on line]. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel\\_messias\\_peixinho.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. **The big idea**: Creating Shared Value – how to reinvent capitalism and unleash a wave of innovation and growth. *Harvard Business Review*. Jan./fev. 2011.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RODRIGUES, Renato Amoedo Nadier. **Direito dos Acionistas Minoritários**. São Paulo: Lawbook, 2008.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Apuntes de teoria del Derecho**. 2<sup>a</sup> ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

SCHWERIN, David A. **Capitalismo Consciente**: como criar o sucesso do futuro inspirando-se na sabedoria do passado. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar:** a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 362-363-364.

STOUT, Linn. **The Shareholder Value Myth.** San Francisco: Berrett-Koehler, 2012.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa:** atividade empresária e mercados. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. **A empresa-instituição.** São Paulo, 2010, 272f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Artigo recebido em: 19/02/2014

Aprovado para publicação em: 25/05/2014

**Como citar:** FLORES, Nilton Cesar. CHAVES, Vinicius Figueiredo. **Fenômeno empresa - dos interesses exclusivos privatistas aos institucionalistas publicistas: criando valor compartilhado.** *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.1, p.115-134, jul.2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p115.

# O princípio da vulnerabilidade e as técnicas de neuromarketing: aprofundando o consumo como vontade irrefletida

THE PRINCIPLE OF VULNERABILITY AND  
NEUROMARKETING TECHNIQUES: DEEPER AS  
CONSUMPTION WILL UNTHINKING

Gilson Martins Mendonça\*  
Katya Kozicki\*\*  
Sérgio Reis Coelho\*\*\*

**Resumo:** Este artigo faz reflexão sobre o significado do neuromarketing e qual o impacto de suas técnicas no aprofundamento da vulnerabilidade do consumidor. Parte do princípio de que a legislação brasileira não se encontra ainda dotada de dispositivos aptos a proteger a vontade do consumidor quando esta esteja diante de técnicas que utilizem os conhecimentos do neuromarketing. Defende que a semelhança do que ocorre no campo da publicidade, sejam introduzidos no Código de Defesa do Consumidor ou em legislação apartada dispositivos sobre a matéria, sob pena da repercussão negativa na vulnerabilidade e na intimidade do consumidor.

**Palavras-chaves:** Direito do Consumidor. Vulnerabilidade. Neuromarketing.

**Abstract:** This article is a reflection about neuromarketing and the impact of their techniques to deepen the vulnerability of the consumer. We depart from the principle that the Brazilian legislation is not yet equipped with devices able to protect the consumer when it will be on techniques that use knowledge of neuromarketing. It is argued that, similarly to what occurs in the field of advertising, are introduced in the Code of Consumer Protection legislation or devices apart on the matter, failing that the indiscriminate use of these techniques reflected negatively on their own vulnerability and intimacy consumer.

**Keywords:** Consumer Law. Vulnerability. Neuromarketing.

- \* Doutor em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Professor da Universidade Estadual do Maranhão. e-mail: gilsonmartins@ccsa.uema.br
- \*\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/PR. e-mail: kkozicki@uol.com.br
- \*\*\* Doutorando em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Promotor de Justiça no Estado do Piauí. e-mail: coelhosz@gmail.com

## INTRODUÇÃO

De todos os adjetivos que se poderia valer um intérprete para caracterizar e definir a sociedade contemporânea, no intuito de oferecer uma visão geral de sua significação e abrangência, percebe-se que a noção de ser uma sociedade de consumo, por excelência, tem destaque e coloca em evidência um personagem típico deste momento histórico: o consumidor.

O consumo é uma realidade. Não há como evitá-lo, impedi-lo, fugir de sua força atrativa, negá-lo, pois desde o momento em que o indivíduo acorda e passa a realizar suas atividades, alimenta-se, exercita-se, desenvolve a sua rotina habitual, a qual vai findar com o apagar das luzes para o descanso noturno. Renovando o ciclo, consome produtos e serviços, permitindo afirmar que do berço ao túmulo todos são e serão consumidores.

Essa marcha é inexorável, pois decorrente da existência humana, e a abordagem aqui proposta não é de uma leitura existencialista<sup>1</sup> do consumo, pela qual se poderia defender que toda a responsabilidade do ato de consumir reside no consumidor, tampouco uma visão liberal, que o compreende, tão somente, como um instrumento inserido na liberdade econômica, no livre mercado, expressão da igualdade perante a lei, mas, ao contrário, se advoga que o ato de consumir deve cumprir uma função social, o qual deve ser suavizado e tutelado pelo Estado. Esse processo de suavização e tutela do consumo implica em um papel ativo do Estado na proteção do consumidor, pelo qual são criadas regras claras para sua defesa e, principalmente, o reconhecimento legislativo da sua vulnerabilidade com o estabelecimento de dispositivos legais que venham ao seu amparo.

O consumidor é vulnerável, não há dúvida. Em uma sociedade hipermoderna<sup>2</sup>, dominada por meios de comunicação cada vez mais efetivos, instantâneos, a tecnologia evolui com grande rapidez em curto espaço de tempo, sendo difícil acompanhar suas inovações, o que tem levado ao surgimento de distúrbios de saúde específicos e próprios desse período, a

---

<sup>1</sup> O existencialismo é uma corrente de pensamento que propõe analisar o homem em sua relação com o mundo, distanciando-se das propostas filosóficas que idealizam a condição humana. Jean Paul Sartre (1905 – 1980) é o principal expoente desta escola e defendia que a existência precede a essência.

<sup>2</sup> O termo sociedade hipermoderna é proposta pelo filósofo francês Gilles Lipovetsky (1944) na obra *Os tempos hipermodernos*, na qual o autor defende que ocorreu uma transição da pós-modernidade para o que denomina hipermodernidade.



exemplo da síndrome da dependência tecnológica<sup>3</sup>. Nesse sentido, a posição do consumidor é cada vez mais ameaçada, pois pouco conhecendo o produto que consome, o serviço que utiliza, e, menos ainda, a lógica envolvida nas relações de consumo, figura na maioria das vezes como um mero aderente da vontade do fabricante e dos fornecedores, que oferecem e ditam as opções de consumo disponíveis. Surge, daí, um elemento a mais para reforçar a sua vulnerabilidade: o neuromarketing.

O neuromarketing é um tema que tem relação direta com o princípio da vulnerabilidade, pois importa em um conjunto de conhecimentos que analisam fisiologicamente o cérebro do consumidor, bem como as manifestações corporais no momento do ato de consumo, no afã de propor novas estratégias de marketing e de comportamento consumerista. Assim, como equilibrar a relação estabelecida entre o consumidor e o fornecedor, a qual é notoriamente assimétrica, quando o último se encontra munido de uma série de instrumentos e estudos científicos que perscrutam e procuram imputar o querer do primeiro? O consumidor passa a tomar decisões que não são decorrência de uma vontade refletida, mas antes condicionadas, programadas e neurologicamente estudadas.

As normas brasileiras estabelecem sérias restrições à publicidade de determinados produtos (bebidas alcoólicas, fumo, medicamentos e agrotóxicos), pois entendeu o legislador que a vontade do consumidor deve ser resguardada, reconhecendo também a sua vulnerabilidade. Técnicas de neuromarketing já são visíveis no mercado de consumo brasileiro, aonde várias empresas vêm realizando vultosos investimentos na qualificação de profissionais e em pesquisas nesta área do conhecimento.

É nesse entorno de discussão que se situa este artigo, o qual tem por proposta refletir sobre o impacto das técnicas de neuromarketing no aprofundamento da vulnerabilidade do consumidor, pois se parte do princípio que a legislação brasileira não se encontra ainda dotada de dispositivos aptos a proteger a vontade refletida do consumidor. Defende-se, ao final, que sejam introduzidos no Código de Defesa do Consumidor ou em legislação apartada dispositivos sobre a matéria, sob pena da repercussão negativa na utilização indiscriminada dessas técnicas na vulnerabilidade e na própria intimidade do consumidor.

<sup>3</sup> A Síndrome da Dependência Tecnológica, também conhecida como tecnose, é uma doença psiquiátrica que decorre da utilização excessiva de recursos tecnológicos e da internet. Esta enfermidade tem bastante semelhança com as dependências químicas de drogas e álcool, inclusive seu tratamento é bem similar.

## 1 A SOCIEDADE DE CONSUMO

O ponto de partida para se compreender a atual sociedade de consumo é a Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra, em meados do século XVIII, e que, no século XIX, se expandiu pelo mundo. Aquele conjunto de mudanças tecnológicas importou em profundas alterações na sociedade da época, inaugurando um novo modelo capitalista (capitalismo industrial) caracterizado por uma divisão do trabalho até então inexistente, invenções que permitiram maximizar a produção, a superação do trabalho humano pela máquina e o estabelecimento de uma nova relação capital x trabalho.

O liberalismo<sup>4</sup> é a teoria política e econômica que justifica esse período, o qual propunha uma ampla liberdade individual, a defesa da propriedade privada, o livre mercado, o estado de direito e, sobretudo, a não ingerência estatal, cabendo ao Estado apenas assegurar as condições mínimas de desenvolvimento social e proteção da propriedade. É neste contexto político e econômico que nasce a sociedade de consumo, inicialmente tímida, pois as práticas comerciais até aquele momento tinham por objetivo apenas saciar as necessidades existentes, preencher as carências surgidas com o aumento gradativo da complexidade social, diferentemente do que ocorre hoje, quando é a própria sociedade de consumo que gera as necessidades, incitando um consumo desregrado e desnecessário.

Cabe assinalar, contudo, que a forma como hoje é conhecida e vivenciada a sociedade de consumo tem relação direta com o fim da Grande Guerra e com os desdobramentos dos acontecimentos ocorridos após o seu término. Vários institutos e ramos do conhecimento surgem e se desenvolvem nesse momento, importando em contribuições significativas ao atual modelo consumerista. Um exemplo foram as contribuições das técnicas de propaganda nazista da 2ª guerra mundial para o desenvolvimento da publicidade comercial.

Lipovetsky (2007, p. 26) apresenta um quadro esquemático de todo este percurso histórico pelo qual transitou a sociedade de consumo, investigando a relação consumo e capitalismo, propondo uma divisão, em três momentos, do que denomina capitalismo de consumo, ao afirmar que,

---

<sup>4</sup> O liberalismo é um sistema político-econômico baseado na defesa da liberdade individual que abrange o campo econômico, político e religioso contra as ingerências e atitudes do Estado. O Liberalismo: antigo e moderno, de autoria de José Guilherme Merquior, é um dos mais brilhantes ensaios escritos sobre o tema.

se a hipótese de uma nova etapa histórica da civilização consumidora é justa, é possível propor um esquema de sua evolução fundado na distinção de três grandes momentos. Não é necessário esclarecer que a “descrição” que dou deles é das mais sumárias, sendo o objetivo procurado apenas o de abarcar num único olhar um fenômeno complexo e secular, pôr em perspectiva o sentido das mudanças em curso, inscrevendo o presente na história longa da civilização de massa.

A primeira fase se inicia nos anos 1880, perdurando até a segunda guerra mundial. O que marca este período é a produção em larga escala e uma nova filosofia comercial, na qual o lucro provinha da venda de uma maior quantidade de produtos a uma pequena margem de lucro, preferentemente, a vendas de pequenas quantidades com margens expressivas. É o momento também do desenvolvimento do marketing de massa, pois “até os anos 1880, os produtos eram anônimos, vendidos a granel, e as marcas nacionais, muito pouco numerosas” (LIPOVETSKY, 2007, p.29).

Como decorrência desse marketing de massa, as empresas passam a empacotar e rotular seus produtos, padronizando-os, atribuindo nomes, prática até então incomum, e investindo pesadas somas em publicidade para torná-los conhecidos da população. É o período do surgimento das marcas célebres. Muitas destas chegaram até os dias de hoje, a exemplo da Coca-Cola, fundada em 1886, no estado da Geórgia, nos Estados Unidos, e que originalmente foi concebida para ser um remédio, mas hoje é o refrigerante mais popular e consumido no mundo.

É nesse primeiro momento, portanto, que surge o consumo de marcas, no qual o que fideliza o consumidor é o produto e não a relação que, outrora, era mantida com o vendedor. Surgem também as grandes lojas de departamentos, isto é, grandes magazines a exemplo da Printemps, em 1865, e Le Bon Marché, em 1869, ambas na França. O consumo é percebido nessa fase como projeção social, onde o produto consumido é símbolo de notoriedade, de destaque, pois ainda muito restrito a um grupo pequeno de pessoas.

O segundo momento se inicia por volta de 1950, em um momento histórico de excepcional crescimento econômico, pelo aumento da produtividade no trabalho e pela contribuição do fordismo à regulação da economia, identificando essa fase como de uma sociedade da abundância, quando o poder de compra é quadruplicado para deleite do consumo de massa, embalando os sonhos dos consumidores (LIPOVETSKY, 2007).

A principal característica desse novo ciclo econômico é a ampliação das novas estratégias de marketing, as quais passam a atuar de forma segmentada, atingindo públicos direcionados, em que o consumidor passa a ser visto não de forma geral, mas integrante de um dado grupo, quer por fatores socioculturais, econômicos, estéticos e outros. O consumo, então, passa a ser a expressão de um modo de vida, fundamento do bem estar, da felicidade, e não é mais tão somente projeção social, mas, sobretudo, dirigido para o íntimo, para a satisfação do desejo e do prazer, podendo-se afirmar que esta sociedade do desejo se apresenta “impregnada de imaginário de felicidade consumidora, de sonhos de praia, de ludismo erótico, de modas ostensivamente jovens” (LIPOVETSKY, 2007, p. 35).

A partir do final dos anos 70, ingressa-se na terceira fase, o qual tem por peculiaridades um forte individualismo e um estímulo desenfreado ao consumo, o qual passa a ser movido por impulso, sem uma razão explicativa, de forma inconsciente e predatória, modelo denominado de sociedade do hiperconsumo. É este o paradigma atual, em que o ato de consumir deixou de ser a forma de satisfazer uma necessidade para se tornar, sobretudo, um ato realizado compulsoriamente, de forma irrefletida e mecânica, onde o consumidor é induzido a se comportar de determinada maneira e reduzido em sua vontade livre.

## **2 OS PRINCÍPIOS DA VULNERABILIDADE E DA INFORMAÇÃO: SITUANDO O CONSUMIDOR NA SOCIEDADE DE HIPERCONSUMO**

O direito das relações de consumo surgiu como o escopo de equilibrar a relação travada entre fornecedores e consumidores, notadamente, em uma época em que, cada vez mais, o consumidor menos domina e compreende o processo de produção e distribuição dos bens na sociedade. O fornecedor é o elo forte, pois domina os meios de produção, conhecendo pormenorizadamente a cadeia produtiva e com amplo acesso a todas as informações que envolvem o produto e as técnicas de criação de desejo.

Ao mesmo tempo o consumidor se vê perdido, náufrago em um mar de informações truncadas, desconexas, descontínuas e ao mesmo tempo rápidas, coloridas e glamorosas, para as quais não possui capacidade de decodificação e de posicionamento. É o vulnerável, a parte fraca que depende do fornecedor para suprir suas necessidades, nem sempre reais, estando submisso frente às opções que disponibilizadas por este no mercado consumidor. Conforme Efing (2004, p. 105),

fica claro, portanto, com base nesta assertiva, que a situação do consumidor é a de submissão ao poder dos fornecedores, uma vez que sua escolha de bens de consumo não poderá exceder aquilo que é oferecido no mercado. Esta submissão é a responsável pela fundamentação do princípio da vulnerabilidade que, partindo do pressuposto de que o consumidor depende dos empresários, fornecedores pessoas físicas ou entes despersonalizados para a manifestação de sua vontade, conclui ser o consumidor imprescindivelmente a parte mais fraca da relação de consumo.

No atual paradigma da sociedade de consumo, vicejam os contratos de adesão aos quais, muitas vezes, não permitem ao consumidor nem saber com quem contrata; onde vários serviços essenciais são prestados no regime de monopólio, a exemplo do fornecimento de luz, água, telefonia fixa e vários serviços públicos ou sob concessão; em que as compras e ofertas de serviços pela internet vêm crescendo em ritmo desenfreado sem qualquer tipo controle pelo consumidor; na qual bancos e financeiras oferecem crédito fácil e abundante. Destarte fica a pergunta: qual a liberdade de escolha do consumidor e de que forma entende ele sua vulnerabilidade?

Vulnerabilidade e informação são dois princípios básicos quando se tratam das relações consumeristas, os quais são tratados no bojo da Política Nacional das Relações de Consumo, prevista no art. 4º do Código de defesa do Consumidor, sendo certo afirmar, como o faz Filomeno (2007, p. 11), que

com efeito, o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor constitui-se numa verdadeira **alma**, no sentido de que visa a atender não apenas às necessidades dos consumidores e respeito à sua dignidade – de sua saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria de sua qualidade de vida, como também à imprescindível harmonia das relações de consumo.

O princípio da vulnerabilidade<sup>5</sup> é um elemento chave para se compreender a posição do consumidor no mercado de consumo, pois significa que este é o

<sup>5</sup> José Geraldo Brito Filomeno realiza interessante ponderação sobre a vulnerabilidade do consumidor, como a seguir: “por vulnerabilidade, há de se entender a fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer no que diz respeito às chamadas informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor ou ainda técnica. Ora, referidas informações, que podem ser, por exemplo, verdadeiras ou falsas, ou então desatenderem às expectativas dos consumidores, mediante oferta, publicidade ou apresentação (embalagens, bulas de remédios, manuais de uso, cartazes e outros meios visuais), apresentando-se, por conseguinte, na fase chamada pré-contratual. Essa vulnerabilidade ainda está presente na fase de contratação na aquisição de um produto ou da prestação de um serviço. Sabendo-se que hoje em dia dada a massificação da produção e, conseqüentemente, do crédito e das vendas, a grande maioria dos contratos é de

mais débil, a parte mais frágil, o alvo para o qual são direcionados todos os mecanismos de convencimento e de manipulação postos à disposição do fornecedor no intuito de vender e impor os seus produtos e serviços. A vulnerabilidade é um conceito de direito material<sup>6</sup>, sendo uma qualidade intrínseca, imanente a todos que se encontram na posição de consumidor, não importando sua condição social, cultural ou econômica, logo, a imediata aplicação do CDC é forma de minorar esta desigualdade existente.

O direito à informação é também princípio imprescindível quando se busca delimitar o espaço ocupado pelo consumidor na sociedade de consumo, pois informação clara, precisa, honesta permite ao consumidor decidir de forma refletida sobre a necessidade, ou não, de determinado produto ou serviço, sendo expressão da liberdade do ato de consumir. Ocorre que, muitas vezes, o direito à informação não é observado, prejudicando o consumidor em suas decisões diárias e o colocando em posição desfavorável perante o fornecedor.

Um exemplo que bem ilustra esta discussão é a atinente a rotulagem de produtos que contenham matéria prima transgênica no Brasil e o direito à informação do consumidor, tema que vem encontrando ferrenha oposição das empresas. No Brasil, em que pese toda a polêmica que envolve o assunto<sup>7</sup>, bem como a discussão jurisprudencial e doutrinária, alguns estados da Federação, a exemplo de São Paulo<sup>8</sup>, resolveram editar leis, determinando a rotulagem dos produtos de natureza transgênica em seu território, com o objetivo de garantir o direito à informação do consumidor e o exercício do seu direito de escolha.

---

adesão, ou seja, contrato em que as condições gerais e cláusulas são unilaterais e previamente dadas por apenas uma das partes, cabendo à outra tão-somente aceitá-las ou não, é grande o risco de prejuízo ao consumidor, parte mais fraca. E por último esta vulnerabilidade se manifesta na fase pós-contratual, em que podem surgir vícios ou defeitos, tornando os produtos adquiridos ou serviços contratados inadequados aos fins aos quais se destinam, ou então nocivos ou perigosos à incolumidade física ou saúde dos consumidores que, além disso, poderão experimentar prejuízos em decorrência destes mesmos vícios os defeitos”.

<sup>6</sup> É importante destacar que existe diferença entre vulnerabilidade e hipossuficiência. O primeiro é conceito de direito material e tem cunho geral, enquanto a hipossuficiência equivale a um conceito processual e deve ser tomada de forma particularizada.

<sup>7</sup> Desde o Decreto n° 4.680, de 24 de abril de 2003, que regulamentava o direito à informação ao consumidor, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, através de rótulo com símbolo próprio, definido pela Portaria n.º 2658, de 22 de dezembro de 2003, do Ministro de Estado da Justiça, cujos efeitos práticos até hoje ainda não foram notados pela população. Sobre o tema ver MENDONÇA, Gilson Martins, COELHO, Sérgio Reis. A ética da informação e o direito de escolha na questão da rotulagem dos transgênicos. Disponível em <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/gilson\\_martins\\_mendonca.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/gilson_martins_mendonca.pdf)> Acesso em 23 out. 2012.

<sup>8</sup> Vide Lei estadual n° 14.274, de 16 de dezembro de 2010, que dispõe sobre a rotulagem de produtos transgênicos no Estado e dá outras providências.

### 3 AS PRÁTICAS COMERCIAIS NO CDC: DISCUTINDO O PAPEL DO MARKETING

Percebida a posição ocupada pelo consumidor na relação de consumo, a qual, sem qualquer margem de erro, é inferior a ocupada pelo fornecedor, é o momento de se discutir a contribuição do marketing para esse estado de coisas.

O Código de Defesa do Consumidor cumpre no Brasil o objetivo de estabelecer regras claras de convivência na sociedade de consumo, ressaltando Benjamin (2007, p. 251) que esta regulamentação não ocorre “com o intuito de reprimi-la, mas apenas de colocá-la a serviço do interesse público”. Dentre as várias regras trazidas pelo CDC, destacam-se as atinentes as práticas comerciais e, nestas, as referentes ao marketing e a publicidade, temas para os quais o código consumerista dedicou uma atenção especial. Deve-se atentar ao fato de que marketing e publicidade não são sinônimos, mas coexistem em uma relação de gênero e espécie. O marketing<sup>9</sup> engloba além da publicidade, que é seu aspecto mais importante, outras formas de expressão, a exemplo das vendas por correspondência, vendas a prestação, as amostras gratuitas, descontos, concursos, etc.

A necessidade de estabelecer uma regulamentação para o Marketing decorre do fato, conforme Solomon (2002, p. 28), de se viver em um mundo

<sup>9</sup> Raimar Richers faz uma rápida abordagem sobre a evolução do Marketing: “apesar de sua juventude, o Marketing já passou por uma série de fases conotativas bem distintas e em parte até divergentes. Houve épocas em que as definições se concentravam nos aspectos primordialmente legais, relacionados à transferência de posse quando da compra e venda de bens. Em outras ocasiões, a ênfase fora dada a aspectos relacionados à distribuição, sobretudo quando, nos EUA, surgiram conflitos entre os interesses de poderosos grupos de produtores e distribuidores de bens. Durante muito tempo prevaleceu como definição mais divulgada a da Associação Americana de Marketing (AMA), que caracterizava esta área como abrangendo todas as atividades que envolvem o fluxo de bens e serviços entre o produtor e o consumidor. Mas essa definição não resistiu às críticas de inúmeros representantes, não só do mercado acadêmico, como também dos praticantes de Marketing. Ela deu lugar a uma interpretação mais ampla e mais voltada a dois aspectos primordiais: à responsabilidade das funções administrativas dentro do processo de Marketing na empresa (o chamado Managerial Marketing) e à abordagem sistêmica que se preocupa com a integração ordenada entre os diversos instrumentos que participam de um processo mercadológico qualquer. A mais recente das modificações conceituais do Marketing surgiu em consequência das repercussões dos movimentos consumeristas mundiais, de um lado, e, do outro lado, do reconhecimento de que o conceito de Marketing poderia ter aplicação e utilidade em áreas não necessariamente restritas à atuação das empresas privadas. Sob essas influências, o conceito ampliou-se para abranger áreas de ordem macro (como algumas das funções de um Estado moderno ou de uma comunidade social), bem como as atividades de organizações que não necessariamente visassem lucros nas suas transações, tais como igrejas, hospitais ou partidos políticos. Desde então, o Marketing ampliou os seus horizontes para além das empresas particulares, e tornou-se uma atividade-irmã de funções sociais, como a prática e o planejamento urbano”.



“significativamente influenciado pelas ações dos profissionais de marketing”, no qual todos se encontram “rodeados de estímulos de marketing na forma de comerciais, lojas e produtos competindo pela nossa atenção e nosso dinheiro”. Essa inserção do marketing na vida social, no cotidiano, faz com que a própria percepção dos fatos que acontecem na sociedade seja, em muitos casos, decorrência de uma filtragem realizada pelos profissionais do marketing, que acabam por estabelecer padrões de conduta e de compreensão social, no intuito de melhor vender seus produtos. Segundo Solomon (2002, p. 28), “confiamos neles para nos vender produtos que são seguros e têm o desempenho prometido, para nos dizer a verdade sobre o que estão vendendo e garantir preço e distribuição justos para esses produtos”.

O marketing é regulado pelo CDC, pois este como o instrumento, por excelência, de regulação das relações de consumo no Brasil traz, em seu bojo, um conjunto de dispositivos tratando deste tema durante as fases em que se desenvolve a relação consumerista. Para Benjamin (2007, p. 261), o CDC enxerga o marketing sob três ângulos:

Primeiramente, sob o aspecto pré-contratual, o marketing, preenchidos certos requisitos, é conferido efeito vinculante. Além disso, o marketing projeta-se na própria estrutura interior do contrato, sobrepondo-se às cláusulas que se proponham a negar, diretamente ou indiretamente, sua força vinculante. Finalmente o marketing, em momento pós-contratual ou metacontratual, acarreta o direito de indenizar, na hipótese de dano ao consumidor.

O tratamento amplo do marketing no CDC busca compatibilizá-lo com a defesa do consumidor, pois estes fenômenos, que não são incompatíveis, devem conviver em harmonia, pois buscam o mesmo objetivo que é a satisfação das necessidades do consumidor. Um dos grandes problemas que se verifica nesta relação direito e marketing, todavia, intensa e com muitos pontos em comum, é quanto à forma como se desenvolve o direito e o marketing. O direito é lento por natureza, metódico, formal, possuindo um ritmo de transformação vagaroso, enquanto o marketing é dinâmico, célere, o que torna problemático adotar leis rígidas de controle deste último<sup>10</sup>.

Em virtude deste fato, o CDC adotou dispositivos que tratam o marketing de forma genérica, permitindo que a jurisprudência, de forma criativa e inovadora,

<sup>10</sup> O que se pode apontar nesse sentido é a atuação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, que surge no final da década de 70 justamente para se contrapor à iniciativa governamental de regular o setor. Vide <<http://www.conar.org.br/>>.



enfrente as diversas situações que se apresentam na relação travada entre o marketing e os direitos dos consumidores. Essa relação entre o direito e o marketing é bem explicitada por Benjamin (2007, p. 262), para quem

a função do direito ao controlar o marketing é, portanto, a de estabelecer parâmetros mínimos de conduta, respeitando sempre - como o quer a Constituição Federal - a livre iniciativa. É por este prisma que se deve buscar a compatibilização entre ‘a defesa do consumidor’ e a ‘a liberdade de marketing’. Seria tal objetivo um simples ideal? Acreditamos que não. Marketing e defesa do consumidor funcionam no mercado e são, portanto, dele dependentes. Sem mercado e concorrência não há como se falar em marketing e proteção do consumidor. Logo, ao se proteger o mercado, ao se assegurar o seu funcionamento adequado, especialmente pelas normas de defesa do consumidor, em verdade, se está garantindo a própria sobrevivência do marketing.

O que o CDC pretende, ao estabelecer toda uma regulamentação do marketing, é que este seja exercido de forma a respeitar o consumidor e seus direitos, se apresentando de forma clara, precisa, em que os valores reinantes em uma relação de consumo, tais como informação de qualidade, confiança, respeito, sejam resguardados e protegidos, bem como seja expurgado o mau uso das técnicas de marketing que visem à exploração, à fraude e ao prejuízo dos consumidores.

#### **4 O NEUROMARKETING: UM NOVO MOMENTO NA CIÊNCIA DO MARKETING**

O estudo do comportamento do consumidor é de fundamental importância para os profissionais do marketing, pois se trata de área do conhecimento caracterizada por uma profunda interdisciplinaridade. O estudo deste tema significa amearhar conhecimentos oriundos de diversos ramos do saber, tais como, a psicologia, a economia, a história, a antropologia, dentre outras, no afã de compreender como ocorre o processo decisório no ato da compra.

Para Solomon (2007, p. 24) o comportamento do consumidor é “o estudo dos processos envolvidos quando os indivíduos ou grupos selecionam, compram, usam ou dispõem de produtos, serviços, ideias ou experiências para satisfazer necessidades e desejos”. Entretanto, várias são as abordagens teóricas sobre o comportamento do consumidor, as quais adotam as mais diversas perspectivas

visando explicar o processo decisório de compra. Pinheiro *et al.* (2006), por exemplo, apontam em sua obra algumas das mais importantes teorias empregadas para se compreender o comportamento do consumidor.

Desde uma perspectiva histórica, esses autores apontam uma teoria da racionalidade econômica, a qual propõe que o comportamento do consumidor obedece a uma lógica do maior benefício ao menor custo possível. Para esta teoria, o comportamento do consumidor “tem por horizonte a maximização da utilidade, isto é, os esforços de escolha de um consumidor sempre teriam por horizonte a maximização dos graus de satisfação psicológica e prazer obtidos com o uso dos produtos e serviços obtidos” (PINHEIRO *et al.*, 2006, p. 15).

Com base na psicologia, apresentam os autores outras três importantes teorias comportamentais do consumo, as quais enfatizam a necessidade de, primeiro, melhor compreender o que acontece na mente do consumidor para, então, desvendar os motivos de seu comportamento. A primeira é denominada teoria comportamental do consumo, que busca estabelecer relações entre o comportamento do consumidor e o meio ambiente em que este vive. Nela, “o consumo, um tipo de comportamento, é um conjunto de reações fisiológicas e comportamentais observáveis, geradas por estímulos localizados no meio ambiente” (PINHEIRO *et al.*, 2006, p. 16). Logo, é com base no estudo dos estímulos presentes no meio ambiente que se pode compreender a forma de comportamento do consumidor, ou seja, a sua aproximação (reação positiva) ou afastamento (reação negativa) das opções de consumo disponíveis no mercado consumidor.

A segunda é a teoria psicanalítica, criada por Sigmund Freud no final do século XIX e início do século XX, a qual propõe que o consumo é expressão de desejos inconscientes, pois o consumidor projeta nos produtos que compra todas as suas angústias, frustrações, conflitos e expectativas, funcionando o consumo como um modo de dar vazão a estes sentimentos que possui e estão represados. Conforme Pinheiro *et al* (2006, p. 18),

a teoria psicanalítica, desta forma, chama a atenção não apenas para os motivos inconscientes da compra, mas também para o seu caráter expressivo, posto que os consumidores projetam seus desejos nos produtos ofertados. A escolha dos produtos, então, dá-se de acordo com a capacidade de estes satisfazerem, mesmo que parcial e temporariamente, os impulsos inconscientes. Com base nesse raciocínio, cabe aos profissionais de marketing criar estratégias que ressaltem características dos produtos que despertem o desejo inconsciente dos consumidores.

A terceira e última é a teoria cognitivista do consumo, uma das mais utilizadas pelos pesquisadores hodiernamente, pois entende o comportamento do consumidor como oriundo da relação produto, consumidor e meio ambiente. Nessa perspectiva, o consumo é visto como um processo de tomada de decisão pelo qual o consumidor, diante de várias opções, pondera diversos fatores antes de decidir. Estes fatores são de ordem cognitiva tais como a percepção, aprendizagem, atitudes e valores; de ordem sociocultural, como a influência familiar; ou ainda de fatores oriundos do meio ambiente no momento da compra. É uma teoria integrativa, pois leva em consideração diversos aspectos para explicar o comportamento do consumidor.

Por fim, podem-se destacar as teorias sociais e antropológicas que são as que defendem o consumo como uma decorrência de processos sociais. Estas abordagens oferecem uma compreensão do consumo como inserido em uma dinâmica social e cultural própria, a qual possibilita que os indivíduos alcancem determinadas posições sociais. Examinadas todas estas teorias que objetivam compreender o comportamento do consumidor, percebe-se que a investigação nesta área do conhecimento é intensa, pois objetiva, sobretudo, fornecer subsídios aos profissionais do marketing para a sua atuação, tendo um caráter eminentemente prático.

É, neste contexto, que surge o neuromarketing, assunto relativamente novo, o qual teve início no final dos anos noventa em algumas universidades norte-americanas, destacando-se o Laboratório Mente do Mercado (*Mind of the Market Laboratory*) da *Harvard Business School*, onde um dos pesquisadores, Gerald Zaltman, médico, decidiu empregar aparelhos de ressonância magnética para fins de marketing. A expressão neuromarketing, no entanto, somente passa a ser utilizada no ano de 2002, quando foi cunhada por Ale Smidts, um professor de marketing na Erasmus University, em Roterdã, na Holanda.

O neuromarketing é uma nova disciplina<sup>11</sup> que busca estudar quais são as variáveis capazes de influenciar o comportamento do consumidor no processo

<sup>11</sup> A Revista Planeta, na edição de julho de 2010, trouxe uma interessante reportagem sobre o neuromarketing. Da citada reportagem extrai-se o seguinte trecho: “Auxiliados por equipamentos de ressonância magnética, os neurocientistas conseguem registrar instantaneamente as atividades cerebrais e a formação de sinapses e reações, monitorando as emoções que sentimos durante as compras. Enquanto somos expostos a mensagens relacionadas com experiências de consumo, essas sofisticadas técnicas de imageamento identificam na tela do computador, por meio de gráficos coloridos e em terceira dimensão, as zonas do cérebro estimuladas e o funcionamento de cada pedaço de nossa mente.

Já com a tomografia de ressonância magnética funcional, os cientistas produzem imagens coloridas da troca de substâncias no cérebro e registram instantâneos da localização e intensidade da atividade

decisório de compra, utilizando para este fim ferramentas da psicologia e da medicina. Como afirma Soares Neto (2007, p. 10), em dissertação que cuida do neuromarketing,

os avanços na ciência do cérebro vêm permitindo desenvolvimentos inovadores voltados para o conhecimento de experiências inconscientes dos consumidores. Tais novidades relacionam-se à técnicas de neuroimagem, como a imagem por ressonância magnética funcional (functional magnetic resonance imaging – fMRI), a tomografia ótica funcional difusa (FDOT) (ZALTMAN, 2003) e a tomografia por emissão de pósitrons (Posidron Emission Tomography – PET) (KENNING, P.; PLASSMANN, H., 2005). Essas técnicas de escaneamento do cérebro produzem figuras da estrutura ou do funcionamento dos neurônios (KOSSLYN; ROSENBERG, 2001). Por meio da neuroimagem, os pesquisadores são capazes de observar diretamente as atividades cerebrais, enquanto os indivíduos se envolvem em várias tarefas mentais, ou seja, registram-se imagens do cérebro dos consumidores e identificam-se quais áreas da mente são ativadas quando as pessoas são expostas a marcas, imagens, vídeos, produtos ou propagandas comerciais.

Em que pese o neuromarketing ser recente, estando ainda em seus primeiros passos, a verdade é que várias empresas multinacionais importantes estão investindo somas expressivas em pesquisas nesta área, a exemplo, da General Motors, Ford, Daimler, GE, Coca-Cola, McDonald's, K-Mart, Kodak, Levi-Strauss e Delta Airlines.

Uma técnica de neuromarketing que já é bastante comum é o *branding sensorial*<sup>12</sup>, no qual os sentidos são seduzidos por aromas, por estímulos

---

cerebral. Sinais de radiofrequência fornecem a imagem das alterações no fluxo sanguíneo e na oxigenação em determinadas áreas cerebrais. O processo também mostra como a intensidade cerebral se altera diante de anúncios publicitários.

É assim, por meio da atividade elétrica cerebral, que os neurocientistas esperam explicar o que move a decisão das compras e obter dados e informações relevantes sobre os processos e as variáveis mentais que possam explicar melhor as expectativas, preferências, motivações e comportamentos relacionados com o consumo, ajustando as estratégias de marketing das empresas.

Entretanto, os neuropsicólogos asseguram que não existe um botão para o consumo porque a tomada de decisões envolve diversas regiões do cérebro que atuam de forma sequencial num curto espaço de tempo. Por isso, segundo eles, a atividade prática do neuromarketing até agora se limita à fotografia do cérebro no instante exato da tomada de decisão. O grande avanço científico é conseguir ver na prática como as funções cerebrais (emoção, memória e raciocínio) são ativadas diante de um estímulo. Disponível em <<http://www.terra.com.br/revistaplaneta/edicoes/453/artigo178293-5.htm>>. Acesso em 10.07.2011.

<sup>12</sup> A Revista Planeta menciona um caso conhecido de branding sensorial no Brasil, segundo o periódico: “Em 2001, uma ação de branding sensorial usada pela Bauducco foi bastante comentada pelas pessoas e talvez você até se lembre (ou tenha participado) dela: no Natal daquele ano, a empresa espalhou o aroma de panetone em 32 salas de cinema de São Paulo, enquanto imagens do produto

auditivos, visuais que forçam os consumidores a comprar, atuando sobre a própria fisiologia, tornando o ato de compra não uma ação refletida, mas imposição exigida pelo organismo levado à desejar a experiência de consumo do produto e o conseqüente sentimento de satisfação. Esse estado da arte permite perceber o neuromarketing como ponto central de uma discussão sobre questões éticas, as quais não são tratadas no marketing tradicional, pois que este trabalha, principalmente, com pesquisas qualitativas, enquetes, entrevistas, sempre atuando externamente ao indivíduo, buscando compreender o comportamento do consumidor a partir de elementos externos a este.

Ainda que essa forma de trabalhar do marketing tradicional gera alguns problemas, pois como afirma Soares Neto (2007, p. 13),

é nesse ponto que Lima (2005) chama a atenção do problema de desenvolver campanhas publicitárias fundamentadas em dados colhidos através de entrevistas não totalmente confiáveis. Segundo esse autor, dois motivos podem gerar dados equivocados, o primeiro é que os questionários não conseguem articular questões-chave de maneira adequada e nada garante que o entrevistado esteja falando a verdade, e o segundo é que as pessoas expressam-se mal e entediam-se facilmente,

todavia, o que o marketing tradicional objetiva é vender produtos, e as ações que emprega não atuam na fisiologia do consumidor, mas apenas no plano psicológico, o que fez o CDC estabelecer regras bastante claras e rígidas quanto à publicidade.

Por outro lado, o neuromarketing trabalha na lógica inversa, pois visa o estudo do comportamento do consumidor tendo por referência elementos internos, fisiológicos, investigando os processos químicos e cerebrais que ocorrem na mente do consumidor para, a partir desses dados, sugerir intervenções e novas formas de abordagem comercial, retirando ao máximo do indivíduo consumidor sua capacidade volitiva.

Ante esse panorama, percebe-se que com as técnicas de neuromarketing surgem questões éticas que não existiam antes no marketing tradicional, e por isso ainda não reguladas, as quais não podem ser afastadas e necessitam ser objeto de um rigoroso debate. Afinal como compreender o ato de compra depois do neuromarketing? A compra é decorrente de uma vontade refletida do

---

eram exibidas na tela, antes de o filme começar. Nem é preciso contar como foram as suas vendas de panetones naquele ano. Disponível em <<http://www.terra.com.br/revistaplaneta/edicoes/453/artigo178293-5.htm>>. Acesso em 10.07.2011.

consumidor, tendo em vista uma necessidade ou este atua como uma espécie de zumbi, executando um programa acionado em sua mente?

Não há dúvida que o neuromarketing veio aprofundar a vulnerabilidade do consumidor, pois abriu um novo campo de investigação, bastante promissor, onde se permitiu ao profissional do marketing ter acesso às reações físicas do consumidor, podendo então melhor conduzir as suas campanhas e intervenções publicitárias. Em virtude de toda essa discussão que envolve o neuromarketing, há a necessidade de se estabelecer no CDC dispositivos que tratem diretamente do tema, pois a lei apenas cuida das práticas comerciais envolvendo o marketing tradicional. Em outras palavras, não há como fechar os olhos a essa realidade sob pena de se aprofundar cada vez mais a vulnerabilidade do consumidor.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ser ainda um debate novo, o neuromarketing ainda não foi devidamente percebido pelo direito, o que não acontece na publicidade e na administração, áreas do conhecimento que vêm investigando profundamente o tema. O neuromarketing abre muitas possibilidades para que se influa no comportamento do consumidor, tornando necessária uma discussão ampla em suas bases e nas técnicas que propõe, enfim, tudo que o envolve, pois as conquistas desse método podem repercutir muito negativamente na relação consumidor-fornecedor.

Como já dito, o consumidor é o vulnerável, o elo fraco da relação de consumo, logo a exigência do direito protegê-lo ante as investidas do fornecedor. Ocorre que o neuromarketing reforça essa vulnerabilidade, pois disponibiliza um conjunto de técnicas já desenvolvidas e a desenvolver que verticalizam ainda mais a relação de consumo, bem como afetam a intimidade do consumidor ao analisá-lo de forma interna, e não externamente, como faz o marketing tradicional.

Frente a essa realidade, não pode o direito quedar inerte, mas deve tutelá-la buscando compreender as propostas do neuromarketing e as técnicas já existentes, no intuito de fazer inserir no Código de Defesa do Consumidor dispositivos tratando do tema à semelhança do que foi realizado com o marketing e a publicidade. Esta modificação legislativa, por fim, é importante, pois repercutirá na minoração do consumo irrefletido, decorrente de abordagens publicitárias aéticas que utilizam de forma irresponsável e desmedida, as técnicas do neuromarketing e estabelecerá um padrão normativo a ser observado por todos aqueles que atuam no segmento publicitário e de vendas.

## REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio H. de V. e. Das Práticas Comerciais. *In: Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor: doutrina, jurisprudência e aspectos práticos**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. São Paulo: Companhia da letras, 2007.

MENDONÇA, Gilson Martins, COELHO, Sérgio Reis. **A ética da informação e o direito de escolha na questão da rotulagem dos transgênicos**. Disponível em <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/gilson\\_martins\\_mendonca.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/gilson_martins_mendonca.pdf)> Acesso em 23 out. 2012.

PENDERGRAST, Mark. **Por Deus, pela pátria e pela Coca-Cola**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993.

PINHEIRO, Roberto Meireles; CASTRO, Guilherme Caldas e outros. **Comportamento do consumidor e pesquisa de mercado**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

RICHERS, Raimar. **Marketing: uma visão brasileira**. São Paulo: Negócio, 2000.

\_\_\_\_\_. **O que é Marketing**. 15. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

SOARES NETO, João Batista. **Mapeando fundamentos do constructo neuromarketing com profissionais de empresas de publicidade**. Dissertação de Mestrado. Natal: UFRN, 2007.

SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo.** Porto Alegre, Bookman, 2002.

ZALTMAN, Gerald. **Afinal, o que os clientes querem.** Rio de Janeiro: Campus, 2003.

Artigo recebido em: 27/03/2014

Aprovado para publicação em: 09/07/2014

**Como citar:** MENDONÇA, Gilson Martins. KOZICKI, Katya. COELHO, Sérgio Reis. **O princípio da vulnerabilidade e as técnicas de neuromarketing: aprofundando o consumo como vontade irrefletida.** *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.1, p.135-152, jul.2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p135.



# Esfera pública, reconhecimento e minorias: o diálogo Habermas-Fraser

## PUBLIC SPHERE, RECOGNITION AND MINORITIES: THE HABERMAS-FRASER DIALOGUE

Maria Eugenia Bunchaft\*

**Resumo:** Nancy Fraser delineou uma compreensão procedimental do reconhecimento que tem possibilidade de combater políticas estreitas de autenticidade de grupo. Jürgen Habermas enfatiza um modelo deliberativo e uma análise histórica da esfera pública, por meio de um aprendizado teórico que culminou em 1992, com *Faktizität und Geltung*. Pretendemos demonstrar, com base em Fraser e Habermas, que, diante de um contexto de exclusão do espaço público oficial, é necessário ampliar arenas discursivas, sob pena de reproduzirmos e mantermos as assimetrias dominantes. Fraser, em *Scales of Justice*, defende uma esfera pública transnacional na qual há uma rearticulação dos processos decisórios, superando as fronteiras dos estados nacionais territorialmente situados. Propugnamos analisar a evolução das concepções de esfera pública em Habermas e Fraser ao longo de suas trajetórias teóricas. Em Habermas, até 2011, havia uma ambiguidade que oscilava entre a abordagem fina de patriotismo constitucional e a concepção densa de autocompreensão europeia. Com efeito, pretendemos investigar como Habermas, em *Sobre a constituição da Europa - um ensaio*, Habermas soluciona tal ambiguidade em relação à compreensão de esfera pública, lecionando que os cidadãos, por meio da tecnologia digital e de padrões morais, avaliam as estruturas econômicas europeias, confrontando as instituições existentes com as exigências de uma justiça global. Sustentamos, com base em Habermas, que tais discussões devem ser efetivadas no interior de um Parlamento mundial composto de Estados e cidadãos.

**Palavras-chave:** Esfera pública; Reconhecimento; minorias; Habermas; Fraser.

\* Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos. Pós-Doutora em Filosofia pela UFSC Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio e-mail: mbunchaft@ig.com.br

**Abstract:** Nancy Fraser outlined a procedural understanding of the recognition it has possibility to fight close political group of authenticity. Jürgen Habermas emphasizes a deliberative model and a historical analysis of the public sphere, through a theoretical learning that culminated in 1992 with *Faktizität und Geltung*. We intend to demonstrate, based on Fraser and

Habermas, who, before a backdrop of exclusion from official public space, it is necessary to expand discursive arenas, otherwise reproduce and maintain the dominant asymmetries. Fraser, in *Scales of Justice*, argues for a transnational public sphere in which there is a re-articulation of decision processes, overcoming the boundaries of national states territorially located. We advocate to analyze the evolution of conceptions of the public sphere in Habermas and Fraser along their theoretical trajectories. Habermas, until 2011, there was an ambiguity that oscillated between the thin approach of constitutional patriotism and dense European conception of self. Indeed, we intend to investigate how Habermas, in *On the Constitution of Europe - an Essay*, Habermas resolves this ambiguity in relation to the understanding of the public sphere, teaching citizens, through digital technology and moral standards, assess European economic structures collating existing institutions to the demands of global justice. We argue, based on Habermas, that such discussions should take effect within a world parliament composed of states and citizens.

**Keywords:** Public Sphere; Recognition; Minorities; Habermas; Fraser.

## INTRODUÇÃO

Nancy Fraser (2003a; 2003b) delineou uma compreensão procedimental sobre o reconhecimento que tem possibilidade de combater políticas estreitas de autenticidade de grupo, de forma a conferir uma estratégia coerente capaz de atender aos desafios das sociedades multiculturais. Em *Scales of Justices*, Fraser (2010) sublinha que a estrutura conceitual da justiça anteriormente focada na perspectiva bidimensional (redistribuição e reconhecimento), agora incorpora uma terceira perspectiva: a da representação. Esta irá complementar o instrumental de Fraser, sendo capaz de contemplar a dimensão estruturante do enquadramento da justiça em sociedades globais. Portanto, a terceira dimensão da justiça é o político, que “diz respeito à natureza da jurisdição do Estado e das regras de decisão pelas quais ele estrutura as disputas sociais”. (FRASER, 2009, p. 19).

Nesse quadro teórico, não é mais suficiente elucidar sobre *o que é e quem* são os destinatários da justiça. Nas palavras de FRASER (2009, p. 19), “ao estabelecer regras de decisão, a dimensão política também estipula os procedimentos de apresentação e resolução das disputas tanto na dimensão econômica e cultural”. E conclui: “ela revela não apenas *quem* pode fazer reivindicações por redistribuição e reconhecimento, mas também *como* tais reivindicações devem ser introduzidas no debate e julgadas.” (FRASER, 2009, p. 19).

Dessa maneira, raça, por exemplo, é uma categoria tridimensional situada na estrutura econômica, na ordem de *status* e na esfera da representação. Assim, os afrodescendentes, no Brasil, estariam submetidos tanto à injustiça na esfera da distribuição, no âmbito do reconhecimento, como na dimensão da representação, sendo que ambas as dimensões se reforçam mutuamente. Desse modo, o político é uma dimensão conceitualmente distinta da justiça que não se reduz à perspectiva econômica ou cultural, apesar de eles estarem entrelaçados. O *como* da justiça assume um papel constitutivo nos procedimentos democraticamente estruturados dos processos políticos decisórios e será a categoria necessária para configurar uma teoria crítica que identifica contextos de exclusão que integram os três níveis.

Jürgen Habermas (1992a) enfatiza um modelo deliberativo de reconhecimento inerente a uma moralidade pós-convencional, capaz de combater a perspectiva limitada da reificação identitária. Habermas (1962), em *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, resgata a categoria esfera pública por

meio de um método de análise sociológico e histórico. Trata-se de uma estratégia teórica que articula uma concepção ideal normativa e uma análise histórica da esfera pública, revelando a evolução conceitual do pensamento do autor por meio de um aprendizado teórico que culminou em 1992, com *Faktizität und Geltung*.

Fraser (1992), entretanto, contrapôs-se à esfera pública habermasiana (1962) estabelecida em *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, que estaria baseada em pressupostos desiguais e excludentes em relação às mulheres e plebeus. A principal objeção, que é delineada por Fraser (1992a) ao procedimentalismo habermasiano, refere-se à existência de uma esfera pública, quando, na verdade, haveria para a autora uma multiplicidade de formas críticas de comunicação expressas em termos de “contrapúblicos”. Estes constituem “arenas discursivas paralelas nas quais os membros dos grupos socialmente subordinados inventam e circulam contradiscursos para formular interpretações opostas de suas identidades, interesses e necessidades”. (FRASER, 1992 p. 123).

Nesse cenário, na primeira parte do artigo, pretende-se analisar a evolução do conceito de esfera pública na obra de Habermas (1962; 1992a), desde *Strukturwandel der Öffentlichkeit* até *Faktizität und Geltung*, tratando das reformulações teóricas decorrentes das críticas dirigidas por Nancy Fraser à sua estrutura conceitual. Por meio da análise das obras *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, *Theorie und Praxis* e *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, pretende-se indagar: por que a esfera pública burguesa perde seu potencial crítico, anulando o engajamento discursivo dos cidadãos?

Em que medida a cientificação da política conduziu à anulação da participação do cidadão? É possível conceber uma esfera pública com base em um papel mais ofensivo em relação àquela estabelecida em *Theorie des kommunikativen Handelns*? De que maneira um modelo de eclusas - delineado por Habermas (1992a) em *Faktizität und Geltung* - pode inspirar um processo de autodemocratização interno do sistema? Nesse particular, a primeira parte do artigo trata da evolução do conceito de esfera pública na obra habermasiana. A questão a ser respondida é: o modelo deliberativo habermasiano (1992a), estabelecido em *Faktizität und Geltung*, tem potencialidade para se contrapor às assimetrias econômicas, sociais, culturais e promover impactos concretos voltados para a inclusão de grupos estigmatizados? Na segunda parte do artigo, propugna-se demonstrar, com

base em Fraser (1992) e na reformulação teórica habermasiana (1992b) que foi estabelecida no ensaio “Further Reflections on the Public Sphere”, a hipótese segundo a qual, diante de um contexto de exclusão do espaço público oficial, é necessário ampliar arenas discursivas, sob pena de reproduzirmos e mantermos as assimetrias dominantes.

Na terceira parte do artigo, assume-se o objetivo de investigar os contornos teóricos da esfera pública internacional, que não tem os mesmos pressupostos da esfera pública nacional, na qual as leis que governam a sociedade são debatidas internamente. A solidariedade, que marca a esfera pública como conjunto de normas compartilhadas, não é uma característica da esfera pública internacional, embora isso seja suscetível de mudança. Na obra *Sobre a Constituição da Europa: um ensaio*, Habermas (2012), apesar do agravamento da crise econômica na Europa em 2011, permanece otimista, defendendo uma esfera pública cosmopolita democrática e mundial. Segundo Habermas (2012), há um temor das elites políticas de que o projeto europeu, realizado até agora por uma elite restrita de burocratas, alcance uma esfera pública mais ampla e deliberativa.

Desde *Inclusion of the Other*, o herdeiro da Escola de Frankfurt (1998) assinala que a construção democrática da integração europeia enfrenta grandes dificuldades. Trata-se do chamado déficit democrático, pois as instituições transnacionais possuem pouca legitimidade aos olhos dos cidadãos, porquanto as novas organizações emergem cada vez mais distantes da base política, tal como a burocracia em Bruxelas.

Justamente para superar esse déficit democrático, Habermas (1998) aposta em um patriotismo constitucional europeu, que transcenda os limites do Estado-nação, capaz de ajustar o universalismo dos direitos humanos ao particularismo das identidades culturais. Fraser (2009), em *Scales of Justice*, por sua vez, defende uma esfera pública transnacional na qual há uma rearticulação dos processos decisórios, superando as fronteiras dos estados nacionais territorialmente situados. As demandas por justiça não são discutidas apenas pelos públicos nacionais, e os reivindicantes não se restringem a discutir apenas as relações entre cidadãos. Pretende-se sustentar que Habermas (2012), em *Sobre a Constituição da Europa: um ensaio*, assume uma estrutura conceitual renovada que supera as ambiguidades teóricas anteriores, relativas ao papel da esfera pública mundial. Feitas essas considerações, passamos à análise da concepção habermasiana de esfera pública.

## 1 A CONCEPÇÃO HABERMASIANA DE ESFERA PÚBLICA

De início, é premente lecionar que *Strukturwandel der Öffentlichkeit* originou-se da tese de habilitação pós-doutoral de Habermas (1962), que foi submetida a Adorno e Horkheimer, em Frankfurt. Estes consideraram que esta era pouco crítica das ilusões da concepção iluminista de espaço público democrático, especialmente em sociedades de massa. Influenciando nos primeiros anos o movimento estudantil, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* inspirou uma literatura crítica que apontava para a não inserção do proletariado na esfera pública e por exagerar o potencial emancipatório da esfera pública burguesa idealizada.

Nesse quadro teórico, em *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Habermas (1962) analisa o desenvolvimento histórico da categoria esfera pública e suas transformações estruturais. As diferentes formulações da esfera pública são perpassadas por diferentes momentos históricos. Analisa a gênese da esfera pública no mundo grego, no mundo feudal, na sociedade burguesa e no mundo contemporâneo. Segundo Lubenow (2012), a questão fundamental era: por que o processo histórico de emancipação da esfera pública burguesa se converte em uma despolíticação das massas decorrente da ausência de participação política das mesmas? Por que a esfera pública perde seu potencial crítico?

Em face desta leitura, Habermas (1962) considera dois fatores fundamentais que contribuíram para a decadência da esfera pública burguesa: o crescimento do público da esfera pública e o incremento do intervencionismo estatal. Nesse livro, a origem da esfera pública burguesa conecta-se ao desenvolvimento de uma esfera pública literária, que, mesmo não sendo uma esfera pública com caráter político, já revelava um raciocínio de caráter público. A esfera pública literária não era de fato especificamente burguesa, pois mantinha uma linha de continuidade com a publicidade decorrente da representação exercida na corte do príncipe. Surge a contraposição entre duas formas de publicidade: a publicidade representativa inerente às cortes feudais e a publicidade crítica, que expressava os ideais do iluminismo. A publicidade representativa expressava-se por uma aura que decorria da autoridade.

Desse modo, a emergência de uma esfera pública política a partir da esfera literária passa a conectar a opinião pública, o Estado e a sociedade burguesa. O surgimento de cafés, salões, centros de crítica literária - decorrentes do encontro entre os herdeiros da sociedade aristocrata e a burguesia - inspira uma esfera pública crítica. Se a esfera crítica inicialmente limitava-se à dimensão

cultural, a partir do surgimento de jornais, tornou-se possível a publicização da mesma.

Assim, à medida que as pessoas privadas dialogam entre si não apenas como proprietários, mas também como seres humanos, a humanidade da esfera pública literária serve de instância mediadora à efetividade da esfera política por meio de uma politização da cultura e da arte. Tais debates culturais irão inspirar o exercício crítico da esfera pública contra o poder do Estado. Posteriormente, a emergência dos meios de comunicação de massa desvincula a esfera pública do interesse público, conectando-se aos interesses privados. Surge um processo de despolitização, e a esfera pública perde o seu potencial crítico ativo assumindo um papel manipulativo.

Diante dessa estrutura conceitual, Habermas (1962) considera alguns fatores que produziram a perda da função crítica e do potencial democrático da esfera pública. O primeiro fator foi a interligação entre o setor público e o privado a partir de um Estado intervencionista no final do século XIX. A fronteira que distinguia entre setor público e privado na esfera pública burguesa, sofre uma reconfiguração por uma interligação progressiva entre as duas esferas. Habermas (1962) nota que elementos de direito público e de direito privado se interligam mutuamente. O direito de propriedade é limitado não somente por intervenções econômicas, mas também por garantias jurídicas que restabelecem a igualdade de contratar. O Estado passa a assumir um papel efetivo na economia com o objetivo de resguardar os pressupostos do sistema capitalista.

Outrossim, segundo Habermas (1962), as intervenções do Estado na esfera privada no século XIX, de um lado, visam atender aos interesses dos economicamente mais fracos. Por outro lado, serve também para atenuar os conflitos sociais. Contratos coletivos substituem os individuais, estabelecendo garantias aos parceiros mais fracos. Os meios de comunicação de massa inspiram um pseudoconsenso que anula o engajamento participativo dos cidadãos.

Em suma, o segundo elemento que impulsionou a decadência da esfera pública burguesa foi a expansão do público da esfera pública a partir da inserção das massas na política. Este fenômeno deveu-se a três eventos: a expansão do público leitor, a refuncionalização da imprensa e a expansão dos direitos políticos. Surgem interesses privados que levam à perda do potencial emancipatório da esfera pública. Habermas (1962) conclui que a esfera pública parece perder a força de seu princípio, a publicidade crítica, à medida que se amplia enquanto esfera. Consequentemente, há uma substituição de um público pensador de cultura para um público consumidor de cultura. Há uma refuncionalização

comercial da participação das massas na esfera pública, que perde seu caráter político. A cultura difundida por intermédio dos meios de comunicação de massa assume funções de propaganda.

Em síntese, surge uma esfera social repolitizada que não se adequa sociológica ou juridicamente nem às categorias do público, nem às do privado. Nessa esfera intermediária, há uma interpenetração entre os setores estatizados da sociedade e os setores socializados do Estado sem a intermediação das pessoas privadas. As reivindicações das pessoas privadas, enquanto consumidores e eleitores, acabam sendo influenciadas por autoridades econômicas e políticas.

De fato, o nexu originário entre esfera íntima e esfera pública literária inverteu-se, inspirando um esvaziamento publicitário-jornalístico da esfera privada. O consumo cultural é um instrumento da propaganda econômica e política. A integração entre setor público e privado passa a ser exercida por instituições como associações, que exercem o poder em articulação com o aparelho estatal. O jornalismo crítico é substituído pelo jornalismo manipulativo que, além de influenciar o consumo, funciona como instrumento de pressão política.

Sob esse prisma, após *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Habermas (1962, 1971, 1968) introduz em sua estrutura teórica atinente à discussão sobre a esfera pública, especificamente no prefácio à edição de 1971 de *Theorie und Praxis* e, em *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, uma terceira inovação: a interligação entre técnica e ciência. A estratégia teórica do autor nesses ensaios teóricos é abordar em que medida a cientificação da política inspirou a questão do esvaziamento da participação política do cidadão.

Sob essa ótica, em *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, Habermas (1968) interpreta a interconexão entre Estado e sociedade civil como um fenômeno produzido pelos processos de racionalização e burocratização do Estado intervencionista em sociedades capitalistas avançadas, pautadas pelo crescimento da tecnocracia. Essa nova configuração político-econômica decorreu da substituição do capitalismo liberal pelo capitalismo intervencionista, marcado pela burocratização e por uma interligação entre ciência e técnica. Agora, a categoria da esfera pública é explicada por meio da diferenciação entre duas formas de ação.

Na década de 1970, Habermas (1973) estabelece uma nova estrutura teórica quanto à categoria esfera pública, partindo de uma perspectiva dualista de sociedade. As sociedades capitalistas avançadas subdividem-se em sistemas



sócio-culturais, políticos e econômicos. A distinção entre ação comunicativa e ação instrumental seria o pressuposto da estrutura conceitual futura, que pressuporia uma perspectiva dualista entre sistema e mundo da vida. A legitimação tecnocrática pressuposta pela exclusão de questões práticas da esfera pública inspira a lealdade das massas, despolitizando os cidadãos, que passam a atuar segundo um sistema de ação racional dirigida a fins. A inexistência de participação democrática impede a conscientização das contradições do sistema capitalista.

Nesse ponto, em *Legitimationsproblem im Spätkapitalismus*, Habermas (1973) introduz, pela primeira vez, os conceitos de sistema e mundo da vida. No capitalismo avançado, o Estado passa a assumir um papel mais ativo na economia, superando o capitalismo liberal. Os mecanismos autodestrutivos do mercado são corrigidos pelo intervencionismo estatal, visando controlar as crises econômicas. No entanto, tal intervencionismo estatal nas sociedades capitalistas avançadas não consegue superar as contradições do sistema no sentido de resguardar crescimento econômico, evitando crises e protegendo socialmente o cidadão. (HABERMAS, 2003, p. 51).<sup>1</sup>

Sob esse aspecto, os processos político-decisórios ficam desconectados da participação política do cidadão. Esse é o diagnóstico do cenário das sociedades capitalistas avançadas, que procura ser resolvido em *Theorie des kommunikativen Handelns*, tendo em vista a possibilidade de revigorar a esfera pública despolitizada. Em *Theorie des kommunikativen Handelns*, Habermas (1981) irá aprimorar a concepção dualista entre sistema e mundo da vida, partindo dos pressupostos argumentativos da ação comunicativa e da

<sup>1</sup> É mister frisar que Habermas (1973) analisa os problemas de legitimação enfrentados pelo Estado intervencionista, especificamente as crises econômicas dele resultantes. Constatando que o capitalismo avançado era marcado por crises de legitimação, o autor (1973) enfrenta o questionamento decorrente da viabilidade ou não da revigoração da esfera pública despolitizada. Se, em *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, a categoria esfera pública delineada por Habermas (1962) era enfocada em uma perspectiva histórica, em *Legitimationsproblem im Spätkapitalismus*, passa a ser analisada pelo autor (1973) em uma dimensão normativa e socioteórica. A busca de legitimação do estado intervencionista não pressupõe a formação discursiva da vontade na esfera pública, pois o engajamento participativo do cidadão fica esvaziado, reduzindo-se à escolha dos dirigentes político-administrativos.

Nesse sentido, na esfera pública despolitizada, a legitimação restringe-se a dois requisitos: em primeiro lugar, o privatismo cívico, ou seja, a abstinência política articulada a uma orientação para a carreira, o lazer e o consumo, inspirando a expectativa de certas recompensas dentro do sistema (dinheiro, lazer, segurança). Em segundo lugar, a própria despolitização estrutural requer justificação, encontrando sustentação nas teorias da elite democrática (que relaciona-se às ideias de Schumpeter e Max Weber) e nas teorias sistêmicas tecnocráticas (que remontam ao institucionalismo da década de 1920).

centralidade das pretensões de validade. Agora, as potencialidades da ação comunicativa tornam-se o centro da discussão, substituindo a análise historiográfica. Há uma reabilitação da esfera pública sob uma configuração teórica renovada voltada para a tentativa de democratização.

Indubitavelmente, para Habermas (1981), é a ação comunicativa que garante a integração social, sendo um mecanismo capaz de freiar as invasões sistêmicas. O conceito de mundo da vida, vinculado à fenomenologia, inspira uma nova racionalidade e uma esfera pública que tem como base teórica a pragmática da linguagem a partir do instrumental de Austin (*apud* Habermas, 1981) e Wittgenstein (*apud* Habermas, 1981) e da fenomenologia. É no mundo da vida que surgem práticas dialógicas que suscitam integração social, reprodução cultural e socialização.

Portanto, a sociedade civil é o aspecto institucional do mundo da vida que não se confunde com o elemento linguístico e simbólico. Habermas (1981), em *Theorie des kommunikativen Handelns*, parte de uma visão dualista entre mundo da vida e sistema, que se reflete na diferenciação entre ação instrumental e ação comunicativa. Os mecanismos sistêmicos do dinheiro, poder e direito vão invadindo, de forma colonizadora, o mundo da vida, restringindo a rede intersubjetiva das práticas comunicativas. Agora, a coordenação de ação não se orienta por pressupostos discursivos, mas por dinheiro ou poder. A esfera pública transforma-se em um domínio marcado pela monetarização, burocratização e juridificação.

Nesse quadro teórico, em *Theorie des kommunikativen Handelns*, a esfera pública era constitutiva do mundo da vida, tendo a “função simbólica de integração social e de assegurar a autonomia do mundo da vida frente ao sistema administrado.” (LUBENOW, 2007, p. 173). A ideia é preservar seu caráter de independência face às invasões do poder administrativo. Assumia, entretanto, um papel defensivo, sem pretensão de conquista.

Na segunda metade da década de 1980, no prefácio à terceira edição de *Theorie des kommunikativen Handelns*, Habermas (1985) começa a renovar sua estrutura conceitual e refere-se à ideia da relevância de um revigoramento do institucional por intermédio de um refluxo do mundo da vida. Ou seja, a relação entre sistema e mundo da vida não seria mais de um fluxo de mão única, mas passaria a incorporar a ideia de um duplo fluxo entre sistema e mundo da vida.

Com efeito, a renovação teórica fundamental sobre a concepção de esfera pública é estabelecida no prefácio de 1990 à *Strukturwandel der Öffentlichkeit*

(1990), mas o seu papel mais proeminente é ampliado em *Faktizität und Geltung* (1992a). No prefácio de 1990, a *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, a questão fundamental é: a sociedade civil tem potencialidade de mobilizar impulsos comunicativos racionalizados na esfera pública e direcioná-los ao poder político-administrativo?

Desse modo, segundo LUBENOW (2007, p. 179), no prefácio de 1990, a questão fundamental era “pensar um modelo de esfera pública não apenas defensivo, mas também da inversão da direção dos fluxos de comunicação que se entrecruzam na esfera pública, de influência e efetivação do potencial político do modelo comunicativo de esfera pública nos arranjos político-institucionais”. Trata-se de esferas públicas autônomas que não fazem parte do sistema político administrativo, mas “que articulam e organizam influência política por meios públicos de comunicação, participação e deliberação, contribuindo, assim, para a tematização, discussão pública e tomada de decisões”. (LUBENOW, 2012, p. 202).

Nesse momento, segundo Lubenow (2007), a estratégia teórica de Habermas (1990), em *Vorwort zur Neuauflage*, é focar também os mecanismos institucionais constitutivos do funcionamento do ordenamento político. Não obstante, como sublinha Lubenow, “o conteúdo normativo de um conceito de democracia não pode se restringir a arranjos constitucionais do Estado Constitucional Democrático. Por isso, a referência à discussão da esfera pública vinculada à redescoberta da sociedade civil”. (LUBENOW, 2007, p. 180).

No entanto, tal reviravolta teórica ainda não contempla claramente o nexos entre as esferas públicas informais e a formal, como ambas se relacionam e como fluxos comunicativos que emergem do mundo da vida alcançam o poder administrativo. Nesse momento, Habermas (1990) interpreta a esfera pública como voltada para dois processos: um comunicativo, que legitima o poder político, e um com intuídos manipulativos. Apesar de tais aportes teóricos, sobretudo no que se refere à ênfase nos mecanismos institucionais e na ideia de sociedade civil, a esfera pública delineada em *Vorwort zur Neuauflage* não consegue superar o modelo de sitiamento. Segundo Lubenow, Habermas (1990) reafirma de forma pessimista a incapacidade da esfera pública de se contrapor à influência dos meios de comunicação de massa.

Finalmente, em *Faktizität und Geltung*, o foco de Habermas (1992a) agora não é mais a ideia de sitiamento, estabelecida pelo autor (1981) em *Theorie des kommunikativen Handelns*, mas um processo de

autodemocratização interno do sistema. Nesta obra, há uma nova estrutura conceitual baseada em um modelo de eclusas que confere à esfera pública um papel mais ofensivo. Essa nova configuração teórica inspirou uma compreensão original sobre o nexos entre poder comunicativo e poder administrativo instituído no sistema político.

## 2 AS CRÍTICAS DE FRASER DIRECIONADAS A HABERMAS

Antes da proposta de Habermas (1992a) em *Faktizität und Geltung*, Fraser (1989), em “What’s Critical about Critical Theory? The Case of Habermas and Gender”, avaliava duas distinções fundamentais da concepção habermasiana (1981) de modernização das sociedades delineadas em *Theorie des kommunikativen Handelns*. A primeira distinção dizia respeito à contraposição entre reprodução simbólica e reprodução material das sociedades. Nesse ponto, a reprodução simbólica diz respeito a processos de aprendizagem por meio dos quais os jovens internalizam valores e compreensões de mundo compartilhadas. Trata-se de processos de reprodução simbólica relativos à socialização dos jovens, de forma a assegurar a transmissão das tradições culturais.

Nesse cenário, a reprodução material, por sua vez, ocorre mediante o trabalho social para garantir a subsistência dos indivíduos. Enquanto o trabalho social é tradicionalmente desempenhado por homens, as atividades de reprodução simbólica são normalmente realizadas pelas mulheres de forma não remunerada. A segunda distinção habermasiana (1981) diz respeito a “contextos de ação socialmente integrados” e a “contextos de ação integrados pelo sistema”. O primeiro relaciona-se à busca intersubjetiva de entendimento sobre normas, valores e fins, enquanto o segundo pressupõe ações humanas voltadas para o autointeresse, em uma perspectiva utilitarista, visando a alcançar dinheiro e poder.

Nesse particular, enquanto para Habermas, a família moderna conecta-se a um contexto de ação socialmente integrado, o sistema capitalista representa um contexto de ação integrado sistemicamente. Nessa linha de raciocínio, Fraser (1989) considera essa distinção insatisfatória para atender à complexidade das relações de gênero. Em face desta leitura, a autora pondera que tanto a família moderna como a esfera econômica são conectadas a aspectos de consensualidade e a perspectivas estratégicas, visando a alcançar esferas de poder. Nessa perspectiva, o núcleo familiar e as instituições da

economia são categorias complexas que articulam aspectos de consensualidade e estratégia. Nas palavras da autora, “ambas as instituições são misturas de consensualidade, normatividade e estratégia. Se elas são distinguidas com relação a modos de integração da ação, a distinção deve ser dirigida como uma diferença de grau.” (FRASER, 1989, p. 117).

Diante do exposto, depreende-se que a teórica feminista (1989), em “What’s Critical about Critical Theory?”, procura superar a distinção habermasiana (1981) entre núcleo doméstico como um local de reprodução simbólica e local de trabalho como *locus* de reprodução material, pois tal distinção não atende à complexidade das sociedades modernas, resultando uma concepção simplificada das relações de gênero. Uma distinção absoluta entre ambas as esferas poderia legitimar ideologicamente uma perspectiva que considera a família como algo negativo e secundário em relação à esfera econômica. Fraser analisa que a separação entre esfera econômica e doméstica pode configurar um instrumental teórico que justifica arranjos institucionais capazes de conduzir à subordinação das mulheres.

Diante dessa estrutura conceitual, sua proposta consiste em insistir ser a esfera doméstica também uma esfera de trabalho, enquanto que algumas funções de reprodução simbólica também ocorrem nas instituições do Estado e da economia. Tanto na esfera doméstica como no local de trabalho, as mulheres seriam submissas aos homens. Nesse contexto, uma teoria da racionalização do mundo da vida necessita ser sensível aos “subpapéis de gênero”. Fraser observava os diversos papéis que os indivíduos desempenham na vida social, estabelecendo a ligação entre o mundo da vida e a esfera sistêmica. Para Habermas (1981), o espaço público, enquanto esfera de participação política, envolve uma rede de formação discursiva da opinião e da vontade. O mundo da vida conecta-se ao mundo sistêmico por meio dos papéis sociais atribuídos a cada indivíduo.

Assim, para Habermas, trocas entre a esfera familiar e a economia oficial são realizadas mediante os papéis de trabalhador e consumidor por meio do dinheiro, enquanto as trocas entre o espaço público e o Estado são realizadas por meio dos papéis de cidadão e cliente do Estado de Bem Estar social, através de relações de poder.

Embora reconhecesse que Habermas (1981), em *Theorie des kommunikativen Handelns*, havia desenvolvido uma concepção sofisticada das relações entre instituições públicas e privadas, Fraser (1989) pondera que seu modelo não tematizava a afirmação da centralidade dos subpapéis nas

relações de gênero.<sup>2</sup> Portanto, nas sociedades capitalistas, as mulheres não estão ausentes no mercado de trabalho, mas elas se apresentam diferentemente dos homens em determinadas profissões femininas, como secretárias, empregadas domésticas, enfermeiras, babás, professoras primárias.

Em suma, segundo Fraser, “essas diferenças na qualidade da presença das mulheres no mercado demonstra a dissonância conceitual entre feminilidade e o papel do trabalhador no capitalismo clássico”. (FRASER, 1989, p. 114). Nas palavras da autora, “o papel do trabalhador, que conecta a economia privada à família privada, em sociedades capitalistas dominadas por homens é um papel masculino”. (FRASER, 1989, p. 114).

Nessa linha de raciocínio, uma crítica fundamental de Fraser (1989) a Habermas (1981) dizia respeito ao papel de educação das crianças, que não era mencionado pelo filósofo. Na sua percepção, “tal omissão é uma marca de androcentrismo e tem algumas consequências significativas. Uma consideração do papel de educação das crianças nesse contexto poderia bem apontar a relevância central do gênero para a estrutura institucional do capitalismo clássico”. (FRASER, 1989, p. 114). Por conseguinte, a divisão social do trabalho que estabelece para as mulheres papéis essencialmente femininos deveria sofrer uma reformulação institucional no que se refere à desconstrução dos valores androcêntricos.

Outrossim, outra crítica fundamental que foi estabelecida em “What’s Critical about Critical Theory ?” por Fraser (1989), dizia respeito à concepção de cidadão. Para Habermas (1981), o cidadão era aquele que participava do debate político por meio de processos discursivos de formação da opinião e de vontade. Entretanto, tal capacidade de participação em práticas discursivas, para Fraser, “são conectadas com a masculinidade no capitalismo clássico dominado por homens. Elas constituem capacidades que são, em grande quantidade, negadas às mulheres e consideradas superiores à feminilidade”. (FRASER, 1989, p. 115).

Nessa concepção política, a dominação masculina permeia os próprios processos deliberativos inerentes ao debate político, porquanto o papel do cidadão

<sup>2</sup> É interessante demonstrar o posicionamento de Fraser: “Tome o papel do trabalhador. Em sociedades capitalistas clássicas, esse papel é um papel masculino e não apenas no sentido estatístico relativamente superficial. Há, diferentemente, um sentido muito profundo no qual a identidade masculina nessas sociedades é ligada ao papel de provedor. Masculinidade é, em grande parte, uma questão de deixar a casa todo dia para um local de trabalho e retornar com o sustento que fornece aos seus dependentes. É essa relação interna entre ser um homem e ser um provedor que explica porque nas sociedades capitalistas o desemprego pode ser psicologicamente e economicamente tão devastador para os homens”. (FRASER, 1989, p. 113).

nas sociedades capitalistas é essencialmente masculino, conectando o Estado e a esfera pública e este à economia e à esfera familiar. Não obstante, o papel do cidadão é construído com base em uma identidade de gênero masculina, em contraposição a um poder de gênero neutral.<sup>3</sup>

Fraser (1989) assevera que Habermas (1981), em *Theorie des kommunikativen Handelns*, falhava por não compreender o papel do cliente como um papel de gênero, isto é, um papel paradigmaticamente feminino. O autor negligenciava serem as mulheres as clientes do Estado de Bem Estar Social. De fato, o grande problema decorreria do fato de que, se a teoria da ação comunicativa poderia constituir um substrato teórico capaz de demonstrar como as esferas pública e privada estariam conectadas, para Fraser (1989), entretanto, a tese da colonização do mundo da vida promoveria uma separação “ideológica” entre as esferas. Por este motivo, a autora demonstra que a família, enquanto espaço de reprodução simbólica, também pode ser vista como um sistema econômico e permeada por relações de poder.

Sob esse prisma, a racionalidade comunicativa poderia contrapor-se aos imperativos sistêmicos ou seria restringida por estas? Nessa concepção crítica, Fraser (1989) destacava que a teoria habermasiana não tinha potencialidade em acomodar as circunstâncias e necessidades específicas do feminismo, porquanto havia uma separação analítica entre os domínios público e privado. Em *Faktizität und Geltung*, o filósofo alemão (1992a) rompe com a tradição

<sup>3</sup> É oportuno ilustrar o pensamento de Fraser: “A cegueira de gênero do modelo obscurece importantes características dos arranjos que ele pretende compreender. Ao omitir qualquer menção à função de educação infantil e ao falhar em tematizar o subpapel de gênero subjacente às regras do trabalhador e do consumidor, Habermas falha em compreender precisamente como o local de trabalho capitalista é conectado ao núcleo familiar moderno, restrito, e chefiado por homens. Da mesma forma, ao falhar em tematizar o papel masculino da função de cidadão, ele não atinge o pleno significado da forma como o Estado é ligado à esfera pública de participação política. Além disso, Habermas perde importantes conexões recíprocas entre os quatro elementos dos seus dois esquemas público-privado. Ele não contempla, por exemplo, a forma como o papel masculino do cidadão-soldado-protetor liga o Estado e a esfera pública, não somente um ao outro, mas também liga família e o mercado remunerado, isto é, implica a forma como as pressuposições da capacidade do homem em proteger e a necessidade das mulheres de proteção dos homens atravessa todas essas esferas. Ele perde de vista, também, a forma como o papel masculino do cidadão-participante liga-se ao Estado e à esfera pública, não apenas um em relação ao outro, mas também à família e à economia oficial, isto é, a forma como as pressuposições da capacidade do homem de falar e consentir e a incapacidade das mulheres a esse respeito permeia todas essas esferas. Ele não vislumbra também a forma como o papel masculino do trabalhador-provedor liga a família e a economia oficial, não apenas um em relação ao outro, mas também o Estado e a esfera pública política, isto é, a forma como as pressuposições do status de homem provedor e o status da mulher dependente atravessa todas essas esferas.” (FRASER, 1989, p. 117).



liberal, ao estabelecer a cooriginariedade entre as autonomias pública e privada, sendo capaz de responder aos desafios propostos pelas críticas feministas de forma coerente.

Sob essa ótica, em *Faktizität und Geltung*, Habermas (1992a) procura contrapor-se a perspectivas liberais mediante um modelo discursivo de esfera pública capaz de acomodar as lutas por reconhecimento, conectando a esfera pública com a privada. Sua perspectiva, entretanto, pretende assegurar às mulheres o exercício da autonomia pública na discussão dos papéis de gênero, conferindo-lhes plena oportunidade de participarem de processos discursivos, visando a esclarecer suas necessidades.<sup>4</sup>

Outro aspecto fundamental que distinguia as perspectivas teóricas de Fraser (1992) e Habermas (1992a) dizia respeito à concepção de espaço público. Na concepção habermasiana que foi configurada em *Faktizität und Geltung*, espaço público constitui um lugar no qual os cidadãos deliberam sobre objetivos comuns, ou seja, uma arena institucionalizada de interação discursiva, conceitualmente distinta do Estado. Mister se faz salientar que, para Fraser (1992), em contraposição à ótica habermasiana (1992a) estabelecida em *Faktizität und Geltung*, as diferenças entre os parceiros de interação não

<sup>4</sup> Em *Faktizität und Geltung*, Habermas (1992a) elucida duas concepções que são fundamentais à sua construção teórica: esfera pública e sociedade civil. Nesse sentido, a sociedade civil é a esfera pública institucionalizada. O núcleo institucional da sociedade civil é formado por associações, organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicativas da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos das sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. Sob esse aspecto, para Habermas (1992a), há, no núcleo da sociedade civil, a institucionalização de discursos que buscam soluções para problemas que se transformam em questões de interesse geral no âmbito de esferas públicas, conduzindo-os para a esfera política. A esfera pública passa a ser concebida como um sistema de alarme dotado de sensores sensíveis que irá perceber, problematizar e tematizar determinados problemas de modo a serem assumidos pelo poder legislativo, convertendo-os em leis.

Ao ensejo, os processos democráticos funcionam como filtros que selecionam temas e contribuições, que são sintetizados pelos fluxos comunicacionais, transformando-se em opiniões públicas sobre temas específicos. A capacidade de influência política que os atores alcançam sobre a comunicação pública deve fundamentar-se em um assentimento de um público de sujeitos privados, que devem ser convencidos por meio de argumentos compreensíveis e razoáveis, sendo tal autoridade intrínseca à estrutura interna da esfera pública.

Com efeito, Habermas (1992a), em *Faktizität und Geltung*, assinala que a esfera pública possui uma dupla dimensão, sendo formada pelos atores sociais que participam da esfera pública e aqueles que se utilizam da esfera pública formada, visando dominá-la como, por exemplo, os grandes grupos de interesse que agem estrategicamente. Ademais, ninguém pode ser legitimamente excluído desses processos deliberativos e não pode haver coações externas, garantindo-se a integridade dos pressupostos comunicativos. Inexistem também coações internas, uma vez que todos os participantes são tratados como livres e iguais, podendo introduzir, questionar e problematizar temas e contribuições.



podem ser neutralizadas por práticas dialógicas, com base na força do melhor argumento, pois tal perspectiva apenas reforça a dominação sobre grupos menos poderosos.

Nesse quadro teórico, para Habermas (1992a), em *Faktizität und Geltung*, superar a ausência de reconhecimento pressupõe que cada indivíduo articule na esfera pública a experiência de dominação e desrespeito resultante violação da autonomia privada. Nas palavras de MacKinnon (2013, p. 9), em suas reflexões sobre a estratégia habermasiana estabelecida em *Faktizität und Geltung*, “discussões sobre novos padrões de tratamento, sobre como mudar condições existentes, surgem com base em discussões das experiências concretas.” Portanto, para Habermas (1992a), o exercício da autonomia pública é pressuposto para garantia da autonomia privada, pois “tentativas de regular causas de violação à autonomia privada, em si mesmas, não promovem suficientemente tal autonomia.” (MACKINNON, 2013, p. 9).

A proposta habermasiana (1992a) de lutas por reconhecimento, estabelecida em *Faktizität und Geltung*, pressupunha que a possibilidade de engajamento na esfera pública não dependia da existência ou não de obstáculos ao reconhecimento decorrentes do exercício da dominação de status. Habermas (1992a) presumia que grupos minoritários, mesmo em um contexto de ausência de reconhecimento, teriam acesso à esfera pública. Não obstante, como postula MacKinnon (2013), muitas vezes, o exercício da autonomia pública é minado pela recusa de reconhecimento. Para Fraser (1992), é necessário explicitar e tematizar publicamente as desigualdades, assimetrias e não imaginar que estas seriam suspensas no espaço público.

Desse modo, para Fraser (1992), o pressuposto fundamental para a participação paritária constitui a eliminação sistemática das desigualdades de *status*, de forma que as políticas de reconhecimento devem objetivar a realização da igualdade de *status* para todos os membros da sociedade. Nesse quadro teórico, de acordo com a autora (1992), os obstáculos à participação paritária podem persistir ainda que os indivíduos tenham a oportunidade de integrar processos deliberativos, porquanto, em diversas situações, “a deliberação pode servir como uma máscara para a dominação”. (FRASER, 1992, p. 119).

Para Fraser (1992), frequentemente, os grupos subordinados são impedidos de expressar plenamente suas necessidades e ideias no espaço público mediante formas sutis de controle. É de se mencionar que, em face de um contexto de exclusão do espaço público oficial, a autora (1992) propõe expandir

as arenas discursivas e, nesse ponto, assume especial relevância sua crítica ao modelo discursivo. Fraser pretende demonstrar que uma concepção de esfera pública deve conter “não a exclusão, mas a inclusão de interesses e questões que a ideologia masculina e burguesa rotula como privadas e trata como inadmissíveis”. (FRASER, 1992, p. 137).

Nesse cenário, a teórica feminista enfatiza as formas pelas quais as desigualdades penetram na deliberação do espaço público. Argumenta que a qualificação de algumas questões como privadas limita o escopo dos problemas que podem ser contestados nas sociedades contemporâneas. Nessa perspectiva, somente a partir da compreensão dessa multiplicidade de contrapúblicos subalternos seria possível desenvolver uma análise mais coerente com a contraposição entre o espaço público dominante e os contextos socialmente fragmentados de reprodução de um contrapúblico de resistência. Nas palavras de Fraser, “não é possível isolar arenas discursivas especiais dos efeitos da desigualdade social, e se estas persistem, processos deliberativos nas esferas públicas tenderão a reproduzir a desvantagem dos grupos dominantes e as desvantagens dos subordinados.” (FRASER, 1992, p. 122-123). Tais efeitos serão potencializados quando há apenas um espaço público único e compreensivo.

Diante dessa estrutura conceitual, para Maria Pia Lara e Robert Fine, “públicos concorrentes são parte crucial do conceito emancipatório de esfera pública, sendo capaz de reagir contra exclusão e desenvolver demandas por inclusão social justamente por não serem parte de uma esfera pública mais geral. “(LARA; FINE, 2007, p. 38). Embora Fraser enfatize a função contestatória do contrapúblico, ela não os compreende como processos que não poderiam implicar demandas de inclusão. (LARA; FINE, 2007, p. 39). Fraser (1992) conclui que grupos excluídos que veem a si próprios como formando trincheiras de resistência ainda necessitam ter um programa com objetivos emancipatórios. A noção gramsciana de hegemonia associa-se à sua concepção de público subalterno inspirando arenas discursivas cada vez mais amplas.

Outrossim, tais críticas tiveram repercussão na concepção habermasiana (1992b) de esfera pública que terminou por redimensionar sua percepção inicial. Habermas (1992b), no ensaio “Further Reflections on the Public Sphere”, passou a admitir a coexistência de esferas públicas concorrentes, analisando as dinâmicas dos processos de comunicação que são excluídos da esfera pública dominante. Argumenta que a existência de

múltiplas esferas permite um acesso mais abrangente à esfera pública. A esfera pública seria uma rede discursiva instituída por uma multiplicidade de públicos transversais sobrepostos e em dimensões diversas, mas articulada por algum aspecto quanto a conteúdo, relações sociais, etc. (Habermas, 1992b, p. 425).

Em suma, surgem esferas públicas literárias, feministas, artísticas. Em *A Berlin Republic*, Habermas (1997) pondera que o acesso à esfera pública é um pressuposto para lutas por reconhecimento, ou seja, uma condição fática que viabiliza a igual oportunidade de exercício formal dos direitos. No entanto, ao mesmo tempo, parece reconhecer situações em que o acesso à esfera pública encontra-se inviabilizado. Como salienta MacKinnon (2013), há casos em que os grupos minoritários precisam, em primeiro lugar, lutar para expandir os horizontes da esfera pública para, posteriormente, se engajar em lutas por reconhecimento.

Em *A Berlin Republic*, Habermas (1997) renova sua estrutura conceitual, resgatando a categoria da “subclasse” para tratar de grupos radicalmente excluídos da participação na esfera pública em razão de mecanismos de dominação e subordinação. Desigualdades materiais extremas e concentração de poder nas mãos de alguns são diagnosticados por Habermas (1997) como obstáculos ao engajamento na esfera pública. A nova reflexão habermasiana sobre a categoria relativa à “subclasse” pressupõe que, embora as discussões na esfera pública tenham potencialidade para desconstruir relações de dominação, muitas vezes, são estas últimas que impedem o acesso à esfera pública.

### **3 ESFERA PÚBLICA TRANSNACIONAL EM HABERMAS E FRASER**

De fato, segundo Fraser (2009), as decisões tomadas em um Estado territorial, as ações das corporações transnacionais, dos especuladores financeiros produzem impactos sociais que transcendem as fronteiras territoriais. As organizações supranacionais e internacionais e a opinião pública transnacional emergem de forma a transcender as fronteiras territoriais. Inicialmente, o enquadramento keynesiano-westfaliano assumia como premissa que *o quem* correspondia aos cidadãos nacionais. Com a globalização e instabilidades geopolíticas, esse enquadramento vem deixando de ser uma premissa autoevidente.

Sob essa ótica, a categoria esfera pública situada territorialmente sofre uma revisão crítica à luz de uma abordagem transnacional.<sup>5</sup> Em *Scales of Justice*, Fraser (2009) defende uma Teoria da Justiça Democrática pós-Westfaliana tridimensional, capaz de contemplar a dimensão política da representação ao lado das dimensão cultural do reconhecimento e da dimensão econômica da redistribuição.

Por fim, há um terceiro nível de justiça política que ultrapassa a temática do *o que* e do *quem* e que incorpora a questão do *como*. A falsa representação metapolítica surge quando Estados e elites transnacionais monopolizam a atividade de estabelecimento do enquadramento, fracionando o espaço político e impedindo a deliberação dos afetados no processo em esferas públicas democráticas nas quais as reivindicações pudessem ser tematizadas e contempladas. Os movimentos sociais, ao afirmarem seu direito de deliberar na constituição do *quem* da justiça, eles terminam por transformar o *como*.<sup>6</sup>

Com efeito, para Fraser (2009), Habermas (1992a), em *Faktizität und Geltung*, estava preocupado com a questão da eficácia e do déficit de

<sup>5</sup> Sob esse prisma, há uma desestabilização da estrutura de formulação de demandas políticas e do modo de discussão de justiça social. Na sociedade global, não basta refletir sobre *o que* a justiça requer, mas *quem* satisfaz às condições para reivindicação. Se antes estava em disputa *o que* é devido aos membros da comunidade, agora discute-se sobre *quem* deve contar como membro e *qual* é a comunidade relevante. Portanto, não se trata apenas de discutir as demandas dos movimentos sociais, mas quem são os atores sociais legitimados. Nesse ponto, Fraser (2010) alega que a teoria da justiça para tempos anormais deve rejeitar pressuposições científicas. Fatos incontroversos quanto a *quem* é afetado, decorrentes de interpretações dos historiadores, teorias sociais e pressuposições normativas também são objeto de discussão. As questões do *quem* transcendem a moldura keynesiana-westfaliana dos públicos nacionais, sendo submetidas a um processo dialógico que irá delimitar as reivindicações dos desfavorecidos. Segundo a autora (2009), preocupada com a temática do reconhecimento e da distribuição, a maioria das teorias contemporâneas não consegue estabelecer um instrumental teórico que contemple a meta questão do enquadramento. No entanto, nas sociedades globais, as hierarquias de *status* não se restringem mais à soberania estatal e as injustiças econômicas cada vez mais ultrapassam o Estado nacional.

É mister frisar que, anteriormente a *Scales of Justice*, Fraser (2003) havia analisado dois tipos distintos de injustiça enquanto obstáculos à participação paritária: a injustiça distributiva e o falso reconhecimento, pois ambos não permitem que os indivíduos possam interagir em termos de paridade. A justiça demanda arranjos sociais que permitem a todos os indivíduos participarem como pares na vida social. A injustiça, por sua vez, é combatida por meio da desconstrução dos mecanismos institucionais que impedem alguns sujeitos de participar em condições de paridade com os demais, como parceiros plenos da interação social. Ao assumir o enquadramento keynesiano como pressuposto inquestionável, distribuição e reconhecimento eram as únicas dimensões da justiça.

Nesse sentido, Fraser (2003a) defendia que o falso reconhecimento não poderia ser compreendido como um efeito secundário da má distribuição, e esta também não poderia ser reduzida a uma expressão do falso reconhecimento. Ao questionarmos a questão do enquadramento, surge uma terceira dimensão da justiça: o político.

<sup>6</sup> No ensejo, na sociedade global, as lutas por justiça não têm sucesso se não se desenvolverem de maneira articulada com “lutas por democracia metapolítica.” O princípio da paridade participativa envolve a concepção de resultado “que especifica o princípio substantivo da justiça pelo qual

legitimidade da opinião pública nos Estados democráticos. O direito seria o instrumento capaz de traduzir o poder comunicativo para o poder administrativo. Nas palavras de Fraser, Habermas “distingue uma circulação de poder pública, democrática, na qual públicos fracos influenciam públicos fortes, que, por sua vez, controlam o aparato estatal administrativa da circulação de poder não pública e não democrática, na qual poderes sociais privados e interesses burocráticos entrincheirados controlam a produção legislativa e manipulam a opinião pública”. (Habermas, 1992 *apud* FRASER, 2009, p. 84).

Nesse quadro teórico, reconhecendo que a circulação não pública geralmente prevalece, em *Faktizität und Geltung*, Habermas (1992a), nas palavras de Fraser, estabelece uma “concepção mais completa sobre os déficits de eficácia da opinião pública nos Estados democráticos”. (FRASER, 2009, p. 85). Todavia, apesar das modificações introduzidas em *Faktizität und Geltung*, para Fraser (2009), Habermas (1992a) não consegue superar a estrutura keynesiana-westfaliana, vinculando a ideia de opinião pública ao âmbito da jurisdição soberana estatal. A autora (2009) destaca que Habermas (1998), apesar de reconhecer uma forma pós-nacional de integração social, que pretende uma emancipação do Estado democrático de uma cidadania etnocultural, termina por endossar uma concepção de publicidade exclusivamente territorial.

Em verdade, até 2011, havia uma ambiguidade nos seus escritos sobre a Europa. Segundo Boon (2007), Habermas oscilava entre a proposta de um modelo prescritivo fino de patriotismo constitucional e o apelo a uma noção forte de autocompreensão europeia. Essa tensão entre a abordagem fina e densa se revela na própria interpretação habermasiana (2006a), segundo a qual cada comunidade política interpreta princípios constitucionais à luz de sua própria história.<sup>7</sup>

---

podemos avaliar arranjos sociais: estes últimos só são justificados se permitirem que todos os atores sociais relevantes participem como pares na vida social”. (FRASER, 2009, p. 37). Por outro lado, a participação paritária contempla a noção de processo, que determina um padrão procedimental segundo o qual é possível avaliar o nível de legitimidade democrática da norma. Estas só são legítimas se contarem com “o assentimento de todos os concernidos em um processo de deliberação justo e aberto, capaz de estabelecer uma relação de paridade para todos.” (FRASER, 2009, p. 37). A paridade participativa problematiza tanto a substância como o procedimento.

<sup>7</sup> Não obstante, Habermas (1998) tem paulatinamente desenvolvido uma estrutura conceitual que vai além do modelo fino de integração política, passando a defender uma concepção particular de autocompreensão europeia. Em *Inclusion of the Other*, o autor (1998) defende que não poderá haver um Estado federativo europeu se não for estabelecido no horizonte de uma cultura política, uma opinião pública em âmbito europeu, uma sociedade civil com associações representativas de interesses, organizações não estatais, movimentos de cidadania, um sistema político partidário concebido em face de arenas europeias, em suma, um contexto comunicativo que transcenda as fronteiras de opiniões públicas de inserção meramente nacional.

Em face desta leitura, em *Sobre a constituição da Europa - um ensaio*, Habermas (2012) finalmente soluciona tal ambiguidade em sua obra. Até então, Habermas limitava-se a denunciar a incapacidade dos Estados nacionais em administrar o mercado global e a apontar o déficit democrático da integração europeia e suas instituições, mas ainda pressupunha o Estado-nação como a esfera pertinente para a prática democrática. Agora, Habermas (2012) sublinha, de forma mais clara, que as instituições transnacionais somente alcançam legitimidade quando garantem a formação democraticamente estruturada de opinião e de vontade dos cidadãos europeus. Estes atuam como cidadãos de seus países e como cidadãos europeus em uma democracia mundial.<sup>8</sup>

Diante dessa estrutura conceitual, com a complexidade política da sociedade mundial, que limita a esfera de ação dos Estados nacionais, estes não conseguem mais solucionar determinados problemas complexos, recorrendo a organizações internacionais. Para Habermas (2012), a única maneira que os Estados nacionais têm de se contraporem às coerções sistêmicas da sociedade mundial seria ampliar a esfera pública por meio de uma transnacionalização da soberania popular.

Portanto, não seria suficiente que as competências transferidas do Estado nacional para as instâncias supranacionais sejam apenas juridificadas na forma de tratados internacionais. Tais competências deveriam ser juridificadas de forma democrática. Cidadãos de um Estado afetado devem

---

Desse modo, essa tendência teórica voltada para uma concepção densa de identidade europeia se intensificou desde 2006, quando, por motivos pragmáticos, defende que a solidariedade europeia não pode ser mantida apenas por condições econômicas, demandando uma forma de legitimação por valores compartilhados (Habermas, 2006b, p. 92). Valores culturais compartilhados podem ser alcançados através de esferas públicas nacionais interconectadas nas quais questões relevantes são debatidas.

Não obstante, segundo Boon (2007, p. 7), essas formações discursivas ainda são situadas no *background* de autocompreensões ético-políticas compartilhadas, de forma que a solidariedade estabelecida possui efetivamente uma dimensão espessa. Em *Divided West*, Habermas (2006a, p. 43) questiona: o que é uma identidade europeia? Nesse cenário, analisa “as experiências históricas, tradições e realizações capazes de promover entre os cidadãos europeus um sentido de destino político compartilhado que eles podem construir em comum. (HABERMAS, 2006a, p. 43). No entanto, como salienta Boon (2007), a noção de identidade europeia não é compartilhada por toda a Europa e poderia tornar-se mais excludente do que efetivamente pretendia.

8 Habermas (2012) sublinha que haveria, na União Europeia, um desequilíbrio entre os imperativos dos mercados e a força regulatória da política. Segundo Habermas (2012), existiriam atualmente dois projetos diversos de Europa. O primeiro corresponde à proposta de tornar a União Europeia um Conselho Europeu, no qual os Chefes de Estado dos países deliberam sobre diversas temáticas, minimizando o papel dos parlamentos nacionais e criando um modelo de federalismo executivo. As decisões políticas mais relevantes seriam tomadas por burocratas e não pela formação democrática da opinião e da vontade dos cidadãos europeus.

ter a oportunidade de deliberarem juntamente com cidadãos dos demais Estados em um procedimento democrático de criação de uma legislação supranacional. Dessa maneira, Habermas aposta em uma forma transnacionalmente ampliada de solidariedade civil. O Tratado de Lisboa “deveria fortalecer a capacidade de ação da União Europeia com a incorporação do Conselho Europeu na estrutura institucional”. (HABERMAS, 2012, p. 81). O autor (2012) defende que, a partir da criação de uma Constituição Europeia, seria possível vislumbrar uma cooperação constituinte entre cidadãos e estados na qual a comunidade internacional existente entre Estados seria complementada por uma comunidade cosmopolita.<sup>9</sup>

Outrossim, o Parlamento mundial, enquanto intérprete da Carta das Nações Unidas, deveria levar em consideração essa dupla perspectiva. A comunidade mundial não possuiria mais um caráter estatal, devendo os Estados se subordinar às resoluções do Conselho de Segurança. Os Estados membros não se autocompreenderiam mais como membros solidários da comunidade internacional. Defende que o Parlamento mundial deveria “orientar os debates sobre as condições do fundo da justiça global, e o Conselho de Segurança tomaria as decisões importantes, sendo estas, porém, amplamente judicializadas e controladas pelas Cortes.” (HABERMAS, 2012, p. 101). O autor defende um contexto comunicativo global inspirado numa esfera pública renovada que, a partir da tecnologia digital, permitiria a todas as populações a formação de um juízo moralmente justificado sobre o conteúdo das decisões tomadas no âmbito das Nações Unidas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, depreende-se que a grande renovação teórica fundamental da estrutura conceitual de esfera pública na obra habermasiana é

<sup>9</sup> É clara a assertiva de Habermas (2012, p. 95): “Os Estados nacionais formariam, ao lado dos cidadãos do mundo, o segundo sujeito constituinte da comunidade mundial. Pois os cidadãos cosmopolitas têm ou teriam ainda boas razões para se ater ao papel constitutivo de seus estados em todo o âmbito supranacional. Na medida em que os cidadãos já realizaram nessas formas históricas uma parte da justiça política escoada institucionalmente, eles podem nutrir o desejo fundamentado de que seus estados nacionais se mantenham como entidades coletivas nos respectivos níveis superiores de organização. A composição de uma Assembléia geral de representantes dos cidadãos e dos Estados asseguraria que as perspectivas concorrentes sobre a Justiça fossem levadas em consideração pelos cidadãos do mundo, por um lado, e pelos cidadãos do Estado, por outro, alcançando assim um equilíbrio.”



estabelecida no prefácio de 1990 à *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (1990), mas a sua função mais proeminente é ampliada em *Faktizität und Geltung* (1992) a partir de um modelo de eclusas. Não se trata de um modelo baseado na ideia de sítio, estabelecida em *Theorie des kommunikativen Handelns*, mas um processo de autodemocratização interno do sistema. Surge uma nova percepção sobre a relação entre poder comunicativo e poder administrativo instituído no sistema político.

Para Fraser (1992), todavia, o modelo habermasiano necessitava ser reconstruído para contemplar novos aspectos necessários ao desenvolvimento de projetos alternativos de democracia. Em síntese, o modelo de esfera pública liberal que foi desenvolvido por Habermas (1962) em *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, era notadamente idealizado. Fraser (1992) contrapôs-se à concepção habermasiana de espaço público, no sentido de ser necessário criar condições institucionais - seja na esfera do reconhecimento ou da redistribuição - para que os indivíduos possam interagir como parceiros políticos.

De fato, para FRASER (1992, p. 122-123), como os membros dos grupos subordinados nem “sempre teriam arenas para deliberar entre si próprios sobre suas necessidades, objetivos e estratégias”, uma pluralidade de públicos concorrentes tem maior potencialidade em promover o ideal da participação paritária, diferentemente de um público único, compreensivo. Com a noção de contrapúblico, “Fraser desenvolve uma ideia mais dinâmica de lutas sociais ao mesmo tempo em que acrescenta uma dimensão mais política à noção de esfera pública”. (LARA; FINE, 2007, p. 38).

Sob essa ótica, Fraser (1998) insiste na necessidade de compreender tais estratégias de poder como políticas e de como processos de legitimação em debates públicos quebram desigualdades de *status* das mulheres. Concluímos, com base em Fraser (1998) e nas reformulações teóricas habermasianas (1992b), pela necessidade de eliminar as disparidades sociais e diferenças de gênero, o que somente se efetivaria por meio da constatação de certos públicos alternativos que inspiram a circulação de discursos de oposição de grupos excluídos da esfera pública oficial.

É justamente nas arenas discursivas, estabelecidas pelos contrapúblicos subalternos, que as feministas têm articulado, de forma mais renovada, a compreensão acerca de sua realidade, no que se refere à



discussão de temas relacionados ao casamento, assédio sexual, divórcio, minimizando a profunda situação de desvantagem na esfera pública oficial. No entanto, apesar da referida renovação teórica estabelecida em *Faktizität und Geltung*, Habermas (1992a) não havia superado a estrutura westfaliana, situando a esfera pública no âmbito territorial. Havia, na sua obra, uma ambiguidade que oscilava entre a abordagem fina de patriotismo constitucional e a concepção densa de autocompreensão europeia.

Com efeito, em *Sobre a constituição da Europa - um ensaio*, Habermas (2012) soluciona tal ambiguidade, lecionando que as instituições transnacionais somente se tornam legítimas quando estabelecem um processo democraticamente estruturado de opinião e de vontade. A renovação da categoria esfera pública se efetiva à medida que Habermas defende que os cidadãos, por meio da tecnologia digital e de padrões morais, avaliam as estruturas econômicas europeias, confrontando as instituições existentes com as exigências de uma justiça global. Tais discussões devem ser efetivadas no interior de um Parlamento mundial composto de Estados e cidadãos.

## REFERÊNCIAS

BOON, Vivienne. Habermas's Jürgen's Writings on Europe: not Habermasian Enough. **Ethical Perspectives**, vol. 14, n. 3. European Centre for Ethics. Leuven, 2007, p. 287-310.

FRASER, Nancy. What's Critical about Critical Theory? The Case of Habermas and Gender. *In: Unruly Practices: Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

\_\_\_\_\_. **Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy**. *In: CALHOUN, Craig. Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: Mit Press, 1992.

\_\_\_\_\_. **What's Critical about Critical Theory? The Case of Habermas and Gender**. *In: MEEHAN, Johann (ed.). In:Feminist Read*

**Habermas: Gendering the Subject of Discourse.** New York: Routledge, 1995.

\_\_\_\_\_. Distorted Beyond all Recognition: **A Rejoinder to Axel Honneth.** In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition?-A Political Philosophical Exchange.** London: Verso, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Strukturwandel der Öffentlichkeit.** Berlin / Neuwied: Luchterhand, 1962.

\_\_\_\_\_. **Theorie und Praxis: Sozialphilosophische Studien.** Berlin / Neuwied: Luchterhand, 1963.

\_\_\_\_\_. **Technik und Wissenschaft als Ideologie.** Frankfurt: Suhrkamp, 1968.

\_\_\_\_\_. **Theorie und Praxis: Sozialphilosophische Studien.** Frankfurt: Suhrkamp, 1971.

\_\_\_\_\_. **Legitimationsproblem im Spätkapitalismus.** Frankfurt: Suhrkamp, 1973.

\_\_\_\_\_. **Theorie des kommunikativen Handelns.** Frankfurt: Suhrkamp, 1981.

\_\_\_\_\_. **Theorie des kommunikativen Handelns.** Frankfurt: Suhrkamp, 1985.

\_\_\_\_\_. **Theorie des kommunikativen Handelns.** Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

\_\_\_\_\_. **Strukturwandel der Öffentlichkeit.** Frankfurt: Suhrkamp, 1990 (Vorwort zur Neuauflage).

\_\_\_\_\_. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats.** Frankfurt: Suhrkamp, 1992a.

\_\_\_\_\_. **Further Reflections on the Public Sphere.** In: *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge, Massachusetts and London: The Mit Press, 1992b.

\_\_\_\_\_. **A Berlin Republic: Writings on Germany.** Lincoln: University of Nebraska Press, 1997.

\_\_\_\_\_. **Inclusion of the Other: Studies in Political Theory.** Cambridge: Polity, 1998.

\_\_\_\_\_. **¿Por qué Europa necesita una Constitución ? New Left Review** (edición española), n. 11, Madrid, Novembro-Dezembro de 2001. Disponível em: <<http://newleftreview.es/authors/jurgen-habermas>>. Acesso em 1/1/2014.

\_\_\_\_\_. **Era das transições.** Trad. e introdução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **The Divided West.** Cambridge: Polity, 2006a.

\_\_\_\_\_. **Time of Transitions.** Cambridge: Polity, 2006b.

LARA, María Pia and FINE, Robert. **Justice and Public Sphere. The Dynamics of Nancy Fraser's Critical Theory.** In: LOVELL, Terry (org.). *(Mis)recognition, Social Inequality and Social Justice: FRASER, Nancy and Bourdieu*. Abingdon, New York: Routledge, 2007, p. 36-48.

LUBENOW, Jorge Adriano. **A Categoria de Esfera Pública em Jürgen Habermas.** Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas, 2007.

\_\_\_\_\_. **A Despolitização da esfera pública em Jürgen Habermas sob a perspectiva sócio-política.** *Problemata*, vol. 3, n. 1, João Pessoa, 2012, p. 54-95.

MACKINNON, Emma Stone. Beyond Recognition: Habermas's 'Constitutional Patriotism' as a response to Exclusion from the Public Sphere.

**Political Theory Workshop.** Chicago: University of Chicago, November, 2013. Disponível em: < <http://ptw.uchicago.edu/Mackinnon13.pdf>>. Acesso em 1/1/2014.

Artigo recebido em: 05/06/2014

Aprovado para publicação em: 17/07/2014

**Como citar:** BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Esfera pública, reconhecimento e minorias: o diálogo Habermas-Fraser.** *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.1, p.153-180, jul.2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p153.

## Direitos fundamentais do contribuinte e interpretação tributária: Conceito e aplicação do princípio *in dubio contra sacrificium*

FUNDAMENTAL RIGHTS OF TAXPAYERS AND TAX INTERPRETATION: CONCEPT AND APPLICATION OF THE PRINCIPLE IN *IN DUBIO CONTRA SACRIFICIUM*

Paulo A. Caliendo V. da Silveira\*

**Resumo:** O presente artigo trata dos métodos de interpretação em Direito Tributário, bem como da passagem do cânone in dubio contra fisco para uma formulação atualizada, conforme os direitos fundamentais, sob a forma de in dubio contra sacrificium.

**Palavras-chaves:** Interpretação Tributária; In dubio contra sacrificium; Interpretação Sistemática.

**Abstract:** This paper deals with the methods of interpretation in Tax Law, as well as the passage of the canon in dubio contra fisco for an updated formulation according to the theory of fundamental rights, in the form of in dubio contra sacrificium.

**Keywords:** Legal Tax Interpretation; In dubio contra sacrificium; Systematic Interpretation.

\* Professor Titular na PUCRS, onde compõe o corpo permanente do Mestrado e Doutorado, lecionando na Disciplina de Direito Tributário, e de diversos cursos de Pós-Graduação no país. Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP e Mestre em Direito dos Negócios pela Faculdade de Direito da UFRGS. Autor do livro “Direito Tributário e Análise Econômica do Direito”, publicado pela editora Elsevier. Conselheiro do CARF. E-mail: p.caliendo@terra.com.br

## INTRODUÇÃO

A teoria da interpretação é diferente para cada modo de pensar jurídico, produzindo diferenças claras nos seus resultados concretos e nas soluções práticas para os dilemas jurídicos. A *interpretação tópico-sistemática* é capaz de dotar o intérprete de uma gama vasta e sofisticada de instrumentos de análise, que lhe dão prevalência sobre os modelos anteriores. A proposta do presente artigo é responder ao questionamento sobre a existência de um posicionamento interpretativo geral, que oriente a compreensão e construção de sentido das normas tributárias.

### 1 DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO PENSAMENTO SISTEMÁTICO

O *pensamento sistemático* irá permitir uma interpretação *tópico-sistemática*, organizando a possibilidade de soluções decorrentes de considerações e conexões valorativas, do caso concreto e à referência necessária com o sistema jurídico.

A interpretação sistemática é um caso de interpretação constitucional e decorre da existência do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional), que por sua vez representa uma evolução institucional importante perante o Estado de Direito. A passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional constitui uma mudança de paradigmas<sup>1</sup>:

i) no Estado de Direito prevalece o princípio da segurança jurídica e do consenso; enquanto que no Estado Constitucional ocorre a prevalência do equilíbrio entre o consenso e o conflito. O Estado Constitucional deve prever dois grandes princípios: a preservação do pluralismo de valores e seu confronto leal;

ii) o Estado de Direito tenta preservar um modelo de coesão social (noção de vida boa identificada com o burguês, *pater familias* e comerciante); no Estado Constitucional não há conceito de vida boa, não existem modelos fechados de vida. Os direitos fundamentais é que constituem o substrato do *ethos* social;

iii) o Estado de Direito representa uma situação ideal (*ficção*) de indivíduos atomizados ou de uma estrutura social homogênea; o Estado Constitucional,

<sup>1</sup> Sobre o tema veja-se Zagrebelsky, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino : Einaudi, 1992.

por sua vez, representa o claro reconhecimento de uma base fática plural e conflituosa;

iv) o modelo hermenêutico típico no Estado de Direito é o raciocínio subsuntivo da regra (silogismo legal) do Direito, consagrado na Jurisprudência de conceitos; o modelo do Estado Constitucional é a concreção de valores, onde existe uma dogmática fluída, na aplicação de princípios e valores (Jurisprudência de valores);

v) no Estado de Direito apresenta-se uma homogeneidade do Estado legislativo, em que o ordenamento jurídico aparece como dado; por sua vez, no Estado Constitucional aparece a heterogeneidade do ordenamento jurídico como problema. Se no primeiro caso a lei é pacificadora de conflitos sociais; no segundo caso, a lei representa um compromisso entre valores pluralistas. Ela não é mais produto neutro. Os princípios correm o risco de se tornarem um recurso de esvaziamento semântico de soluções substanciais, pela inexistência de regras e compromissos. Fim da “*beleza*” lógica defendida pelos normativistas.

É com base nestes fundamentos que se sustenta a natureza valorativa da resolução de conflitos<sup>2</sup> no ordenamento jurídico constitucional<sup>3</sup>.

Uma interpretação sistemática objetiva antes de mais nada, na elaboração de uma *nova dogmática*, aberta e flexível, atenta aos desafios de nosso tempo.

## 2 DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Considerando que o sistema jurídico é um todo ordenado de princípios, regras e valores, cabe destacar o papel de relevo desempenhado pelos princípios em uma teoria sistemática do Direito Tributário. Dentre os diversos aspectos podemos destacar que:

- as normas de comportamento, tais como as regras, teriam os seus fundamentos normativos derivados direta ou indiretamente dos princípios.

- os princípios possuem uma prevalência sistêmica em relação às regras em função de sua relevância.;

- os princípios possuem um conteúdo axiológico claro e, portanto, seriam detentores dos valores normativos de um sistema jurídico;

<sup>2</sup> Sobre o assunto veja-se STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>3</sup> Para uma completa verificação da proteção dos Direitos Fundamentais veja-se a obra de SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. (Edição desatualizada).

- os princípios são detentores de “*forma jurídica e conteúdo moral*” (VIGO, 2005, p. 152). Eles teriam o sentido de racionalidade prática, desta forma eles representariam uma forma de superação da tese positivista da separação entre o direito e a moral.

Desse modo, as regras apresentam uma densificação de princípios, carregadas d valores. Assim, se houver o conflito entre uma norma de conduta descrita (regra) e uma norma que fundamenta condutas necessárias (princípios), o conflito irá ser deslocado para o fundamento (princípio) da regra sobre uma conduta e a norma de fundamento de condutas necessárias (princípio). Se esses fundamentos ou princípios ainda estiverem no mesmo nível ou não se possa solucionar o seu conflito, então caberá ao intérprete verificar os fundamentos dos fundamentos, ou seja, os valores normativos que o ordenamento jurídico tenta proteger por meio de normas jurídicas. Assim, caberá ao intérprete proceder a *escolhas axiológicas* com base no sistema constitucional<sup>4</sup>.

Determina o Capítulo IV do CTN, relativo à “*Interpretação e Integração da Legislação Tributária*” que: “*Art. 107. A legislação tributária será interpretada conforme o disposto neste Capítulo*”.

Este dispositivo tem sido muito criticado pela doutrina nacional, visto que não esgota ou encerra todos os métodos hermenêuticos, não supera ou dissolve os mecanismos abertos de interpretação em uma sociedade democrática (Judiciário, Executivo e Legislativo), nem tampouco resolve os problemas hermenêuticos de conflitos interpretativos. Sua inutilidade não prejudica, contudo, o texto do CTN.

Não podemos concordar, entretanto, que não exista uma especificidade na interpretação tributária. Por óbvio que a interpretação jurídica é um modo de interpretação particular. Assim mesmo considerando que não existe uma interpretação para cada área do conhecimento jurídico, não se pode afirmar absolutamente que a interpretação no Direito Tributário deve ter os mesmos princípios que a interpretação no Direito Civil, no Direito Penal, etc., é algo totalmente diverso. Cremos que os princípios públicos que regem a justa repartição de encargos públicos exige um modelo argumentativo distinto. A

<sup>4</sup> Leciona Juarez Freitas com propriedade que: “*Mais: a antinomia entre as regras oculta, necessariamente, uma antinomia ente princípios. Estes ostentam validade formal e não são mais devidos do que aquelas. A diferença reside em que as regras apresentam função hermenêutica instrumental, isto é, devem servir à realização dos princípios. Aliás, a tarefa da hierarquização, no uso dos silogismos dialéticos, culmina justamente na positivação do princípio como superior*”; ver em: FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “*versus*” a única resposta correta. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (Org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pg. 318.



aplicação da justiça geral e particular no Direito Tributário é distinta da sua aplicação nas relações privadas. Os fins específicos são diversos (justiça fiscal, neutralidade fiscal-concorrencial e liberdade fiscal – agrupar adjetivos; evitar repetição de palavras), bem como os meios utilizados pelo sistema tributário, logo as normas interpretativas devem ser adequadas a produção coerente de normas jurídicas que melhor permitam esta combinação de meios e fins públicos.

A presença de um capítulo sobre normas de interpretação deve ocorrer somente para firmar cânones de interpretação sobre questões controversas, tais como: interpretação econômica, a questão da tipicidade, da boa-fé, da proporcionalidade, etc. Não se cogita de um código que pretenda superar a doutrina e a atividade jurisprudencial, mas de uma norma que estabeleça os limites e diretrizes de uma interpretação legal aberta. No entender de Ricardo Lobo Tôrres: “*os princípios de interpretação não se convertem em normas nem têm caráter obrigatório: são diretivas ou topoi*” (Cf. Tôrres, 2000, p. 59.).

Podemos encontrar também no direito estrangeiro a presença de dispositivos sobre a interpretação, tal como na *Ley General Tributaria* na Espanha<sup>5</sup>. Outros, contudo, preferiram evitar tal utilização, especialmente pela dificuldade de trazer em um corpo normativo uma dogmática da hermenêutica.

Os princípios tributários recebem principalmente da doutrina constitucional diretrizes para a coerente interpretação do Sistema Constitucional Tributário, de tal modo a permitir uma sintonia com as demais fontes. Tal postura revela-se inequivocamente adequada, visto que impede um isolamento dogmático da interpretação tributária, que deve necessariamente dialogar com os dispositivos da Ordem Econômica e da Ordem Social previstos na CF/88. A tributação não é um fim em si mesmo, nem seus meios de financiamento são isolados de sua finalidade: o financiamento dos direitos fundamentais. A norma tributária representa de modo densificado uma escolha democrática: os bens e as liberdades públicas a serem financiadas e os meios escolhidos para a justa repartição dos encargos públicos.

São exemplos de princípios de interpretação constitucional que terão um papel relevante: da unidade da Constituição, da concordância prática, da força

<sup>5</sup> “*SECCIÓN III. INTERPRETACIÓN, CALIFICACIÓN E INTEGRACIÓN. Artículo 12. Interpretación de las normas tributarias. 1. Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil. 2. En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda*”.

normativa da Constituição e da interpretação conforme a Constituição, dentre outros tantos.

### 3 DA PASSAGEM DO “*IN DUBIO CONTRA FISCUM*” PARA “*IN DUBIO CONTRA SACRIFICIUM*”

A teoria geral da interpretação tributária irá presenciar a passagem do “*in dubio contra fiscum*” para o cânone interpretativo “*in dubio contra sacrificium*”, conforme os argumentos que veremos a seguir.

#### 3.1 *In dubio contra fiscum*

O critério de interpretação *in dubio contra fiscum* não se confunde com uma regra geral de interpretação aplicável a todos os momentos interpretativos, mas tão somente para os casos onde existem mais de uma interpretação possível, que conduzem a resultados diversos para os contribuintes, sendo um deles menos favorável ao mesmo. Para Martínez seria “*uma regra de decisão de fato incerto na aplicação da lei*” (MARTÍNEZ, 1983, p.131). Preferimos entender que se trata de critério dirigido à solução de dilemas na interpretação, ou seja, à situação interpretativa que exige a escolha entre duas alternativas antagônicas ou contraditórias.

A sua origem no famoso texto de Herennius Modestino no Digesto (“*Liber Singulis De Praescriptionibus*”), em que afirmou que: “*non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit*” (“*não se pode afirmar que comete delito, aquele que em caso de dúvida adota uma interpretação favorável ao contribuinte*”)<sup>6</sup>. Outra redação famosa deste brocardo, com idêntico sentido é: “*In dubio, magis contra fiscum est respondendum*” (“*na dúvida deve-se decidir contra o fisco*”). Cabe lembrar que no mundo antigo o imposto tem sua origem na ideia de sujeição política onde o devedor tinha o poder de vida e de morte sobre o vencido e os dominados. Tributo neste período tem o forte e trágico significado de vassalagem, sendo claramente o oposto da liberdade e notadamente odioso.

O critério aparece em um contexto onde qualquer oposição à vontade do imperador podia ser entendida como afronta, oposição, rebelião e naturalmente como crime contra o Império. A relativização das duras regras fiscais imperiais foi alcançada somente por corajosa interpretação dos jurisconsultos.

<sup>6</sup> *D., de jure fisci*, 49,14, 10.

O critério interpretativo *in dubio contra fiscum* não se identifica imediatamente com o critério da “*odiosa restringenda*”, ou seja, na necessária interpretação restritiva das normas de caráter odioso, dentre as quais se destacam normas fiscais (MARTÍNEZ, 1983, p.129). Igualmente se destaca que não se afirma a aplicação de uma interpretação favorável ao contribuinte ou restritiva diretamente em função de sua natureza “*odiosa*”. Como bem ressalta *Pedro Martínez* a regra de *Modestino* surge após a Constituição de Caracala de 212, ou seja, em um período em que houve um alargamento do direito de cidade a todos os habitantes do império. Assim, não teria o tributo nesta época uma vinculação à sujeição odiosa ou “*nota captivitatis*”, que excluía participação cidadã ativa na comunidade política. Assim, não se poderia alegar a restrição do critério somente aos períodos de opressão ditatorial, nem tampouco ressaltasse que a carga fiscal romana era considerada extorsiva no período.

O Direito Português irá aceitar, contudo, a identificação da tributação como norma odiosa, assim conforme antiga jurisprudência do Paço: “*gabella sempre est odiosa et ideo restringenda*” (MARTÍNEZ, , 1983, p.129). Mesmo no auge do absolutismo real português testemunha o Desembargador do Paço *Bermudes e Torres* que: “*he muito conforme com a Real intenção de Vossa Magestade, que vemos continuamente praticada a exemplo não só do Imperador Trajano, e de Filippe Prudente mas do Senhor Rey D. João II que com aquela integridade de animo, que bem testemunha a incorruptibilidade do seu corpo, louvava aos Ministros que aconselhando, ou votando, attenção, em dúvida, mais à utilidade dos Vassallos, do que às conveniências do Patrimônio Real, trazendo sempre na lembrança, e melhor na execução, a sentença que lemos do jurisconsulto Modestino na L. Non puto 10 ff de Jur. Fiscii*” (LIMA, 1983, p.129).

Cabe, contudo, relativizar a noção de ausência absoluta de regras públicas entre os antigos. A grande invenção<sup>7</sup> da “*tecnologia*” pública do mecanismo societário (*urbs civitas*) irá surgir justamente neste período, especialmente com a novel criação da República romana. O regime republicano romano irá distinguir três funções específicas (“*ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse*”).

Inicialmente existe uma distinção entre legislação e governo, dado que a *lex* é a manifestação do *próprio populus*<sup>8</sup>. *O governo é considerada a*

<sup>7</sup> Cf. LOBRANO, Giovanni. A teoria da respublica (fundada sobre a ‘*sociedade*’ e não sobre a pessoa jurídica’) no Corpus Júris Civilis de Justiniano (Digesto 1.2-4). Revista Sequência, n. 59, p. 13-41, dez. 2009.

<sup>8</sup> D, 1.2.2 Pomp.

*manifestação específica do rex-magistratus (et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine jure certo primu agere instituit, omniaque manu a regibus gubernabantur, em D.1.2.2.).* A natureza dos poderes é distinta, enquanto o povo edita comandos gerais por meio da lei, o titular do “*imperium*” edita comandos individuais.

Outro elemento característico é a atribuição da legislação a um corpo distinto de pessoas, sendo que a história de Roma apresenta uma evolução em que o poder de “*imperium*” torna-se gradativamente pequeno e o poder da “*Lex*” consideravelmente amplo (IHERING, 1999, p. 259). Somente em períodos de contingências ou perigos, onde a República se une em torno de um ditador é que se reestabelece o formato original. Torna-se claro aqui, portanto, da falsa noção de que o critério *in dubio contra fisco* tenha surgido em uma época de ausência de poder legislativo ou popular, aparecendo somente nos séc. XVIII e XIX em função do papel da legislação como representante da vontade popular. Por fim, caberia à atividade integradora dos juristas em proceder a uma unidade sistemática da pluralidade de leis sob um *ius civile* comum.

*Bartolo de Sassoferrato* (1314-1357), professor de Direito em Pisa, irá novamente reafirmar o entendimento de que o poder de tributar (*collectas*), mediante a criação de rendas públicas (*vectigalia*) ou tributos (*census*) pertencia ao Rei, bem como o produto da sua arrecadação. A noção de fiscalidade encontra-se diretamente relacionada à ideia de obediência. Tal entendimento relaciona-se diretamente ao grave e histórico problema da resistência ou descumprimento aos comandos do soberano, especialmente em face à passagem de muitos regimes republicanos das cidades italianas para o despotismo oligárquico ou individual. *Bártolo* irá escrever justamente em uma época em o fenômeno da tirania se espalhava pela Itália. No livro *De regiminis civitatis* ressaltaria que “*hoje toda a Itália é plena de tiranos*” (*hodie Italia est tota plena tyrannis*), em uma das primeiras obras sobre o direito público e da responsabilização do soberano.

A defesa do critério *in dubio contra fisco* irá permanecer nos séculos XVI e XVII com base na interpretação contratual de que as cláusulas contratuais ambíguas devem ser interpretadas contra o redator do texto, com base no critério “*contra stipulatorem*”, oriundo do Direito Romano e previsto no *Code Civil* da França, em seu art. 1162, que determinava que: “*Em caso de dúvida a convenção se interpreta contra aquele que a estipulou e a favor de quem surge a obrigação contratada*” (“*Dans le doute, la convention s’interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l’obligation*”).

Este mesmo preceito foi incorporado como máxima interpretativa do Direito Contratual em diversos países (UK, EUA, Canadá, Índia, Bélgica, Espanha<sup>9</sup>, Itália<sup>10</sup> e outros países), sob a forma do critério “*contra proferentem*”, ou seja, no sentido de que uma cláusula contratual ambígua deve ser interpretada contra o seu proponente, em um caso de disputa contratual.

Tal critério aparece no Capítulo 4 dos Princípios da *Unidroit* para os contratos comerciais internacionais (“*Principles for international commercial contracts*”). Determina o art. 4.6 que: (*contra proferentem rule*) “*Se os termos de um contrato proposto por uma das partes não é suficientemente claro, deve ser preferível a interpretação contra a parte proponente*” (“*If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred*”). Os fundamentos para esta interpretação decorrem do fato de que a parte que propõe a cláusula deve suportar os riscos pela falta de clareza da formulação realizada (“*Such a party should bear the risk of possible lack of clarity of the formulation chosen*”). Esta regra trata de alocar o ônus da prova para a parte que originalmente propôs a cláusula e no caso de conflito contratual exige o seu cumprimento, de tal modo que não tire vantagem indevida desta. Os Princípios da *Unidroit* ressaltam, contudo, que esta cláusula deve ser analisada em suas circunstâncias, de tal modo que quanto mais as partes se envolveram em negociações menor é a sua força absoluta.

Esta cláusula passou a ser utilizada na proteção do consumidor em diversas leis e códigos nacionais. No caso brasileiro este critério interpretativo tornou-se princípio contratual no art. 47 do CDC que impõe: “*Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*”.

Outra versão do critério *in dubio contra fiscum* aparece reformulado sob a construção *in dubio pro libertate*, como decorrência do reconhecimento do direito fundamental à liberdade como um dos mais relevantes pilares da ordem constitucional. Na Constituição alemã (*Grundgesetz*) aparece claramente este sentido no art. 2 (2) que determina: “*A liberdade da Pessoa é inviolável*” (“*... Die Freiheit der Person ist unverletzlich...*”). No mesmo sentido determina a CF/88 que: “*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros*

<sup>9</sup> Código Civil Espanhol: “*Art. 1288. La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*”.

<sup>10</sup> “*Art. 1370 Interpretazione contro l'autore della clausola. Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto (1341) o in moduli o formulari (1342) predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro*”.

*residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)*”.

Para esta tese o Estado deve assegurar a liberdade do cidadão e “(...) *não pode retirar essa liberdade com a simples aplicação do princípio da igualdade*”. Ressalte-se assim que o reconhecimento de que os direitos fundamentais possui um duplo sentido, tanto de proibição de intervenção (direito de defesa), como também como direito de proteção. Deve-se, cuidar, contudo, que não se trata de uma restrição ou limitação em sentido estrito dos direitos fundamentais.

Em alguns sistemas constitucionais, tais como a Bélgica<sup>11</sup>, o critério é identificado e derivado do princípio da legalidade (legality), de tal modo que somente a lei poderá instituir obrigações tributárias materiais, sendo vedada à administração tributária e ao judiciário expandir o sentido da norma de modo a aumentar a carga fiscal do contribuinte. Não há como identificar, em nosso entender, diretamente este critério com o princípio da legalidade, mesmo que os seus sentidos se aproximem quanto à finalidade pretendida.

A moderna doutrina tributária e o constitucionalismo contemporâneo fundaram algumas indagações cruciais ao embate com o dogma trazido pela tradição anterior de interpretação conforme o célebre brocardo de *Modestino*. Novas compreensões foram introduzidas no sentido de relativizá-lo, tais como:

- i. nem sempre ser *contra fiscum* é *pro libertate*;
  - ii. nem sempre ser *contra fiscum* é pro livre iniciativa ou individualismo
- e;
- iii. nem sempre *contra fiscum* é a favor da capacidade contributiva.

Vejam, pois, o caso de um contribuinte que sofre com a concorrência desleal por parte de concorrente que sistematicamente faz uso de esquemas societários ou tributários maliciosos, artificiosos, vazios de sentido econômico e adquire por força da má-fé vantagem econômica sem substrato na eficiência negocial. Neste caso, a ação do fisco contrária a estas ações não seria em favor de todos os demais contribuintes? Não seria apenas em prol do fisco, mas de cada um dos demais contribuintes em mesma situação? Não haveria aqui uma defesa do fisco da manutenção da manutenção do equilíbrio de direitos fundamentais em um plano horizontal (contribuinte-contribuinte), de caráter nitidamente isonômico?

<sup>11</sup> Art.170 da Constituição da Bélgica, “(...) § 1. *Taxes to the benefit of the State can only be introduced by a law*”.

Estas e outras questões serão objeto de questionamento e defesa de um novo ponto de vista radicalmente distinto: *in dubio pro fisco*.

### 3.2 *In dubio pro fisco*

Originalmente parece o critério *n dubio pro fisco* parecia ser apenas a defesa do poder sobre os vencidos ou os dominados, contudo, logo surgiram vozes alegando ser esta uma forma de defesa da igualdade.

Tais sentimentos tornaram-se ainda mais vivos com a identificação do fisco como uma forma de financiamento do Estado Democrático e Social. Este critério não aparece identificado pelos autores como sendo um critério enunciado nos textos legais romanos, nem tampouco como tendo sido adotado como modelo de interpretação geral. Identifica-se em passagem do Código Justiniano um critério favorável ao fisco (“*de sententiis adversus Fiscus latis retractantis*”)<sup>12</sup>.

Contudo, alguns autores identificam indícios desta tese em Roma, dado que a expressão *fisco* detinha um duplo significado de um lado aparecia como a receita destinada ao tesouro privado do Imperador (*fiscus Caesaris*), de outro, aparecia como o conjunto de receitas públicas (*aerarium populi romani*) de competência do Senado Romano. Cabe ressaltar que no Direito Romano o Direito Tributário não detinha, um tratamento autônomo como disciplina de direito público, sendo que não existia claramente a noção da fiscalidade como fonte de financiamento do bem-comum.

A história do Direito Tributário irá apresentar essa dualidade de valores em choque, de um lado o interesse geral representado pelo fisco e de outro o particular representado pelo contribuinte. Some-se a isto o fato de que existia a percepção de que o poder exercido em suas diversas formas (monarquia, república ou aristocracia) buscava de algum modo o bem comum, o interesse geral e público e iremos entender a razão pela qual o critério irá ressurgir de modo avassalador com o aumento da cidadania, dos espaços de representação e do voto substituindo a vassalagem<sup>13</sup>.

O critério *in dubio pro fisco* é igualmente apresentado como um modo de combate ao comportamento fraudulento por parte do contribuinte (*in fraudem legis agree*), ou seja, em quem sem infringir as palavras da lei, contorna o seu propósito (*qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit*, Dig. 1.3.29).

<sup>12</sup> Código Justiniano I, IX.

<sup>13</sup> Cf. MARTÍNEZ, Pedro Soares. Manual de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 1983, p.133.



O critério aparece como uma forma de superação do excessivo formalismo, que prejudica a igualdade na distribuição encargos<sup>14</sup>.

A defesa do critério seria igualmente uma fundamentação em prol dos interesses gerais de todos os indivíduos como um todo e de cada contribuinte mediatemente.

Estes argumentos, contudo, foram igualmente postos em cheque pela doutrina, dado que se assentam em alguns pressupostos questionáveis. Existe um salto lógico entre a afirmação de que o Estado busca o bem-comum, de que a fiscalidade financia os meios para alcançar estes fins e o entendimento de que *sempre* a interpretação *pro fiscum* representa uma solução justa. Não existe um axioma que diga que a justiça geral deve ser sempre preferível a justiça particular. Pelo contrário, em alguns casos a justiça particular possui maior valoração do que a aplicação da justiça geral.

De outro lado, o sistema é repleto de situações onde o interesse geral somente se sobrepõe ao interesse particular como exceção, onde o sacrifício individual mereça a justa reparação, tal como no caso da desapropriação<sup>15</sup>, na requisição administrativa, na vedação de confisco<sup>16</sup>, na proibição de privilégios para empresas públicas e sociedades de economia mista<sup>17</sup>, na garantia do mínimo patrimonial (bem de família), no princípio preservação da empresa, nas normas protetivas aos usuários de serviços públicos concedidos, permissionados ou delegados<sup>18</sup>.

Entender que existe uma cláusula geral *pro fisco* com base em um princípio pétreo da supremacia do interesse público com eficácia plena e

<sup>14</sup> “L’opinione secondo cui una rigida interpretazione della legge meglio tutela il contribuente ha peraltro condotto, specie in Italia e in Francia, a un eccessivo irrigidimento del formalismo, che a sua volta si è risolto nel considerare legali gli stessi interventi elusivi”, POMPEO, Valeria. *La frode alla legge nel diritto interno e l’uniformazione europea della disciplina dei contratti. Tesi di Dottorato. Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia “Tullio Ascarelli”.* Dottorato di Ricerca in “Diritto privato per l’Europa” – Diritto Civile, XXII ciclo Università degli Studi Roma.

<sup>15</sup> “Art. 5 °. XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”.

<sup>16</sup> “Art. 150 (...)IV - utilizar tributo com efeito de confisco;”.

<sup>17</sup> “Art. 173, § 1º, (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) e § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

<sup>18</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários”.



irresistível seria admitir um sistema constitucional que não existe: o Estado Total. Nesse caso toda a sociedade voltar-se-ia para a realização dos interesses gerais, cada interesse particular estaria subordinado aos desejos públicos selecionados pelo corpo administrativo e dirigente. Haveria uma absorção de todos os patrimônios pela esfera pública e cada interesse particular somente seria legitimado se não entrasse em confronto com a vontade geral.

Pelo contrário, não há em nosso sistema nenhuma valoração absoluta da preferência econômica ou social pela intervenção do Estado na economia, de tal modo que inexistente uma absorção da esfera econômica privada pela estatal, pelo contrário esta esfera acaba sendo preterida em diversos casos pela atuação privada em setores de interesse geral mediante concessão ou delegação (telefonia, energia, transportes, água e saneamento, entre outros) ou pela atuação social complementar (imunidades às entidades sociais e educacionais). Igualmente há vedação constitucional expressa à atuação econômica direta do Estado na economia, ressalvados os casos de relevante interesse coletivo ou segurança nacional<sup>19</sup>.

O pior argumento, contudo, é o de natureza realista que afirma que o sistema tem adotado uma interpretação *pro fiscum* na maioria dos julgados e, portanto, trata-se da interpretação oficial dos intérpretes da constituição, com vigência real. Tal argumento teria o mesmo sentido que afirmar que o descumprimento sistemático de valores, princípios e regras juridicizou o ilícito, tornando valor o desvalor, lícito o ilícito e substitui a interpretação jurídica pela interpretação política do poder, que com sua força irresistível sufoca o jurídico. Neste caso não estaríamos mais tratando do “Direito” Tributário e nem de um Estado submetido ao Direito. Assim, não olharíamos mais o dever-ser, nos contentando com o ser das vontades volúveis do poder de sujeitar. Não precisaríamos mais estudar o Direito, mas estudar como titular-se com a outorga para decidir sem reservas.

### 3.3 *In dubio pro lege*

Outro critério utilizado é *in dubio pro lege* como uma forma de superação do clássico impasse entre a defesa do critério *in dubio pro fiscum* e do *in dubio contra fiscum*. Este é oriundo da opção pelo brocardo latino

---

<sup>19</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

“*ut res magis valeat quam pereat*”, que determina que quando uma norma não é suficientemente clara deve ser buscado o sentido que preserve a sua utilidade, de tal modo que é melhor a sua utilização (*valeat*) do que simplesmente ignorá-la (*pereat*). Trata-se de uma norma com sentido valorativo neutro, que não explicita exatamente qual o valor ou finalidades a serem buscadas, devendo ser apreciadas caso a caso na *interpretação útil* da norma. O efeito prático é estabelecer um comando de autorização para o intérprete aplicar no caso concreto a sua axiologia, as suas preferências e ideologias, em um modelo decisionista tão ao gosto do positivismo. Os critérios uniformes são substituídos pela decisão individual do intérprete, como se o sistema não elegeisse previamente quais os valores, e não apenas as normas, que devem ser respeitados.

### 3.4 *In dubio contra sacrificium*

Em nosso entender o critério que melhor evoca o sentido constitucional é *in dubio contra sacrificium*, no sentido que a exigência de sacrificio particular não pode ser deduzido de preceitos tácitos. Todo sacrificio decorre de uma norma expressa do ordenamento, sob pena de se traduzir em arbítrio, abuso ou confisco.

Este critério evoca o problema da restrição constitucional de direitos fundamentais, visto que a tributação sempre significará uma retirada de patrimônio do contribuinte em prol das tarefas públicas. Para *Jorge Reis Novais*: “*no texto constitucional ou na literatura especializada são correntes as referências a ‘restrições’, ‘limites’ ou ‘leis restritivas’ de direitos fundamentais para significar uma idéia comum de afectação ou intervenção estatal no domínio dos direitos fundamentais com algum sentido desvantajoso para os interesses da liberdade*” (NOVAIS, , p. 155). Tem-se entendido que há três limites aos direitos fundamentais: i) os iminentes que excluem certos modos de seu exercício; ii) os que resultam de colisões, ou seja, de limitações recíprocas e iii) os decorrentes de leis restritivas na salvaguarda dos valores constitucionais (PEREIRA, 2006).

As *limitações iminentes dos direitos fundamentais* são aquelas que excluem certos modos de seu exercício. Esta teoria parte do entendimento de que os direitos fundamentais possuem um conteúdo mínimo, que não pode ser violado, sob pena de ofensa direta ao direito fundamental. Encontraremos na Constituição alemã: “*em nenhuma hipótese um direito fundamental poderá*

*ser afetado em sua essência*<sup>20</sup>. Ao assim se admitir pressupõe-se igualmente que os direitos fundamentais não podem uma estrutura e limites e não são absolutos. Assim, o direito fundamental à liberdade à auto-organização dos negócios privados do contribuinte não autoriza que atue em fraude a lei.

Situações diversas decorrem quando as limitações resultam de colisões, ou seja, de *limitações recíprocas e os decorrentes de valores e princípios constitucionais*. O texto constitucional brasileiro apresenta um caráter nitidamente complexo, visto que sendo fruto de um esforço político de base ampla na superação do regime autoritário, contemplou um amplo espectro ideológico na eleição de seus valores fundamentais: individualismo, Estado Social, liberdade, igualdade, entre outros. Estes se apresentam axiologicamente no mesmo plano normativo, fazendo com que os métodos tradicionais de interpretação (hierárquico, cronológico e especialidade) não funcionem adequadamente. Como solução exige-se a ponderação como método complementar na busca da unidade constitucional. Assim, por exemplo, permite-se igualmente o direito fundamental à liberdade à auto-organização dos negócios privados desde que o contribuinte não ofenda outros princípios constitucionais, tais como a livre concorrência. O abuso de direito do contribuinte é vedado se praticar a uma ofensa a outros princípios constitucionais, a serem verificados no caso (PEREIRA, 2006, p. 289). Podemos citar como exemplo o caso *American Virginia*, em que o contribuinte se utilizava sistemática e dolosamente da inadimplência como mecanismo anticoncorrencial.

Podemos citar como exemplo de *lei restritiva na salvaguarda dos valores constitucionais*. (o que?) Vigora de modo geral a eficácia imediata dos direitos fundamentais (aplicabilidade imediata), conforme o art. 5º, § 1º do texto Constitucional (“*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”). Em determinados casos o texto constitucional expressamente instituiu reservas ou restrições, tais como no caso das imunidades das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, que devem atender os requisitos da lei (art. 150, inc. VI, alínea c da CF/88).

A interpretação *in dubio pro fisco* se caracterizaria em nossa opinião em uma restrição a direito fundamental não expressamente autorizada pelo texto constitucional e não prevista em nenhum dos casos anteriores. Esta renúncia tem sido aceita no direito comparado em relação aos direitos da

<sup>20</sup> “Art. 19. (2) *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*”.

comunidade, ordem pública e vedação de abuso de direito, contudo a sua admissão deve ser realizada sob severos limites, sob pena de ofender o conteúdo essencial do direito, a prerrogativa de estabelecer restrições concedida ao legislativo e a prevalência *a priori* dos interesses individuais.

Cabe ressaltar a pertinência do texto de Reis Novais: “*daí resulta esse atributo de entricheiramento (Nino) dos bens jusfundamentalmente protegidos contramedidas restritivas que visem o benefício de outros de entidades supra individuais ou do interesse geral. Desde que estas medidas afetem desfavoravelmente o âmbito nuclear da liberdade individual, ou seja, a área de autonomia exigida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o sacrifício imposto, mesmo que o seja a uma só pessoa e mesmo que tenha como contrapartida, numa perspectiva utilitarista, o incremento significativo das utilidades da sociedade no seu conjunto é inadmissível*” (NOVAIS, p. 604).

No mesmo sentido expressa Ingo Sarlet (SARLET, 2012, p. 411) de que:

“*A idéia fundamental desse requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais*”.

Entendemos, desse modo, que a atribuição de sacrifício aos contribuintes deva ser realizada nos limites expressos do ordenamento e somente em situações excepcionais muito claras.

## **4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO CONTRA SACRIFICIUM* E FIGURAS AFINS**

A aplicação princípio do *in dubio contra sacrificium* pode ser vislumbrado em uma multiplicidade de situações interpretativas ou de integração normativa dentre as quais podemos vislumbrar os casos abaixo para análise.

### **4.1 Vedação de analogia gravosa ou desfavorável ao contribuinte.**

Determina o art. 108, § 1º do CTN que “*o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei*”. O texto funda claramente a vedação da *analogia gravosa* no princípio legalidade, mas igualmente poderíamos citar o princípio do *in dubio contra sacrificium* como

limite material ao surgimento de imposições decorrentes de raciocínio analógico. Desse modo, podemos admitir que em Direito Tributário nacional somente se permite o recurso à analogia *in favorem*.

Vejamos detalhadamente o conceito de analogia e a sua relação com outros conceitos.

A analogia pode ser entendida como o meio de integração jurídica onde em razão da presença de indeterminação normativa determinado caso é disciplinado com fundamento em tratamento semelhante utilizado para caso similar.

Inicialmente cabe observar que a etimologia da palavra analogia decorre do grego e significa proporção, sendo “*ana*” implicando “*de acordo*” e “*logia*” como “*estudo*”, melhor dizendo trata-se de uma relação entre coisas que possuem um traço comum. Os latinos, especialmente *Cícero* e *Boécio*, traduziram como proporção, mas a versão grega de semelhança prevaleceu no pensamento jusfilosófico.

É em *Aristóteles* que o termo terá as suas primeiras conceituações ou como um caso da metafísica (*analogia entis*) ou como um procedimento de *raciocínio por semelhança*. Como um caso da metafísica significa um nível intermediário entre o Um e a Multiplicidade, ou seja, entre o Criador e Criatura no pensamento medieval tomista. O problema filosófico aqui era como encontrar uma elemento de diálogo entre os múltiplos gêneros e a unidade do Ser. De outro lado, o problema em termos de raciocínio será outro e partirá da noção de relação. A analogia será considerada como “*a regra baseada nas coisas que guardam relação semelhante, diferente da regra que se baseia nos atributos que pertencem de igual maneira*” (ARISTÓTELES, 1987, p. 150). A analogia não implica em uma relação de pertinência, mas de comparação entre atributos.

Para *Aristóteles* a analogia é uma relação de quatro membros (“*analogia é uma igualdade de relações que supõe, pelo menos, quatro termos*”), em sentido geométrico podemos representar da seguinte forma  $a/b = c/d$ , assim A está para B, do mesmo modo que C está para D. Não se tratam de termos idênticos, mas que possuem uma relação de semelhança. Transferindo esse entendimento para as regras de raciocínio poderíamos dizer que se trata de um juízo por semelhança e não pode inclusão de classes por identidade. Assim o analogia entre a forma de um pé de mesa e a pata de um animal, tratam de seres diferentes mas como funções ou formas símeles.

O *raciocínio por analogia* possui grande importância na filosofia e nas ciências, pois permitiu a construção de conhecimento partindo de um objeto

conhecido para compreender um objeto em estudo ainda não conhecido<sup>21</sup>. Conquistava-se assim um instrumental para além da experiência capaz de formular modelos provisórios, probabilísticos ou testáveis.

A analogia jurídica foi entendida originalmente como um caso distinto da interpretação extensiva. No caso da interpretação extensiva existe um texto normativo, contudo, a aplicação normativa ocorre em uma situação de incerteza jurídica. O texto normativo não impõe uma aplicação inequívoca, torna-se necessário realizar um procedimento de correção para que o sentido do texto normativo (*voluntas legis*) seja compreendido conforme o seu *sentido jurídico (animus)* e não meramente pelo sentido literal (*verba*). A interpretação extensiva seria uma forma de ajuste entre o sentido normativo e uma aplicação conforme um sentido jurídico coerente com este. Como exemplo de interpretação extensiva podemos citar o caso do julgamento pelo STJ da lista de serviços bancários, onde decidiu-se que apesar da Lei Complementar nº 56/87 ser taxativa na enumeração dos serviços, admitia uma interpretação extensiva dos seus itens, abarcando todas as espécies do gênero tributado. Assim, deveria prevalecer não a denominação prevista na Lei ou utilizada pelo banco, mas a natureza jurídica do serviço prestado pelo mesmo (RESENDE FILHO, 2002, p. 170).

A interpretação extensiva prevê três elementos: i) presença de *dispositivo normativo*; ii) *indeterminação aplicativa* quanto ao conteúdo ou alcance dos casos abrangidos pelo texto normativo e iii) *necessidade de correção*, ou seja, ajuste entre o sentido normativo do texto e o sentido jurídico pretendido pela norma.

A *analogia* originalmente foi pensada como um caso diverso da interpretação extensiva. Para a doutrina clássica na *analogia* ocorre em um contexto de indeterminação normativa que exige a aplicação de um raciocínio por semelhança para casos similares (*argumentum a simili*). A analogia era conhecida dos romanos que propugnavam: *ubi eadem ratio ibi idem jus*, ou seja, “onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito ou *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* “onde impera a mesma razão deve prevalecer a mesma decisão”.

A analogia possui os seguintes elementos: i) *indeterminação normativa* com ausência ou indefinição do texto normativo aplicável; ii) *aplicação por meio de raciocínio por semelhança* pela utilização casos semelhantes para

<sup>21</sup> RESENDE FILHO, E. P. . Pierre Aubenque e a Idéia da Analogia do Ser Aristotélica. O Que nos Faz Pensar, v. 15, p. 169-183, 2002, p. 170.

resolver casos similares e iii) *permissão normativa para a correção por analogia*, ou seja, não pode existir vedação legal ao uso da analogia.

Mais recentemente a doutrina jusfilosófica passou a questionar a distinção entre a analogia e a interpretação extensiva. *Emilio Betti* será um dos primeiros e mais importantes doutrinadores a questionarem tal situação alegando que os dois procedimentos interpretativos se equivalem, na medida que a interpretação extensiva ultrapassa o mero propósito de clarificação normativa, possuindo uma força criativa. A interpretação extensiva possuiria mais do que uma mera força cognoscente ou simples conhecimento dos casos de aplicação da norma, mas também uma força prescritiva, ou seja, produtora de normas jurídicas (JUSTO, 1988, p. 253).

Não há como negar que tanto a interpretação extensiva, quanto a analogia possuem força criativa, contudo, o ponto de partida de cada uma delas é diverso. Não há como reduzir a analogia a *interpretatio*. No primeiro caso existe um texto normativo, mas a indeterminação está na abrangência ou sentido dos casos previstos na norma; enquanto que na analogia há inexistência ou indeterminação texto normativo aplicável, sendo necessário a solução por recurso a um procedimento por semelhança.

A analogia tem sido distinguida em *analogia legis* e *analogia juris*<sup>22</sup>. Na primeira espécie face a inexistência de uma norma diretamente aplicável ao caso a solucionar, procura-se uma norma que possua um sentido (*ratio*) de regência a casos semelhantes. Assim, pesquisa-se uma norma cuja hipótese tipifica caso similar. Não ocorre, contudo, a subsunção de um caso análogo a hipótese de uma norma que rege casos semelhantes, mas a adoção de uma solução com base na *ratio* daquela norma. Assim, se uma norma de processo administrativo federal prevê o prazo de 30 dias para a prática de determinados atos, então em face inexistência de lei estadual expressa sobre matéria e presente um caso semelhante poder-se-ia utilizar a lei federal como modelo para solução estadual. Nesse, caso não houve subsunção do fato jurídico estadual a uma hipótese normativa federal, mas o uso por analogia daquela norma para fins de resolução do problema.

Na *analogia juris* diversamente extrai-se de um conjunto de normas o sentido capaz de resolver o caso *sub judice*. Geralmente esta operação tem

<sup>22</sup> Há controvérsias nesta distinção. De um lado, *Miguel Reale* e *Paulo Nader* entendem não existir a *analogia juris*, sendo esta mera aplicação dos princípios, de outro, temos *Rubens Limongi França* que entende ser distinta a aplicação direta dos princípios e a sua aplicação indireta por meio de analogia.



sido entendida com a realização de algumas etapas: i) identificação das normas aplicáveis a casos semelhantes; ii) determinação por indução dos princípios gerais e iii) aplicação do princípio geral para a solução do caso. Nesse caso, verifica-se a construção por analogia de uma norma principiológica que se existisse resolveria o caso. Esse raciocínio teria tal formulação: se existisse uma norma jurídica que subsumisse o caso em questão, esta teria tal hipótese normativa à semelhança dos casos similarmente tratados por tais normas expressas com *ratio* semelhantes.

A doutrina opta por denominar a operação de uma *aplicação por recurso à interpretação principiológica*. Novamente não cremos que se deva entender a analogia como um caso da *interpretatio*. A distinção entre os dois casos ainda parece ser útil. O procedimento lógico-argumentativo é diverso em cada caso, mesmo que o resultado originado seja semelhante a produção de uma norma para solucionar um caso perante uma situação de indeterminação, seja esta textual ou normativa.

A analogia poderia em princípio ser utilizada de maneira gravosa ou favorável ao contribuinte. Em nosso sistema jurídico não há permissão legal para a analogia gravosa e para criação de tributos por meio da analogia. Nesse ponto, segue o Direito Tributário o modelo adotado em Direito Penal brasileiro, onde inexistente a possibilidade de aplicação de norma penal incriminadora por meio de analogia *in malam partem*, mas tão somente *in bonam parte*. Em Direito Penal este entendimento decorre diretamente do art. 3º do Código Penal (CP) que determina: “*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”.

Igualmente em Direito Tributário não há a possibilidade de surgimento de tributos por analogia, mas cremos que mais do que isso deva existir em nosso sistema o uso restrito da analogia em favor do contribuinte (*analogia in favorem*). Assim, salvo em casos de quebra direta da isonomia, da neutralidade concorrencial e da capacidade contributiva, a analogia deve ser evitada para agravar a situação do contribuinte em matéria tributária, seja quanto as obrigações principais ou quanto os deveres formais ou de colaboração com o fisco. A analogia *in malam partem* não pode ser fundamento para exigência de deveres formais não previstos em lei ou de cooperação adicional com o fisco para além do sentido legal.

Um exemplo interessante de aplicação de analogia em matéria tributária encontra-se na decisão que afastou a exigência do IOF em operações de contracorrente realizadas entre empresas do mesmo grupo econômico, com o



argumento de que essas operações não podem ser equiparadas imediatamente a operações de mútuo. Desse modo, essa decisão afastou o Ato Declaratório nº 07/99, que equiparou os contratos de mútuo e os de contracorrente, com base no entendimento de que o texto do artigo 13 da Lei nº 9.779 não dispunha expressamente sobre as operações de conta-corrente<sup>23</sup>.

A *analogia* igualmente se diferencia do argumento a *contrario sensu*. Enquanto o primeiro é um argumento por semelhança o outro é por exclusão ou negação. O *argumento a contrario sensu* é um tipo de interpretação inversa. Assim, por exemplo no princípio da legalidade decorre que aquilo que não é proibido é permitido (AMADO, 2001, p. 05). Cabe notar que a utilização do argumento *a contrario sensu* não possui expressa previsão legal, sendo um caso geral de interpretação inversa, mas que deve ser utilizado com bastante cuidado.

A estrutura lógica deste argumento exige a presença de duas proposições de mesmo gênero, que o valor lógico do contrário de uma proposição seja o seu inverso. Assim, o contrário de verdadeiro deve ser falso e vice-versa. Se eu digo A é verdadeiro, então não A será falso. Cabe recordar que nem toda hipótese impõe diretamente um resultado direto, visto que a inversa de uma proposição falsa pode ser igualmente falsa e não verdadeira. Não basta serem as proposições referentes ao mesmo gênero, devem também ser da mesma espécie. Se afirmo “*todos os tributos são impostos*” esta afirmação é falsa, bem com o seu contrário “*nenhum tributo é imposto*”, visto que existe a categoria alguns.

Conforme a lógica silogística são proposições contrárias quando se diz que “*Todo S é P*” e “*Nenhum S é P*” ou “*Alguns S são P*” e “*Alguns S não são P*”. Assim deve-se atentar se o argumento se refere a uma proposição *universal* (*Todo ou Nenhum S é P*); *particular* (*Alguns S são/não são P*) ou *singular* (*Este S é/não é P*). Alerta *Aristóteles* que duas proposições que não podem ser verdadeiras ao mesmo tempo, por exemplo “*todos os homens são mortais*” e “*nenhum homem é mortal*”.

O uso do raciocínio *a contrario* exige regras especiais de lógica para que não redunde em um argumento falso. Legítima-se argumentação *a contrario sensu* sempre que impliquem em um raciocínio a favor do contribuinte, de tal modo que o princípio da legalidade afasta tanto a argumentação *a simile* e *a contrario* desfavoráveis ao contribuinte.

<sup>23</sup> Acórdão nº 3101001.094, 1ª Câmara, 1ª Turma, CARF.

## 4.2 Equidade

O conceito de equidade está longe de ser unívoco, sendo fortemente influenciado por múltiplos sentidos. Aparece no art. 108 do CTN de modo expresso e é exigido quando os demais métodos de interpretação e integração forem insuficientes. Assim determina:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

(...)

IV - a equidade.

(...)

§ 2º *O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.*

Não há, contudo, um conceito legal para equidade, sendo que doutrina diverge bastante sobre o seu sentido (CANARIS, 1983). Igualmente no Direito nacional não existe uma regra clara. A antiga LICC, de 1917, dispunha em seu artigo 5º que:

Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Este artigo tem sido citado pela doutrina civilista com a base para a equidade em nosso sistema. Esta tem sido entendida como *ideia de “justiça do caso concreto”*, tratamento isonômico (igualdade), moderação, conduta virtuosa, critério ético de decisão, justiça na decisão, julgamento benevolente, justiça natural, sentido de justiça, decisão preponderante pela *ius* contra a *lex*, entre tantos outros (ARAÚJO, 2013, p. 13419).

Cabe realizar duas distinções, de um lado o julgamento por equidade difere do uso de juízos de equidade. No primeiro caso a equidade é um critério direto de deliberação para a integração normativa, no outro reflete um juízo que deve permear todas as decisões ou interpretações normativas: a ideia de justiça, de bem comum, de solução ética e virtuosa. Nesse caso o julgamento ocorre com base em dispositivos, normas ou critérios interpretativos, mas sempre possuindo por horizonte a noção de justo (*ius*).

A equidade pressupõe igualmente a situação de confronto entre o justo (*ius*) e o legal (*lex*). Para longe da noção de equidade como prevalência da

ordem natural sobre a ordem positiva, podemos pensa-lo como um critério de correção normativa. A equidade seria uma espécie de redução ou extensão axiológica, ou seja, frente a uma grave incongruência entre os valores que uma norma pretende proteger e sua aplicação a um caso concreto a equidade funcionaria como um corretivo impedindo uma aplicação que em si gerasse uma solução inadmissível com o conjunto de valores protegidos pelo ordenamento jurídico, tais como tratamentos discriminatórios injustificados, ofensa à dignidade da pessoa humana por normas que pretensamente deveriam protegê-la, soluções contrárias à boa-fé ou ao bem comum.

A equidade possuiria os seguintes elementos: i) dispositivo normativo a ser aplicado; ii) situação de fato a ser regulada; iii) cotejo entre o estado de coisas a ser protegido pela norma e o resultado concreto a ser atingido pela aplicação da norma; iv) apreciação ou juízo de desconformidade entre os valores a serem protegidos pela norma e o efeito concreto da aplicação da norma v) utilização de meio de correção por afastamento da norma e aplicação de uma solução conforme ao pretendido no espírito da norma ou do ordenamento.

Cabe observar que não precisa existir uma norma ao caso concreto, sendo suficiente a possibilidade de existência de um caso concreto que exija a aplicação normativa. A situação a ser regulada é um caso concreto que irá exigir uma solução, que poderá estar prevista na norma ou mesmo decorrer de sua situação única e não prevista em alguma norma específica (*justiça do caso concreto*).

Tal situação ocorre especialmente em situações de mudanças sociais onde não existe ainda norma clara para regular a situação, por exemplo tratamento da clonagem ou computação nas nuvens. Um exemplo de julgamento por equidade está na aplicação da taxa Selic às execuções fiscais, visto que os pedidos de compensações e ressarcimentos são corrigidos por estes índices. A utilização da equidade deve ser realizada em último caso, como defesa em *ultima ratio* contra uma aplicação injusta. A equidade se trata da última linha de defesa dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana e assim não é a primeira linha de defesa ou um salvo conduto para o afastamento de leis e regras jurídicas com base em argumentos genéricos de igualdade. As regras buscam sempre cumprir com o desiderato de realizar a justiça, a igualdade e o respeito aos fundamentos da Constituição, salvo contrário submetem-se ao juízo de inconstitucionalidade e são extirpadas do sistema, se permanecem é porque respondem aos requisitos mínimos de

pertinência. Afastar uma regra com base em argumentos genéricos de equidade é tão grave como afastar um princípio.

Somente quando o caso é tão excepcional que o arcabouço normativo falha, inexistem princípios jurídicos, argumentos a símile ou presença de critérios interpretativos frágeis é que a equidade pode ser levantada como último bastião contra a injustiça, discriminação ou julgamento malevolente.

A noção geral de equidade é justamente de atuar como uma forma de atenuação na aplicação estrita de uma norma, de tal modo que a sua aplicação geraria um efeito injusto ou mesmo contrário a própria finalidade da norma. Sua utilização visa evitar aplicações esquemáticas da norma jurídica, bem como permitir a sua aplicação adequada às peculiaridades do caso concreto. Aqui a idéia de equidade é comparada ao mito da “*régua de Lesbos*”, que seria flexível e se adaptaria ao caso concreto. Esta era feita de metal e podia se adaptar a forma da pedra, permitindo a medição de blocos de granito.

Em sentido diverso entende Ricardo Lôbo Tôrres que a equidade em Direito nacional possui natureza de conceito indeterminado, ou seja, como sede material para a interpretação e valoração e não como instrumento de correção normativa (TÔRRES, p. 134). Cremos, contudo, que o sentido esboçado pelo texto é justamente como norma integradora com sentido de correção normativa e assim está expresso no texto legal como última *ratio* ou como última linha de defesa dos direitos fundamentais do contribuinte. Seu limite é a vedação à dispensa do pagamento de tributo devido, contudo, nada impediria a dispensa de exigência de obrigação acessória indevida no caso concreto.

Somente a lei pode proceder a dispensa do pagamento de um tributo sendo que nesse caso

Art. 172. A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo:

I - à situação econômica do sujeito passivo;

II - ao erro ou ignorância excusáveis do sujeito passivo, quanto a matéria de fato;

III - à diminuta importância do crédito tributário;

IV - a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso;

V - a condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante”.

Nesse caso a discricionariedade para agir não decorre da vontade da administração fiscal, mas dos propósitos previstos na própria norma legal, que já explicita os fins e os meios a serem alcançados, deixando ao administrador o juízo de adequação entre a finalidade da norma e a situação concreta. Nesse caso vislumbra-se a situação que a cobrança de tributo é instrumento de injustiça e desigualdade material. A equidade surge nesse caso como correção legal de determinada situação de injustiça, em que exigir a cobrança do tributo implicaria ofender ao sentido de bem comum e não realizaria a igualdade. Cabe lembrar que a própria lei de dispensa fiscal deve obedecer aos princípios da isonomia, da capacidade contributiva, proporcionalidade e responsabilidade fiscal.

Sua importância dogmática tem sentido cada vez mais reduzida em função da utilização mais adequada e tecnicamente mais apropriada do uso do juízo de proporcionalidade sobre a correta relação entre os meios a serem aplicados e os fins jurídicos pretendidos. Sua permanência manifesta-se no Direito Penal Tributário sob a forma *in dubio pro reo* e no Direito Tributário como um todo como *in dubio contra sacrificium*.

### 4.3 Interpretação benéfica

O uso de interpretação benéfica aparece diretamente no art. 112 do CTN que determina a sua aplicação nos casos de sanções tributárias, da seguinte forma:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Esse dispositivo se aplica unicamente em casos de dúvida sobre a aplicação da lei, não havendo a presença desta não há como se afastar a aplicação normativa sob pena de ofensa ao princípio da legalidade e da isonomia tributária. A dúvida difere da ausência de norma ou da lacuna, ela pressupõe a existência de uma norma, contudo, o seu sentido é polissêmico, ambíguo, poroso ou obscuro. Essas dúvidas ocorrem em virtude de um mal uso de conceitos

polissêmicos. Todas as palavras são polissêmicas, contudo, o falta de adequação entre a extensão, compreensão e sentido destas podem gerar problemas sérios de entendimento. A *ambiguidade* ocorre quando a palavra possui mais de um sentido e estes forem antinômicos não permitindo indicar com clareza qual o sentido adequando para a utilização no caso concreto; a *vaguidade* ocorre quando a palavra denotar um conjunto extenso de significações, dificultando a sua compreensão atual, visto que a aplicação impõe um resultado diverso da aplicação de outro sentido possível. A *obscuridade* implica na ausência de um sentido útil a ser aplicado.

A deve ser fundada, ou seja, deve estar um dos três casos de vícios de sentido, decorrentes de uma polissemia disfuncional (CORDEIRO, 2001. p. 1176-1177), ou seja, do mal uso de palavras com sentido aberto ou muito amplo. Esta deve ser entendida como uma patologia semântica a ser tratada com um terapia analítica capaz de reconstruir um sentido sistemático. Tal situação ocorre especialmente no uso de conceitos indeterminados, cláusulas abertas ou tipos abertos, que geram clara dúvida sobre a conduta a ser seguida pelo contribuinte. Em especial tal situação ocorre nos casos em que o contribuinte deve proceder ao lançamento por homologação, tentando determinar o sentido de normas que nem sempre são muito claras.

Um exemplo de aplicação desta está no entendimento que seja estendido à concordata o disposto no art. 23 do Decreto-Lei nº 7.661/45, o qual prevê a exclusão da multa moratória aos casos de falência.<sup>24</sup>

Não há incompatibilidade entre o art. 112 e o art. 136 do CTN como inicialmente poderia parecer, nem tampouco uma antinomia entre o conceito de responsabilidade objetiva (art. 136) e de responsabilidade subjetiva (art.112). O texto do CTN determina que a responsabilidade por infrações é objetiva e independe da intenção do agente ou do responsável, contudo, essa regra não pode ser aplicada de modo esquemático em qualquer situação de tal modo que quando essa aplicação se der na presença de dúvidas razoáveis quanto a capitulação legal do fato, natureza ou circunstâncias materiais do fato, autoria, imputabilidade ou natureza da penalidade aplicável então deve ser afastada a regra geral de responsabilidade objetiva e se aplicar uma norma corretiva do rigor legal desarrazoado.

<sup>24</sup> EMENTA: EMPRESA EM REGIME DE CONCORDATA. MULTA. INAPLICABILIDADE DO ART. 23 DA LEI 7661/45. Inaplicável à concordatária o preceito do art. 23 da Lei de Falências (Lei 7661/45), por tratar-se de situação jurídica distinta. Não incide no regime concordatário, a interpretação mais favorável, constante no inc. II do art. 112 do CTN, por inexistir, no caso, dúvida a ensejar sua aplicação. (TRF4, EIAC 96.04.06039-2, Primeira Seção, Relator Wilson Darós, DJ 22/03/2000).

#### 4.4 Incidência normativa dos direitos fundamentais

A doutrina dos direitos fundamentais modificou fortemente o debate constitucional, abrangendo diversas inquietações teóricas sobre pontos absolutamente instigantes, tais como: qual o núcleo essencial dos direitos fundamentais? Qual a sua eficácia e estrutura normativa? Como se relacionam com os princípios formais e de competência? Serão princípios, regras, valores objetivos ou outro gênero? Existe sopesamento ou balanceamento entre direitos em colisão? Todas as questões tem sido amplamente debatidas no moderno debate constitucional (SILVA, 2005). O Direito Tributário ainda não se apropriou completamente dos avanços interpretativos, contudo, esta tarefa se torna ainda mais urgente em função da necessidade de instrumentos teóricos que auxiliem quando o intérprete é exigido a tomar posição perante normas com diretrizes opostas.

Um exemplo está na utilização da *redução teleológica*, em que se produz uma redução de sentido de um dispositivo por ele ser muito amplo ou da *extensão teleológica* onde se amplia o sentido de um dispositivo por eles ser muito restrito em relação a sua finalidade. Os dois casos exigem a análise dos seguintes elementos: i) dispositivo normativo a ser interpretado; ii) sentidos possíveis em sua interpretação e iii) análise da finalidade do dispositivo. Decorre dessa análise o pressuposto de prevalência da finalidade sobre o sentido, de tal modo que um sentido muito amplo em relação a uma finalidade prevista implicará em uma redução interpretativa e no caso inverso uma ampliação de sentido.

Vejam, por exemplo, a extensão do conceito de imunidade (*norma negativa de competência*) dos livros. Entender que a palavra livro signifique somente a obra produzida em papel e encadernada seria ignorar séculos de história onde este foi produzido sem a presença de prensas ou papel. Seria equivocado pensar que esta imunidade não abrange os livros eletrônicos, somente porque não são encadernados, sendo necessária uma ampliação teleológica em função da finalidade a ser protegida: os valores constitucionais da liberdade de informação, a promoção da cultura e da educação.

Verifica-se como por óbvio que o elemento nuclear nessa técnica interpretativa está na identificação e delimitação da finalidade normativa que ordena o dispositivo e seu sentido. A presença Cartas Constitucionais muito amplas, ambíguas, porosas e vagas torna essa tarefa interpretativa muito mais difícil. Exigir um texto constitucional exato ou muito preciso seria uma

inadequação técnica, visto que ofenderia a sua natureza de carta de compromisso social e político, típico de sociedades plurais.

Deixar ao sabor do intérprete do momento escolher a melhor resposta ou melhor finalidade gera insegurança e injustiça. As finalidades mais amplas da norma tais como o bem-comum, o interesse social ou o interesse público não podem fundamentar diretamente restrições não expressamente autorizadas de direitos fundamentais, sob pena de ofensa direta ao princípio da legalidade e segurança jurídica.

#### **4.5 Restrições não autorizadas a direitos fundamentais: análise lógico-normativa**

Os direitos fundamentais possuem limites e um conteúdo essencial e é justamente sobre a determinação dos limites imanentes que tem surgido a principal linha teórica de autorização à restrições não-autorizadas aos direitos fundamentais, inclusive dos contribuintes. O primeiro argumento tem sido alegado por meio da chamada “*cláusula da comunidade*” (NOVAES, 2003, p. 448), no sentido que os direitos fundamentais individuais derivam da comunidade e portanto havendo confronto entre eles deve prevalecer o bem jurídico superior, ou seja, aquele que protege a existência de todos outros: a comunidade. O problema desse argumento está em desconsiderar que se todos os direitos e bens jurídicos decorrem da comunidade, todas as situações concretas tornam-se precárias, pois sempre poderão a qualquer momento serem afastadas em prol do bem maior da comunidade. O próprio sistema constitucional limita esta saída ao determinar que é protegida a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Igualmente deve ser respeitado o princípio da boa-fé e da segurança jurídica.

Dessa forma, a *cláusula da comunidade* não pode ser utilizada como uma autorização genérica de limitação ou correção no exercício de direitos fundamentais, nem como uma autorização genérica ao poder discricionário para agir ou como norma ampliativa de competência (limite da estrita legalidade e da cobrança vinculada), tampouco como uma finalidade imediata a ser perseguida a todo momento para interpretação do sentido de dispositivos normativos. A busca dos interesses da comunidade está pressuposta em todas as normas do sistema, sendo que a própria defesa dos direitos individuais é tida como uma das finalidades máximas da comunidade.



Recorda *Jorge Reis Novaes* que se alega como limitação não expressamente autorizada o argumento do direito dos outros. Assim, os direitos fundamentais para existirem devem respeitar logicamente os direitos de outros indivíduos, sob pena dessa violação implicar em ofensa ao sistema geral de direitos. Novamente aqui cabe meditar no sentido que toda a aceitação de direitos individuais implica em certa medida em uma restrição aos direitos de outrem, veja-se o direito de propriedade que limita diretamente os interesses de terceiros, se configurando como oponível *erga omnes*. A possibilidade de existirem direitos excludentes aos interesses de terceiros ou da comunidade é a própria base dos direitos da propriedade protegidos constitucionalmente. Desse modo, somente quando o direito dos outros estiver claramente delimitado é que ele pode ser oponível a um direito igualmente delimitado. Como exemplo poderíamos citar o direito de vizinhança. Em matéria tributária os direitos do fisco ou da sociedade não podem se impor ao direito do contribuinte assentados sob clamores gerais.

Por último, cabe analisar o caso de restrições com base em leis gerais, conceitos indeterminados, cláusulas abertas ou *standards* de conduta (NOVAES, 2003, p. 460). Tem sido alegado que as leis gerais possuem eficácia a ser observada pelos direitos fundamentais especialmente quando existir a proibição por parte de uma lei geral. O problema da restrição não expressamente autorizada de direitos fundamentais por leis gerais poderia ocorrer em situações diversas: i) quando o texto da lei diretamente proíbe determinada conduta ou restringe direito de forma genérica, sem determinar seus limites precisos; ii) quando o texto da lei não proíbe mas restringe abstratamente o exercício do direito; iii) quando o texto da lei estabelece condições para o exercício de um direito fundamental.

As leis gerais podem e devem delimitar os direitos fundamentais com base na ordem pública (saúde, segurança, etc.), bem como determinar requisitos para a realização de direitos fundamentais. A própria existência das taxas de fiscalização ou de polícia determinam que esta atividade é constitucionalmente prevista e deve ser financiada por quem tenha interesse em seu exercício, contudo, as próprias leis gerais devem estar submetidas ao controle de vedação de proteção excessiva e insuficiente, bem como ao princípio da proporcionalidade.

Os conceitos indeterminados, cláusulas abertas ou *standards* de conduta igualmente devem estar sujeitos a controle e não podem proibir, limitar ou restringir direitos claramente definidos.

Como bem ressalta *Ingo Sarlet*: “a garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela de conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como direito fundamental” (SARLET, 2012, p. 411).

#### 4.6 Normas anti-elisivas, anti-abusivas, anti-evasivas e similares.

As normas *anti-elisivas*, *anti-abusivas*, *anti-evasivas* são outra classe de restrições não-expressamente autorizadas destinadas a combater condutas consideradas inadmissíveis. Tratam-se vedações fundadas em uma finalidade meritórias, visto que a evasão significa uma distribuição desigual (assimétrica) do dever de contribuir com tributos em uma sociedade democrática. A evasão implica em ofensa à moralidade tributária; ao princípio da livre concorrência e ao princípio da igualdade na aplicação da norma tributária.

A evasão fiscal ofende o princípio constitucional da livre concorrência<sup>25</sup>, visto que opõe os contribuintes em situações diversas de competitividade, beneficiando os contribuintes que se eximem ao cumprimento de seus deveres e penalizando, no mercado, aqueles que se esforçam em estar em dia com seus deveres. A isonomia é igualmente prejudicada, na medida em somente parte dos contribuintes irá cumprir um ônus que deveria ser dividida entre todos.

Cabe, contudo, diferenciar condutas absolutamente diversas: os casos de fraude e de abuso. A fraude caracteriza-se como uma forma de descumprimento direto as normas jurídico-tributárias, por sua vez o abuso representa um descumprimento indireto da norma jurídica.

A *evasão* é a conduta de má-fé do contribuinte, por ação ou omissão, de descumprimento direto, total ou parcialmente, das obrigações ou deveres tributários<sup>26</sup>. Configura-se um caso de descumprimento direto, visto que a conduta decorre de fuga ao dever fiscal surgido pela ocorrência do fato gerador. Concretizando-se o fato gerador não há como se furtar ao cumprimento da obrigação tributária.

A *elisão* por sua vez em sido considerada a conduta do sujeito passivo em planejar seus negócios privados de modo produzir o menor impacto fiscal,

<sup>25</sup> Artigo 170, inciso IV da CF/88: “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: (...) IV - livre concorrência;”.

<sup>26</sup> Veja-se, de modo similar, TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário e Direito Privado*. SP: Revista dos Tribunais, 2003, p. 179. Esta obra constitui-se no mais significativo estudo sobre o tema.

ausente a presença de fraude ou de abuso. A elisão é o planejamento lícito de negócios, realizada conforme os princípios constitucionais que orientam a livre iniciativa e a livre concorrência, com o objetivo de obter o menor impacto fiscal.

O conceito de elusão tributária emerge, assim, como um modo particularmente relevante de compreensão de condutas ilícitas por manejo da ocorrência do fato gerador, ocultando, dificultando ou impedindo a sua ocorrência de modo ilegítimo.

A *elusão se distingue da evasão* pelos seguintes motivos:

a) *Modo de descumprimento*: a evasão se constitui no descumprimento direto da norma tributária, enquanto que a elusão é o descumprimento indireto da norma;

b) *Natureza dos atos negociais*: a evasão é decorrente da prática de atos vedados pelo ordenamento (ex.: deixar de emitir nota fiscal); enquanto que a elusão é justamente a prática de atos permitidos pelo ordenamento que conduzem a resultados ilícitos;

c) *Momento da conduta*: a evasão é o descumprimento do dever tributário após a ocorrência do fato gerador; enquanto que a elusão é o descumprimento independente do momento cronológico do fato gerador, podendo ser praticada antes mesmo de sua ocorrência;

d) *Natureza da violação*: a evasão ocorre pela ofensa ao comando normativo (fazer ou não-fazer algo), enquanto que a elusão é o manejo de formas que oculta o verdadeiro conteúdo da operação.

e) *Quanto à causa negocial*: na evasão a causa do negócio jurídico é ilícita, enquanto que na elusão a ausência de causa deve ser depreendida da verificação da cadeia negocial envolvida. Vistos individualmente cada negócio ou ato jurídico contém uma presunção de licitude, na forma e conteúdo, somente a análise ordenada dos atos e de sua coerência negocial é que permite verificar a inexistência de causa.

O conteúdo da elusão é a manipulação artificiosa da estrutura negocial, ou seja, trata-se da alteração dos vínculos estruturais entre os elementos básicos do negócio jurídico. Dado que o critério cronológico (momento de ocorrência do fato gerador) não é suficiente para indicar a presença da elusão e permitir a sua distinção da elisão, torna-se necessário buscar-se novos critérios de análise. Considerando os mais recentes estudos sobre o tema, encontra-se no defeito de estrutura dos negócios jurídicos o elemento capaz de permitir a adequada análise do fenômeno da elisão e elusão.

O novo Código Civil irá conceituá-lo como sendo o exercício inadmissível de um direito, pela sua realização desconforme aos limites impostos pelo Direito, quanto aos seus fins econômicos e sociais.<sup>27</sup>

O Direito Tributário brasileiro não prevê a existência de uma cláusula anti-abuso, de tal modo que o seu combate somente pode ocorrer por meio de expressa previsão legal, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Veja-se por exemplo o caso do *abuso de formas* que não possui vedação expressa no direito tributário, mas encontra seu fundamento nos princípios que regem o sistema quanto à vedação à fraude à lei<sup>28</sup>. Caberia questionar se pode-se desconstituir um determinado negócio com base simplesmente em princípios, cremos que não. Não é possível que ocorra tal restrição com base em vagas alegações de ausência de propósito negocial ou de ausência de substância econômica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto pretendeu demonstrar a relevância e importância da *interpretação sistemática* no Direito Tributário, bem como da prevalência de um cânone interpretativo fundado na noção de que havendo dúvida não devem ser criados sacrifícios injustificados e desnecessários ao patrimônio do contribuinte (*in dubio contra sacrificium*). Salvo em situações de clara excepcionalidade expressa é que devem se justificar novos encargos ao contribuinte, sob pena de ofensa direta ao núcleo de sua proteção em nome de um genérico direito da sociedade.

Um sacrifício particular não pode ser deduzido de preceitos tácitos. Todo sacrifício decorre de uma norma expressa do ordenamento, sob pena de se traduzir em arbítrio, abuso ou confisco.

A interpretação *in dubio pro fisco* se caracteriza como uma restrição a direito fundamental não expressamente autorizada pelo texto constitucional. Esta renúncia tem sido aceita no direito comparado em relação aos direitos

<sup>27</sup> “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

<sup>28</sup> No Processo Administrativo Federal nº 13921.000246/94-21, perante a Segunda Câmara do Conselho de Contribuintes, “IPI - Isenção para carro a álcool (Táxi) - O descumprimento de preceito isentivo, durante o período determinado pela lei concessiva, enseja a perda do benefício fiscal e conseqüente exigência do imposto exonerado, acrescido dos consectários legais, calculados a partir do fato gerador (Lei nº 8.199/91 e IN/SRF nº 57/91). Contrato de Arrendamento particular é vestimenta do guarda-roupa do Direito Civil e não pode ser argüido em benefício do contribuinte, se o mesmo foi utilizado como *abuso de forma* para fruição indevida do tributo exonerado. Recurso negado” (grifos nossos).

da comunidade, ordem pública e vedação de abuso de direito, contudo a sua admissão deve ser realizada sob severos limites, sob pena de ofender o conteúdo essencial do direito, a prerrogativa de estabelecer restrições concedida ao legislativo e a prevalência *a priori* dos interesses individuais.

Entendemos, desse modo, que a atribuição de sacrifício aos contribuintes deva ser realizada nos limites expressos do ordenamento e somente em situações excepcionais muito claras.

No Direito Tributário não há a possibilidade de surgimento de tributos por analogia, salvo se for em favor do contribuinte (*analogia in favorem*). Assim, salvo em casos de quebra direta da isonomia, da neutralidade concorrencial e da capacidade contributiva, a analogia deve ser evitada para agravar a situação do contribuinte em matéria tributária, seja quanto as obrigações principais ou quanto os deveres formais ou de colaboração com o fisco. A analogia *in malam partem* não pode ser fundamento para exigência de deveres formais não previstos em lei ou de cooperação adicional com o fisco para além do sentido legal.

Cabe ressaltar o uso de interpretação benéfica prevista no art. 112 do CTN, aplicável nos casos de sanções tributárias, como um exemplo de interpretação sistemática *contra sacrificium*. Os conceitos indeterminados, cláusulas abertas ou *standards* de conduta igualmente devem estar sujeitos a controle e não podem proibir, limitar ou restringir direitos claramente definidos.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio (Org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 6a Edição, 2004, São Paulo: Saraiva.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1953.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária** (Uma introdução metodológica). São Paulo: Saraiva, 1984.

BUJANDA, Sainz de F. **Estúdio Preliminar In Giannini, A.D. Instituciones de Derecho Tributario**. Madri: Editorial de Derecho Financero, 1957.

CAMPOS, Antônio J. Franco. **Interpretação hermenêutica e exegese do direito tributário**. São Paulo: Bushatsky, 1977. Campos, Antônio J. Franco **Direito Tributário**. São Paulo: J. Bushatsky, 1975.

CARVALHO, A. A. Contreiras de. **Doutrina e aplicação do Direito Tributário**. São Paulo/Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

CARVALHO, P. B. ; Sousa, R. G. ; Canto, G. U. ; Jarach, D. ; Ataliba, G. . **Interpretação do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva e EDUC, 1975.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Homenagem a Alfredo Augusto Becker**. In: Dejalma de Campos. (Org.). **Tributo a Alfredo Augusto Becker**. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Tributário, 1995.

\_\_\_\_\_. **Sobre o percurso de construção de sentido: modelo de interpretação do direito tributário**. In: André Ramos Tavares; Gilmar Ferreira Mendes; Ives Gandra da Silva Martins. (Org.). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005, v. , p. 09-24.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 68-69.

\_\_\_\_\_. **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma tributária**. 2ª ed.. SP: Revista dos Tribunais, 1981, p. 18.

COELHO, Luis Fernando. **Lógica Jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Construindo o Direito Tributário na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREITAS, Juarez. **A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta**. In: Afonso da Silva, Virgílio (Org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GIANNINI, A.D. **Instituciones de Derecho Tributario**. Madri: Editorial de Derecho Financero, 1957.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

IHERING, Rudolf von. *Law as a mean to an end*. New Jersey: Lawbook Exchange, 1999.

JARACH, Dino. **Curso Superior de Derecho Tributário**. Buenos Aires: Liceo Profesional Cima, 1969.

LOBRANO, Giovanni. **A teoria da respublica (fundada sobre a ‘sociedade’ e não sobre a pessoa jurídica’) no Corpus Júris Civilis de Justiniano (Digesto 1.2-4)**. *Revista Seqüência*, n. 59, p. 13-41, dez. 2009.

MARTÍNEZ, Pedro Soares. **Manual de Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 1983.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELO, José Eduardo Soares de. **Interpretação e integração da norma tributária** In Martins, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo Saraiva, 2001.

MERSÁN, Carlos. **Direito Tributário**. SP: RT, 1988.

MORSELLI, Emanuele. **Curso di Scienza della Finanza Pubblica**. Padova: CEDAM, 1949.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, p. 155.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Intepretação constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo, Renovar, 2006,.

POMPEO, Valeria. **La frode alla legge nel diritto interno e l'uniformazione europea della disciplina dei contratti. Tesi di Dottorato. Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia "Tullio Ascarelli"**. *Dottorato di Ricerca in "Diritto privato per l'Europa" – Diritto Civile, XXII ciclo Università degli Studi Roma*. Sarlet, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARTOR, Giovanni. **Teleological arguments and theory-based arguments. Artificial Intelligence and Law**. N. 10, Netherlands: Kluwer, p. 95-112, 2002, p. 103-104.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TÔRRES, Ricardo Lôbo. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VIGO, Rodolfo Luis. **A interpretação jurídica**. São Paulo: RT, 2005.

Zagrebelsky, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino : Einaudi, 1992.

Artigo recebido em: 19/06/2014

Aprovado para publicação em: 19/07/2014

**Como citar:** SILVEIRA, Paulo A. Caliendo V. **Direitos fundamentais do contribuinte e interpretação tributária: Conceito e aplicação do princípio *in dubio contra sacrificium***. *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.1, p.181-216, jul.2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p181.



# Desenvolvimento econômico e igual liberdade de trabalho no contexto dos direitos humanos

## ECONOMIC DEVELOPMENT AND EQUAL FREEDOM OF WORK IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS

Marco Antônio César Villatore\*  
Dinaura Godinho Pimentel Gomes\*\*

**Resumo:** A valorização do trabalho e a efetiva satisfação dos direitos dos trabalhadores, como direitos humanos, precedem ao alcance das metas e interesses estabelecidos pelos agentes econômicos, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil. Emerge daí o papel do Estado de estimular o desenvolvimento numa dinâmica de equilíbrio entre as forças do livre mercado e o progresso social. Quando a lógica do mercado passa a ser dominante nas relações sociais em busca apenas da maximização de lucros e à custa da exploração do trabalho, em total desrespeito à dignidade humana, o retrocesso social se torna manifesto.

**Palavras-chave:** Livre mercado. Direitos humanos. Relações sociais. Políticas econômicas. Maximização de lucros.

**Abstract:** The valorization of work and the effective satisfaction of the rights of workers as human rights reaches beyond the measures and interests established by economic agents, such as ordained by the Constitution of the Federal Republic of Brazil. From this arises the role of the state, by means of its economic policies, to stimulate development in a dynamic equilibrium between forces of the free market and social progress. When the logic of the market becomes dominant in social relations, seeking to maximize profits at the cost of the exploitation of labor in total disregard of human dignity, social retrogression appears patent.

**Key words:** Free market . Human rights. Social relations. Economic policies. Maximising profits.

\* Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de Roma II, “Tor Vergata”, Doutor pela Universidade de Roma I, “La Sapienza”/UFSC e Mestre pela PUC/SP. Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). marcovillatore@gmail.com

\*\* Doutora em Direito do Trabalho e Sindical pela Universidade degli Studi di Roma “La Sapienza”/Universidade de São Paulo - USP. Pós-Doutora em Direito junto à Pontifícia Universidade Católica - PUC-SP. Pós-Graduada em Economia do Trabalho (Curso de Especialização Lato Sensu) pela Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP. Juíza do Trabalho aposentada (TRT-PR). dinauragomes@sercomtel.com.br

## INTRODUÇÃO

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, a efetividade das normas que tutelam as relações laborais depende, cada vez mais, da expansão de um capitalismo de forma mais inclusiva, de modo a afastar os efeitos das desigualdades regionais, somados aos das desigualdades sociais. A partir daí, por consequência, torna-se possível concretizar condições de subsistência digna e decorosa para a grande maioria das pessoas que depende unicamente do trabalho para bem exercer sua cidadania, no pleno exercício de igual liberdade.

A propósito, cumpre trazer à baila as lições de Norberto Bobbio, ao preconizar que os valores da *liberdade* e da *igualdade* pertencem à determinação do conceito de pessoa, “como *ser* que se distingue ou pretende se distinguir de todos outros seres vivos”. Enquanto *liberdade* indica estado; *igualdade*, indica uma relação. Desse modo, o homem como pessoa deve ser, “*enquanto indivíduo, em sua singularidade, livre*”. Já na condição de ser social, “*deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade*” (BOBBIO, 2000, p. 7-8).

O direito, historicamente tem sido o local de amparo para o encontro de alternativas de efetivação da justiça, de soluções de conflitos, da busca do equilíbrio das ideologias, da luta pelas liberdades e garantias, da resistência e da emancipação do ser humano.

Os direitos fundamentais, nascidos da luta pela liberdade, pela igualdade e pela fraternidade, para garantir a dignidade, conquistaram espaços e honrarias na contemporaneidade, porém, a efetivação dessas garantias também deve chegar aos marginalizados e excluídos. Por sua vez, os direitos humanos ao serem positivados pelo ordenamento jurídico de determinado país são denominados de direitos fundamentais. Desse modo, direitos fundamentais constituem os direitos positivados pelo Estado com a finalidade de consagrar ou enaltecer valores já reconhecidos internacionalmente como essenciais para promover a dignidade humana.

Os direitos fundamentais se encontram sujeitos a alterações em relação ao conteúdo, titularidade e eficácia de acordo com a evolução histórica de cada Estado. Apesar de inerentes a própria condição humana, a proteção surge através de um processo histórico de busca e luta pelo reconhecimento.

O tráfico humano e o trabalho escravo afrontam os princípios e as garantias individuais da Declaração dos Direitos Humanos e da Constituição Brasileira. Constituem-se em ofensa ao Estado Democrático de Direito, a vida

e a dignidade da pessoa humana. São temas a muito estudados e discutidos, mas que continuam relevantes e atuais por ainda permanecerem como uma chaga social.

Como um dos direitos humanos, o direito ao trabalho é também um direito de conquista, no âmbito dos direitos sociais, que congregam os conceitos de igualdade material e exercício da liberdade real. São conceitos e valores que se ampliam no campo social, aos quais se agrega o valor ‘justiça’, como elementos essenciais voltados ao devido respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, em clima de legalidade e democracia, urge por em prática eficazes mecanismos legais de tutela dos direitos fundamentais sociais, dentre os quais se destacam os direitos dos trabalhadores, mediante satisfatória intervenção governamental destinada a modelar a atividade econômica do setor privado. De forma democrática, o Estado, assim agindo, combate, com eficiência, os efeitos perniciosos do capitalismo neoliberal, refletidos principalmente no mundo do trabalho, onde mais ocorre a exploração humana, tendo como sujeitos dessa relação os mais vulneráveis, não raro, imigrantes em situação não legalizada.

É o que se propõe a tratar neste ensaio.

## 1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos humanos, quando positivados pelo ordenamento jurídico de determinado País, são denominados direitos fundamentais. Desse modo, direitos fundamentais constituem os direitos positivados pelo Estado com a finalidade de consagrar ou enaltecer valores já reconhecidos internacionalmente como essenciais para promover a dignidade humana.

Os direitos fundamentais se encontram sujeitos a alterações em relação ao conteúdo, titularidade e eficácia de acordo com a evolução histórica de cada Estado. Apesar de inerentes a própria condição humana, a proteção surge através de um processo histórico de busca e luta pelo reconhecimento (BONAVIDES, 2005, p. 561).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 29), as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são distintas:

“[...] o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se

àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional...”.

Existe, assim, uma diferenciação quanto ao aspecto internacional dos direitos humanos e ao âmbito interno dos direitos fundamentais. Entretanto, referidos termos costumam ser mencionados como sinônimos.

Diante do constante uso indistinto das expressões, José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 259) já trazia a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais:

“As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

A característica da fundamentabilidade é conferida a determinados direitos mediante reconhecimento formal pela Constituição de 1988 e também em razão do reconhecimento material, pois existem direitos que são fundamentais, devido à imprescindibilidade para a tutela da dignidade humana, apesar da ausência de previsão constitucional explícita.

Os direitos fundamentais detêm eficácia direta e imediata. Tal afirmação significa a desnecessidade de legislação infraconstitucional para a aplicação desses direitos diante da máxima efetividade das normas constitucionais protetoras dos diversos aspectos da personalidade humana.

O preceito contido no parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição de 1988, ressalta que normas definidoras de direitos fundamentais não são normas de caráter meramente programático e, sim, normas as quais regulam relações jurídicas de modo direto.

Assim, as normas da Constituição que se refiram a direitos fundamentais podem e devem ser aplicadas diretamente para a solução de casos concretos, sendo desnecessária a atuação prévia do legislador infraconstitucional.

Trata-se do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, o qual “*investe os Poderes Públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos*” (PIOVESAN, 1995, p. 92). Referida norma-princípio reflete a determinação de se conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (SARLET, 2009 p. 243-247).

A Constituição brasileira, garante aos brasileiros e estrangeiros uma série de direitos individuais e coletivos que visam coibir o tráfico humano de pessoas e o trabalho forçado. Assim, entre os Direitos e Garantias Fundamentais, previstos no título II, da Carta Magna, encontra-se no Capítulo I os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, sendo que o artigo 5º., *caput*, estabelece que todos são iguais e tem o direito à vida e o direito à liberdade, não sendo obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, se não em virtude de lei (inciso II), sendo admissível que alguns se sintam proprietário de outros, limitando o seu direito de ir, vir e ser.

A Constituição de 1988 também proíbe a tortura, o tratamento desumano ou degradante (inciso III) e informa que é inviolável a honra, a intimidade, a vida privada (inciso X). Garante no artigo 1º., que a República Federativa do Brasil, constitui-se em um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a soberania do Estado (inciso I), a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho (inciso IV).

No parágrafo 1º., do artigo 5º., estabelece que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; o parágrafo 2º., que os “[...] direitos e garantias expressos na 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”.

Enquanto isso, o Capítulo II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, prevê os Direitos Sociais, sendo que em seu artigo 6º., define que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

No artigo 7º., estão definidos os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais como o seguro desemprego (inciso II); o fundo de garantia por tempo de serviço (inciso III); o salário mínimo (inciso IV); a garantia da irredutibilidade do salário (inciso VII); o décimo terceiro salário (inciso VIII); o adicional noturno (inciso IX); a proibição de retenção dolosa do salário (inciso X); a duração do trabalho não superior a 8 horas diárias e 44 horas

semanais (inciso XIII); o repouso semanal remunerado (inciso XV); a remuneração do trabalho extraordinário, no mínimo, 50% superior ao normal (inciso XVI); as férias (inciso XVII); a licença gestante (inciso XVIII); a licença paternidade (inciso XIX), entre outros que visam garantir a proteção dos trabalhadores.

Os direitos garantidos na Constituição de 1988 e na legislação esparsa configuram-se como um mínimo existencial ao ser humano trabalhador, que é

“[...] o direito a satisfação das necessidades básicas, ou seja, direito a objetos, atividades e relações que garantem a saúde e a autonomia humana e, com isso, impedem a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade de exercício da autonomia” (WANDELLI, 2012, p. 141).

A citada Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, do qual o Brasil faz parte, em seu artigo 4º., delibera que “*Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos estão proibidos e todas as suas formas*”; o artigo 23, garante a todos os homens o direito ao trabalho e condições justas de remuneração e o artigo 29, garante o direito à liberdade a todos os homens.

Assim, o tráfico de pessoas para o trabalho forçado constitui-se em grave ofensa à Constituição brasileira, a vida e a dignidade da pessoa humana. É a configuração da coisificação humana, da falta de respeito, de solidariedade, de fraternidade e de humanidade para com seu igual. É tratar os demais como animais!

“Podemos apontar que diversos são os fatores que ajudam a manter a escravidão no Brasil, tais como a pobreza; o desemprego provocado pela globalização; a modernização do campo; a falta de investimentos na agricultura familiar; a confiança dos infratores em sua impunidade, além de outros. Contudo, indubitavelmente a sua mola propulsora continua sendo a mesma da escravidão antiga, que é o lucro e a acumulação de riqueza” (FÁVERO FILHO, 2010, p. 270).

A legislação brasileira é bastante ampla no sentido de erradicação do trabalho escravo. Em 23 de dezembro de 2002 foi publicada a Lei nº. 10.608,

inserindo regras referentes ao trabalho forçado ou reduzido à condição análoga à de escravo na legislação que instituiu o seguro-desemprego (Lei nº. 7.998/1990). De acordo com aquela legislação, todo e qualquer trabalhador resgatado de tal situação, terá direito ao recebimento de 3 (três) parcelas de um salário mínimo. Mais importante que o simples pagamento das supracitadas três parcelas, é a previsão legal de encaminhamento do trabalhador resgatado, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, para qualificação profissional e recolocação no mercado de trabalho, por meio do Sistema Nacional de Emprego - SINE, na forma a ser estabelecida pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT.

Em março de 2003 foi lançado o Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, com 75 (setenta e cinco) ações do Governo Federal.

Já, em dezembro do mesmo ano, foi publicada a Lei nº. 10.803, modificando o art. 149 do Código Penal brasileiro e igualando o trabalho degradante com o trabalho escravo, com pena de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa, além da agravante se o crime é cometido contra criança ou adolescente ou por preconceito.

No dia 12 de maio de 2004, véspera de aniversário da Lei Áurea, foi aprovada pelo Governo Federal, na Comissão Especial da Câmara, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº. 438/2001, versando sobre o confisco de terras onde fosse encontrado trabalho escravo ou análogo à escravidão. A bancada ruralista, porém, apresentou duas emendas à proposta, sobre a garantia de que a expropriação só ocorreria depois de esgotado o processo jurídico e sobre a equiparação do trabalho rural com o urbano.

No dia 22 de maio de 2012, no Plenário do Pleno da Câmara dos Deputados Federais, foi aprovada, em segundo turno, tendo 360 votos a favor, 29 votos contra e 25 abstenções, em um total de 414 Deputados presentes à Sessão, com discussão do Deputado Nelson Marquezelli, do Partido Trabalhista brasileiro (PTB), de São Paulo.

Ainda, em 2006 foi aprovada a Política Nacional de Enfrentamento do Tráfico de Pessoas, por meio do decreto nº. 5.948/2006. Em 2007 foi realizado o primeiro Seminário Nacional sobre o tema do enfrentamento do tráfico de pessoas. Já em 2008, o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas foi aprovado por meio do Decreto nº. 6.347/2008. Suas metas e ações foram pensadas sobre três focos: prevenção, repressão, responsabilização e atenção às vítimas.

## 2 RECONHECIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DE DIREITOS DOS TRABALHADORES COMO DIREITOS HUMANOS

A superação do liberalismo, iniciada pelos socialistas, passa a ser obra dos movimentos de direita, como o *fascismo* e o *nazismo*, a partir da década de trinta do século passado. Suas concepções totalitárias, concebidas em manifesto e inequívoco retrocesso social, são voltadas ao máximo desrespeito à dignidade humana, configurado no sofrimento e morte de milhões de pessoas. No entanto, bem posteriormente, a partir da difusão de tais ocorrências marcadas pela Era Hitler, surge então, em 1945, o movimento de reconstrução dos direitos humanos, do qual deriva, em nível internacional, a efetiva vontade de reconstrução dos direitos humanos, o que depois vem concretizada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (adotada e proclamada pela Resolução nº. 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, assinada pelo Brasil na mesma data).

Esta Declaração vem introduzir a revisão da noção tradicional da soberania absoluta do Estado-Nação ao reconhecer, expressamente, no âmbito internacional, a “*dignidade inerente a todos os membros da família humana*”. Introduz uma nova linguagem de direitos, combinando “o discurso liberal da cidadania com o discurso social da cidadania, de modo a *conjuguar o valor da liberdade ao valor da igualdade*” (PIOVESAN, 2007, p. 137-138).

Com a Declaração, desencadeiam-se os primeiros passos de reconstrução da sociedade no âmbito global. Nesse contexto, advêm o reconhecimento e a inclusão de direitos dos trabalhadores no catálogo de direitos humanos, posteriormente reforçado pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, sociais e culturais, juntamente adotado com o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, em 16 de dezembro de 1966, Assembleia Geral das Nações Unidas (ambos ratificados pelo Brasil, em 24 de janeiro de 1992).

Tal reconhecimento se deu não apenas no âmbito global, mas também no âmbito regional, a exemplo do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos Sociais e Culturais – “Protocolo de San Salvador”. Esse tratado vem assinado em San Salvador, em 17 de novembro de 1988, na 18ª. período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral (ratificado pelo Brasil em 21 de agosto de 1996, em vigor desde novembro de 1999).

Nessa esteira, no Brasil, após anos de dominação do regime político ditatorial, a Constituição da República Federativa, promulgada em 05 de outubro



de 1988, inspira-se nesses cânones democráticos do século XX, voltando-se enfaticamente à plena realização da cidadania ao eleger o valor dignidade humana como um dos fundamentos do regime político democrático que instaurou e institucionalizou (art. 1º, inc. III). Alarga a dimensão desses direitos para alcançar os direitos sociais (arts. 6º, 7º. e 8º.). Em tal dimensão, a Lei Maior vigente proclama que a livre iniciativa não pode estar dissociada do princípio da dignidade humana, ao qual se reporta como princípio supremo da ordem constitucional e fim último da ordem econômica, tal como estabelece seus artigos 1º. inc. III e 170 (GOMES, 2009, p. 173-174).

Assim, cumpre fazer valer a Constituição, principalmente no mundo do trabalho, porquanto esta passou a ser “não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”<sup>1</sup>.

### **3 A FORTE INFLUÊNCIA DA IDEOLOGIA NEOLIBERAL NAS RADICAIS TRANSFORMAÇÕES DAS ECONOMIAS NACIONAIS A ENVOLVER O MUNDO DO TRABALHO E A PRÓPRIA CAPACIDADE PRODUTIVA DAS EMPRESAS**

Após a difícil fase de reconstrução social e econômica a partir do final da Segunda Guerra Mundial, o regime democrático adotado coloca em evidência a importante participação do Estado na ordem econômica e social, principalmente na Europa Ocidental. A propósito, Birgit Mahnkoff (2005, p. 48-49), professora no Departamento de Política Europeia da Escola Superior de Economia de Berlim, bem descreve o que significou o *Welfare State* para os trabalhadores:

“Nos ‘anos dourados do capitalismo’, que se estenderam até meados dos anos 70, o futuro se apresentava como passível de ser plasmado tanto pelo indivíduo quanto pela coletividade. Havia a fundamentada esperança de que o trabalho remunerado se ‘humanizasse mais’ [...] de que os salários reais e, com isso, também as rendas familiares aumentassem, a jornada de trabalho fosse reduzida e as férias prolongadas [...]. Como instituições políticas intervinham no livre jogo das forças do mercado e bens públicos como saúde e educação, segurança jurídica e recursos importantes para a vida eram disponíveis em quantidade e qualidade suficientes, aqueles que

<sup>1</sup> Nas palavras de BARROSO (2007, p. 227), o qual também afirma que “*este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores consagrados*”.

não tinham outra propriedade senão a sua força de trabalho também podiam ter certeza de um futuro melhor, ao menos não pior”.

Essa realidade de capitalismo, guiado por princípios democráticos, realmente propiciou avanço tecnológico e prosperidades de modo a reduzir substancialmente os níveis de pobreza. Tudo isso baseado na crença de que a intervenção do poder público na ordem econômica e social – representando a vontade coletiva dos integrantes da sociedade civil – possibilitava o efetivo fornecimento de bens públicos que o mercado não poderia por si mesmo fornecer. O *welfare state* então se torna o “*ponto alto de um prolongado processo de evolução dos direitos de cidadania*”, nas palavras de Anthony Giddens (GIDDENS, 2001, p. 20).

No entanto, a partir da crise petrolífera, em 1973, os governos orientados pela social-democracia paulatinamente entram em colapso, sob o domínio da alta inflação, mantendo orçamentos deficitários e estagnação econômica. Tempos depois, a ascensão do Governo de Margareth Thatcher desencadeia a formação de ideias políticas voltadas ao livre mercado, sob o argumento de que o *welfare state*, tal como se apresentava, gerava mais problemas e obstáculos do que progresso econômico e social.

Nessa esteira, em novembro de 1989, em reunião em Washington D. C., funcionários do governo norte-americano e de organismos financeiros internacionais – FMI, Banco Mundial e BID – firmam um “consenso”, ao qual se atribui o nome de “Consenso de Washington”. Tal “consenso”, assim estabelecido, resultou num conjunto de medidas dirigidas às políticas econômicas de diversas localidades do planeta, principalmente aos países em desenvolvimento como um “ajustamento macroeconômico”, abrangendo a desregulamentação de todos os mercados, inclusive do mercado de trabalho.

Isso tudo torna-se bem operacional com a queda do muro de Berlim, em 9 de novembro de 1989, dando seguimento ao início da desagregação da organização política, econômica e social dos países do Leste Europeu e da URSS – a qual deixa existir no final de 1991<sup>2</sup>. Desses acontecimentos, eclode

<sup>2</sup> Conforme bem explica Anthony GIDDENS, (2001, p. 14-15), ao focar a situação de crise da União Soviética diante dos EUA. Assevera que “*a teoria econômica do socialismo sempre foi inadequada, subestimando a capacidade do capitalismo de inovar, adaptar e gerar uma produtividade crescente. O socialismo foi também incapaz de compreender o significado dos mercados como fontes de informação, que fornecem dados essenciais a compradores e vendedores. Essas inadequações só se revelaram plenamente com a intensificação dos processos de globalização e mudança tecnológica a partir do início da década de 1970*”.

o conhecido fenômeno da globalização<sup>3</sup>, a inaugurar uma nova fase do sistema capitalista *sem fronteiras*.

De fato, na década de 1990, a lógica do capitalismo global reemerge de forma poderosa – e até impiedosa - com a integração da maioria dos países aos mercados financeiros internacionais. Com isso, passa a imperar, cada vez mais, a difusão da ideia de liberdade de mercado e de sua autorregulação pelos grandes e poderosos conglomerados transnacionais, guiados pelos ideólogos do neoliberalismo. Faz preponderar o poder centrado na hegemonia dos Estados Unidos da América do Norte, o que impõe, de forma até impiedosa, programas de privatização dos monopólios públicos e a substituição dos mecanismos estatais de seguridade social por seguros privados, o que amplia sobremaneira o pluralismo de ordens normativas, e na liderança das cadeias produtivas globais (DUPAS, 2001, p. 21).

O impacto da globalização aprofunda os laços entre vários subsistemas nacionais, regionais ou comunitário, de modo a transformar completamente o modo operativo da produção e da circulação de bens e serviços e, mais ainda, a dinâmica financeira. Surge então um novo paradigma de mercado com tendências cada vez mais generalizantes. Todo o progresso econômico daí gerado, sem qualquer limitação em busca da conquista de mercado, passa a depender do saber criativo voltado à pesquisa e desenvolvimento, da inovação tecnológica e de grandes investimentos. Nesse particular cumpre ressaltar que *“os principais laboratórios de pesquisa e desenvolvimento estão concentrados na América do Norte, União Europeia e Japão (PAULET, 2009, p. 27-28) <sup>4</sup>*.

Nessa senda, evidenciam-se, no decorrer das últimas décadas, radicais transformações nas economias nacionais, a envolver o mundo do trabalho e a própria capacidade produtiva das empresas. Vem facilitado o deslocamento do investimento, que, de um modo geral, sai do comércio e da produção, passando para a especulação. Com a notável ampliação do pluralismo de ordens normativas, gigantescas empresas transnacionais, agindo em dimensão planetária, transformam-se em protagonistas privilegiadas, tendentes, porém, a enfraquecer

<sup>3</sup> Tratando do mesmo fenômeno, os países francófonos o definem de *mundialização*, para assim dar mais ênfase ao *“crescimento da interdependência dos países e habitantes, fazendo desaparecer as fronteiras”*. Já os países anglófonos adotam à terminologia citada, *globalização*, para designar *“sobretudo, a mundialização econômica, ou seja, os mercados de bens, de serviços, de trabalho e de capitais em escala, em todo planeta”*, nas palavras de PAULET (2009, p. 16).

<sup>4</sup> PAULET (2009, p. 27-28) também assevera que, *“globalmente, estes três núcleos possuem 90% do potencial científico... É sobretudo na tecnologia avançada, ou de ponta, que se observa o domínio das nações ricas”*.

a democracia dos Estados-Nação, mormente na América Latina, onde bem transparece a desigualdade social, em razão dos elevados índices de exclusão social, fomentados pela deficiente educação, nos mais diversos níveis. Advém dessas mudanças submissão crescente das políticas econômicas e sociais, no âmbito dos governos nacionais, às normas ditadas pelo ‘*deus*’ mercado (DUPAS, 2001, p. 21).

A progressiva rotação e *financeirização* do capital – aliada à expansão industrial e comercial sem fronteiras, derivantes do desenvolvimento dos meios de comunicação, das telecomunicações e da computação, bem como de transporte – facilita o formidável avanço do modelo capitalista de produção em massa. Com isso, as empresas em geral são submetidas à constante reestruturação, muitas vezes em detrimento de direitos dos trabalhadores. Para bem corroborar tais assertivas, Birgit Mahnkopf (2005, p. 53-55) assim preleciona:

“No início do século XXI, a segurança sócio-econômica no sentido abrangente de *decent work* (trabalho humanamente digno) como ela é definida nas publicações mais recentes da OIT, parece ter se tornado na maioria dos países do mundo o privilégio de uma minoria social, pois se tomarmos, no pleno sentido do termo, como ponto de partida a vinculação entre trabalho remunerado e segurança, erigido em norma na modernidade da sociedade industrial, tal vinculação se tornou nos países do Hemisfério Sul e nos países em vias de transformação da Europa Central e Oriental um fenômeno de exceção, sendo ameaçado de forte esvaziamento nos países desenvolvidos do Ocidente.

A precarização do trabalho remunerado também deve ser interpretada como elemento de uma nova espécie de forma de dominação, que, conforme Pierre Bourdieu, ‘assenta em uma insegurança transformada em estado permanente generalizado’. Esse estado não é nenhuma consequência secundária da transformação sócio-econômica, condicionado e acelerado pela globalização, mas o projeto político da modernização cindida”.

Desse modo, muitas destas instituições econômicas mais e mais se afastam das aspirações históricas voltadas à justiça social, mesmo sendo dependentes de um equilíbrio estável e de uma harmonia duradoura, assegurados pelo Estado Democrático. Com isso, as normas de proteção estatal não deixam de existir, mas vêm perdendo sua efetividade, principalmente em razão de uma crise social.

A propósito, José Eduardo Faria (2011, p. 39) bem ressalta a decorrente expansão de um pluralismo jurídico que se desenvolve com a globalização, em

paralelo ao direito positivado pelo Estado. Para ele, quanto mais o Estado “*perde capacidade de coordenação econômica e autonomia na formulação de novas estratégias de regulação, uma vez que elas passam a ser negociadas, definidas e ordenadas no âmbito das entidades internacionais e de organismos multilaterais, mais ele tem de lidar pela frente a responsabilidade de lidar com as consequências locais da crise...*”. Complementa aduzindo que “*os governos nacionais não desconhecem expectativas sociais, mas carecem de meios políticos, ferramentas tributárias e recursos orçamentários suficientes para atendê-las, o que deixa as municipalidades condenadas à gestão paroquial, enquanto as massas de excluídos e suas demandas se multiplicam*”.

Profundas mudanças são, assim, introduzidas no mundo do trabalho pela ideologia do neoliberalismo a promover a expansão da globalização da economia de mercado. A expansão do poder econômico das grandes empresas transnacionais, estreitamente interligadas em cadeias globais de produção e fornecimentos, acelera a competição de forma cada vez mais impiedosa. Por decorrência, muitos trabalhadores, inclusive imigrantes, ficam sujeitos à prestação de serviços em condições totalmente desfavoráveis, sem qualquer garantia, submetidos ao cumprimento de jornada excessivamente elástica, percebendo míngua salários que não condizem com sua dignidade, o que chega até mesmo a configurar condições de trabalho análogas à de escravo<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> A imprensa vem noticiando, a exemplo do que se deu, em São Paulo, que a REDE MARISA foi autuada pelo Ministério do Trabalho, porque seus auditores fiscais encontraram trabalhadores bolivianos prestando serviços em condições análogas à escravidão, contratados através de uma terceirização irregular. Nessa ocasião, em Relatório, os fiscais pedem que a Rede Marisa seja incluída na “lista suja” do MPT. Cf. “Folha de São Paulo, 18 de março de 2010, B 13. Nesse mesmo sentido, a reportagem de 20 de agosto de 2011 noticia que a apuração sobre o trabalho ilegal é ampliada alcançando a grife ZARA e outras 20 grandes marcas, sob a mesma acusação de exploração de trabalhadores (B 10). Em 31 de outubro de 2012, a Polícia Federal e o Ministério Público do Trabalho flagraram cerca de 50 trabalhadores paraguaios, que eram submetidos a maus tratos “e não tinham horário para encerrar o expediente”, em Frigorífico, no município de Cambira, Estado do Paraná. Conf. Jornal “Folha de Londrina”, de 1º. novembro de 2012 – Folha Geral, p. 7. Outras manchetes de Jornais brasileiros: 1. “Roupa de marca era feita com trabalho escravo. A oficina de fundo de quintal funcionava na cidade de Americana (SP). Nela, ao menos oito imigrantes produziam peças com a etiqueta “BASIC+” sob encomenda da empresa HIPPY CHIK (Folha de São Paulo, 16 de fevereiro de 2013 – Caderno Mercado, pág. 3); 2. “Flagrados pelo Ministério do Trabalho em condições degradantes, bolivianos obtêm carteira profissional e indenização de R\$ 25.000,00. Os auditores fiscais flagraram trabalhadores bolivianos, no Belenzinho (zona leste de São Paulo) no exato momento em que confeccionavam roupas das marcas EMME e LUIGI BERTOLLI. Ambas pertencem à GEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO também dona da marca CORI, “grife que, na última segunda-feira (18 de março de 2013) abriu os desfiles da São Paulo Fashion Week... Os bolivianos não tinham documentação brasileira e, segundo seus relatos, corroborados pelos dos donos da oficina, cumpriam jornadas superiores a 12 horas” (Folha de São Paulo, 23 de março de 2013, Caderno Mercado). 3. “Resgate de escravos cresce 763% no Paraná. Número de libertações passou de 2.203 em 2011 para 2.560 no ano passado (2.012). Casos são mais comuns em plantações de erva-mate e cana” (Folha de Londrina, 8 de fevereiro de 2013).

## 4.1 O necessário equilíbrio entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

A hodierna realidade, no mundo do trabalho, aponta duas tendências no âmbito empresarial. De um lado, trabalhadores mais qualificados que são submetidos a programas de formação e capacitação permanentes, inseridos num quadro mais estável da empresa, para participarem ativamente do processo produtivo, na concepção, programação e avaliação de resultados. Do outro, ampliam as hipóteses de flexibilização, com a horizontalização da produção de bens ou serviços, mediante a contratação de empresas especializadas em determinados segmentos do respectivo empreendimento. Grande parte das empresas passa a se dedicar apenas a atividades caracterizadoras de seu objeto social, transferindo a terceiros aquelas outras que não considera essenciais e indispensáveis à verdadeira finalidade a que se propõe.

Decorrem daí duas realidades que se defrontam. A primeira evidencia a redescoberta do interesse pela pessoa do trabalhador como elemento-chave da eficiência econômica e competitividade da empresa, porquanto há o convencimento de que, sem sua cooperação e seu compromisso é impossível aumentar a produtividade e melhorar a qualidade. Já a segunda aponta a rotatividade e precariedade no emprego, decorrente da subcontratação. Nesse cenário, Oscar Ermida Uriarte (2002, p. 16) apresenta profundas indagações de como se manter a tutela do trabalhador, diante de tal realidade:

“... A fábrica flexível pode exigir certas adaptações, relacionadas sobretudo com a plurifuncionalidade e com a distribuição do tempo do trabalho, enquanto a rapidez das mudanças tecnológicas, somada à crescente importância do conhecimento, requer capacitação permanente e ativa participação do trabalhador. Mas acontece que estas são incompatíveis com um emprego precário, de curta duração, ‘descartável’. Como atender, então, a necessidades reais de flexibilização que parecem ser incompatíveis com outros requisitos da produção e gestão modernas do pessoal? Como articular um modelo alternativo do Direito do Trabalho e de relações de trabalho que atenda às necessidades de adaptação flexível às novas tecnologias, mas sem desproteger o trabalhador?”

Grande parte de trabalhadores integrantes da chamada população ativa permanece desprovida de proteção jurídica, quando se obriga ao trabalho informal, malgrado a formidável previsão de normas internacionais de proteção

dos direitos humanos; princípios e regras constitucionais ditados pelo Estado-Nação, além das normas legais e coletivas conquistadas ao longo dos tempos. Por sua vez, o Sindicato, visto e reconhecido institucionalmente como entidade indispensável à garantia do Estado Democrático de Direito, sofre, nos tempos atuais, o enfraquecimento de sua atuação, o que impõe aos estudiosos repensar sua natureza e seu âmbito de atuação. Assim, lamentavelmente, em determinadas situações bem se evidencia a ocorrência, de fato, de considerável *retrocesso social*.

Convém lembrar, contudo, que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no auge de seus vinte e cinco anos de vigência, estabelece os objetivos fundamentais a reger o Estado Democrático de Direito. Dentre os quais proclama que, acima dos interesses econômicos voltados a aumentar a eficiência produtiva compatível com o alto nível de competitividade, urge, por primeiro, “*promover o bem de todos* (CRFB/88, art. 3º.). Nesse contexto, a fim de promover a justiça social, a mesma Lei Maior, em seu art. 7º., recepciona vários direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, ao tratar dos direitos dos trabalhadores, como direitos fundamentais sociais, de modo a concretizar a efetiva valorização do trabalho humano como garantia do direito à vida com dignidade (CRFB/88, art. 170). A respeito, bem evidencia Claudio Pedrosa Nunes (2010, p. 363):

“O artigo 170 da Constituição prescreve que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano (em primeiro lugar) e na livre iniciativa, tendo por *finalidade* a existência digna da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social. Assim, por conduto da própria Constituição, a pessoa humana, preservada em sua dignidade, prevalece ou precede aos interesses puramente econômico-financeiros”.

Isso significa que a empresa contemporânea deve encontrar, sim, espaço promissor para aumentar sua competitividade, como exige a economia globalizada, porém, ao contrário dos meios propalados pelos ideólogos do neoliberalismo, mediante a democratização real de suas estruturas e revisão crítica de seus valores.

Explicado de forma diferente, se a conservação da empresa se impõe para que sejam mantidos os postos de trabalho, cumpre não perder de vista que *a dignidade da pessoa humana reclama condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica*, conforme bem salienta José Afonso da Silva (1998, p. 93).



É dever do Estado, em parceria com a sociedade civil, implementar sólidos programas de formação profissional, treinamento e requalificação da força de trabalho para atender as novas exigências do mercado global. Trata-se, pois, de investimento que cria necessárias qualificações para o trabalho, cujos resultados certamente reverterão em proveito da própria comunidade onde está inserida a empresa, cuja função social, atualmente, é indiscutível pela sua relevância. Ademais, é no ambiente de trabalho que, em regra, o trabalhador exerce sua cidadania. Nesse contexto, ao buscar o alcance de suas metas e interesses de natureza estritamente econômica, a empresa deve, por primeiro, valorizar a força de trabalho de seus empregados, pois depende da capacidade criativa de cada um, seja de ordem física ou intelectual. Com isso, faz com que eles se tornem verdadeiros colaboradores e partícipes do sucesso do empreendimento no qual estão engajados.

Ao investir cada vez mais na capacitação de seus empregados, a empresa vale-se de importante estratégia voltada consistente em motivá-los à busca do conhecimento e, por meio dele, do crescimento de cada um como pessoa humana, capaz de produzir em benefício da sociedade. Resulta daí, por conseguinte, a valorização de seu trabalho.

Inegavelmente, por meio de treinamentos e de aprendizagem metódica, torna-se possível ao trabalhador alterar suas atitudes e comportamentos, de forma a direcionar sua vida profissional a um processo mais produtivo e de satisfação pessoal. Nessa senda, a empresa bem exerce sua função social e protege seus empregados dos efeitos da automação, tal como vem previsto no inciso XXVII da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Por consequência, o antagonismo trabalhador-empregador, ao menos em parte, passa a ser substituído por uma visão da empresa como um local para onde afluem interesses comuns, não tão contrapostos e antagônicos, onde pessoas participam em comunhão de esforços para o aumento do produto social e em benefício de toda comunidade.

## **5 A BUSCA PELA PERMANENTE EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO COMO VALORES QUE ATRAEM A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A dignidade da pessoa humana e o bem jurídico *trabalho*, este como valor social, foram erigidos pela Constituição de 1988 como fundamentos do



Estado Democrático do Direito (art. 1º, III e IV), e esta é a razão pela qual a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho (art. 170). Ademais, ao tratar dos direitos e garantias individuais, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, *caput*, assim proclama:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”

Com efeito, sob o manto do Estado Democrático de Direito, não só se sobleva a eminência da dignidade da pessoa humana, mas a transforma em valor fundante da própria ordem jurídica como enfatiza José Afonso da Silva (1998, p. 93). Portanto, todo trabalhador – sem qualquer distinção – deve ser visto como detentor de direitos fundamentais, amparado por normas pétreas da Constituição, as quais não podem ser afastadas nem eliminadas sequer por Emenda Constitucional, em razão do implícito princípio constitucional da proibição de retrocesso social.

Nesse contexto, toda pessoa, independentemente da raça e nacionalidade, deve ter sua dignidade respeitada e tutelada, em qualquer lugar do planeta, seguindo o que bem resulta do fenômeno da globalização econômica, ao propiciar considerável aumento da circulação de pessoas. Por conseguinte, não se concebe que, nos dias atuais que o trabalhador tenha sua força de trabalho explorada em condições análogas à de escravo<sup>6</sup>, mormente sob o manto do Estado Democrático de Direito. Urge, então, manter as conquistas dos trabalhadores compatíveis com a sua dignidade humana, diante dos efeitos nefastos da globalização da economia. É o que vem proclamando a Organização Internacional do Trabalho – OIT, no sentido de amenizar a disseminação da exploração do trabalho humano, em larga escala, com escandalosa violação

<sup>6</sup> Código Penal brasileiro - Redução a condição análoga à de escravo - Redação dada pela Lei nº. 10.803, de 11.12.2003: **Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo**, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, **por qualquer meio**, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena – reclusão, de **dois a oito** anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º. Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º. A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – **por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem**. (grifamos)

das normas sociais e desrespeito aos direitos humanos. Assim, aprovou, em 19 de junho 1998, a “*Declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho*”, invocando o respeito aos direitos fundamentais e salienta a proibição do trabalho escravo e infantil, o direito a não discriminação e os direitos de liberdade sindical e de negociação coletiva (SÜSSEKIND, 2007, p. 379-380). Deixa bem claro que a finalidade concreta de tal declaração é a de tornar claro ao mundo que os direitos inscritos nos documentos normativos internacionais efetivamente são *direitos humanos* e que integram os direitos sociais fundamentais, que não podem ser violentados nem desvirtuados, mas plenamente tutelados pelos Países Membros, que assumiram o compromisso de assim respeitá-los na Carta de Adesão à OIT.

Vale afirmar, ao buscar a renovação do compromisso universal entre Países Membros, a Declaração realça “*que o crescimento econômico é essencial, mas insuficiente, para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, o que confirma a necessidade de que a OIT promova políticas sociais sólidas, a justiça e instituições democráticas...*”. Conclama a todos para realizar “o objetivo de manter o vínculo entre progresso social e o crescimento econômico, a garantia dos princípios e direitos fundamentais no trabalho”, tudo de modo a “*assegurar aos próprios interessados a possibilidade de reivindicar livremente e em igualdade de oportunidades uma participação justa nas riquezas a cuja criação têm contribuído, assim como a de desenvolver plenamente seu potencial humano...*”. Por fim, reitera expressamente o compromisso de todos os Membros, dentre os quais o Brasil, de “promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas Convenções, dos quais se destaca (b) *a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório*; (d) “*a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação*”.

Igualmente, o Relatório Global da OIT lançado em 2009, dando sequência aos relatórios anteriores, “*trouxe novas informações, análises e propostas de ação. Apresenta uma nova estimativa global, dessa vez sobre o custo da coerção do trabalho forçado, para os trabalhadores e trabalhadoras submetidas a essa condição*”, nas palavras de Laís Abramo e Luiz Machado (2011, p. 65), respectivamente, Diretora do Escritório da OIT no Brasil, e Coordenador do Projeto da OIT de Combate ao Trabalho Escravo no Brasil. Nesse sentido, ressaltam observações contidas no aludido documento, nos seguintes termos:

“O Relatório busca também dar conta dos avanços ocorridos em cada uma das regiões do mundo, nos quatro anos anteriores à sua publicação. Constata um aumento da preocupação sobre o tema, ainda que diferenciado... Destaca que, na América Latina, a forma predominante de trabalho forçado é a servidão por dívida dentre ou através das fronteiras nacionais, mas que tem havido um importante aumento da conscientização em relação ao tema, destacando os casos do Brasil (métodos inovadores de pesquisa, monitoramento e fiscalização e envolvimento criativo do setor privado e empregadores)... Também chama a atenção para os riscos de trabalho forçado no trabalho doméstico, agricultura e outros setores nos Estados Unidos e no Canadá e para o trabalho forçado associado ao tráfico de pessoas como resultado de processos migratórios irregulares na Europa. Finalmente, observa o aumento constante de relatos sobre tráfico de pessoas e a instituição de mecanismos interministeriais em diversos países, enfatizando a necessidade da adoção de salvaguardas adequadas para os trabalhadores migrantes...”

Torna-se preciso por em prática todas essas normas e pronunciamentos, os quais também espelham a afirmação de uma ética universal inculpada nas legislações de todos os países constituídos em Estado Democrático de Direito, assim comprometidos com o fortalecimento e proteção dos direitos humanos, que buscam resguardar a dignidade humana, em qualquer situação e circunstância, sem outras exigências.

*É o que também estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil, que mantém a adesão à ordem capitalista, para tornar perfeitamente viável conciliar, de fato, os imperativos da competição econômica com as exigências de justiça social, tal como estabelece seu art. 170. Em se tratando de tão relevantes propósitos, recentemente, no Estado de São Paulo, uma grande conquista se obteve com a Lei Estadual nº. 14.946, de 28 de janeiro, em vigor desde 29 de janeiro de 2013, que dispõe sobre a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS<sup>7</sup>, de qualquer empresa que faça uso direto ou indireto de trabalho escravo ou em condições análogas.*

Nos termos dessa lei, que visa a erradicar todo tipo de trabalho forçado, todas empresas que submetem trabalhadores a condições degradantes e análogas

<sup>7</sup> Lei nº. 14.946, de 28 de janeiro de 2013, de São Paulo, publicada em: D. O. E., de 28/01/2013 - Seção I - pág. 01.

à de escravos, dentre eles os imigrantes, terão cassadas a eficácia da inscrição de seu cadastro de contribuintes do ICMS. De forma incisiva, em seu art. 4º., estabelece que, em razão de tal cassação, os sócios, pessoas físicas ou jurídicas, em conjunto ou separadamente, do estabelecimento penalizado, sofrerão sérias restrições em sua atividade produtiva de ordem econômica e financeira, dentre as quais, “*o impedimento de exercerem o mesmo ramo de atividade, mesmo que em estabelecimento distinto daquele*”, pelo prazo de dez anos.

Cumprir afirmar que, nos termos da referida Lei Estadual nº. 14.946/2013, diante da constatação de situações reais de ocorrência de trabalho humano em condições degradantes e análogas à condição de escravos, a empresa, o fornecedor ou qualquer estabelecimento envolvido na cadeia produtiva serão punidos assim como seus sócios - pessoas físicas ou jurídicas, em conjunto ou separadamente, enfim toda cadeia produtiva e não apenas aqueles microempresários intermediários. Prevê ainda que empresas envolvidas na exploração de trabalhadores não possam se beneficiar de créditos fiscais<sup>8</sup>.

A existência dessa recente lei deve, portanto, encorajar outros Estados da nação brasileira ou, até mesmo, seu conteúdo servir de modelo para a promulgação de uma lei federal, de modo a afastar definitivamente as possibilidades de exploração de trabalhadores, principalmente de imigrantes. Para esses, é preciso criar políticas públicas específicas voltadas a dar garantia de seus direitos, na facilitação de meios necessários à obtenção de documentos assecuratórios da regularidade de sua permanência no solo brasileiro, em sintonia com os propósitos da Organização Internacional do Trabalho. É o que se espera.

<sup>8</sup> “O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO: Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei: Artigo 1º. - Além das penas previstas na legislação própria, será cassada a eficácia da inscrição no cadastro de contribuintes do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) dos estabelecimentos que comercializarem produtos em cuja fabricação tenha havido, em qualquer de suas etapas de industrialização, condutas que configurem redução de pessoa a condição análoga à de escravo. Artigo 2º. - O descumprimento do disposto no artigo 1º. será apurado na forma estabelecida pela Secretaria da Fazenda, assegurado o regular procedimento administrativo ao interessado... Artigo 4º. - A cassação da eficácia da inscrição do cadastro de contribuintes do ICMS, prevista no artigo 1º., implicará aos sócios, pessoas físicas ou jurídicas, em conjunto ou separadamente, do estabelecimento penalizado: I - o impedimento de exercerem o mesmo ramo de atividade, mesmo que em estabelecimento distinto daquele; II - a proibição de entrarem com pedido de inscrição de nova empresa, no mesmo ramo de atividade. § 1º. - As restrições previstas nos incisos prevalecerão pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data de cassação. § 2º. - Caso o contribuinte seja optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar federal nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, a cassação da eficácia da sua inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, prevista no artigo 1º., implicará cumulativamente: I - a perda do direito ao recebimento de créditos do Tesouro do Estado, instituído pelo Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal do Estado de São Paulo, de que trata a Lei nº. 12.685, de 28 de agosto de 2007...”

Nessa senda, medidas judiciais de tutela coletiva, decorrentes de eficientes instrumentos de Ações Coletivas, podem habilmente satisfazer interesses ou direitos difusos relacionados a todo tipo de exploração de trabalhadores, inclusive de imigrantes em situação irregular. Somente assim torna-se possível erradicar todo tipo de trabalho degradante e, ao mesmo tempo, obter a efetividade de normas de proteção de direitos sociais, em geral, e dos direitos trabalhistas, em particular.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao contrário do que se apregoa, no âmbito do mercado global, incumbe, sim, ao Estado-Nação garantir eficazmente a proteção dos direitos dos trabalhadores já conquistados, no decorrer de décadas. Deve agir por si e em parceria com os grupos representativos da sociedade civil, de modo a desenvolver permanentes políticas públicas voltadas ao fomento da economia, para motivar o crescimento econômico do País nos seus diversos setores. Para tanto, dentre outras vertentes, cumpre primordialmente aos poderes constituídos da Nação democrática garantir o acesso à educação, condições materiais à continuada qualificação da mão de obra e à capacitação profissional de trabalhadores, em razão das inovações tecnológicas lançadas pelas lideranças produtivas globais.

É importante ressaltar sempre mais que o Estado Democrático de Direito é o modo de convivência que a sociedade brasileira escolheu e deliberou viver, segundo seus princípios. Portanto, sob a égide, a empresa somente pode atuar como verdadeira instituição social, transformando-se num grupo democrático para propiciar o verdadeiro exercício da cidadania com responsabilidade, tendente a alcançar uma economia verdadeiramente humana e justa.

Ao Estado brasileiro, posicionado pela Constituição vigente – que é a mais democrática que o Brasil já teve – incumbe fortalecer de forma permanente o entendimento de que não se pode mais desagregar a valorização do trabalho humano da garantia de livre iniciativa, que consiste na liberdade de escolhas e tomada de decisões relativas aos interesses econômicos. Isso significa que, simultaneamente, deve garantir as condições basilares do modo de produção capitalista, dando prevalência ao alcance da igual dignidade em benefício de todos, por meio da real observância de direitos trabalhistas.

Em síntese, por meio do DIREITO, certamente, seja esse o caminho para se fazer valer a Lei Maior, tutelando a dignidade da pessoa humana nas relações laborais, mediante a valorização do trabalho humano, ao mesmo tempo

em que se resguarda o princípio da preservação da empresa, também como um dos princípios que informam o Direito do Trabalho. Inegavelmente, a sociedade deve se manter consciente de que o Estado Democrático de Direito não se sustenta sem a concretização dos direitos fundamentais sociais, dentre os quais o Direito do Trabalho, atualmente, em grande parte, constitucionalizado.

Estas palavras deixamos como ponto de partida para novas reflexões e, quem sabe, como motivação para se concretizar novos redirecionamentos em prol do respeito à dignidade humana, em prol de um mundo mais justo e solidário, voltado, assim, ao respeito do OUTRO, em sua inteireza, eis que se apresenta relacionado a um DEUS que também é PESSOA.

## REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís; MACHADO, Luiz. O Combate ao Trabalho Forçado: um desafio global. *In: Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação*. NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Coords.). 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). *In: A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Autores Vários. Cláudio Pereira de Souza Neto/Daniel Sarmiento (Coords). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediuuro, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da informação**. São Paulo: UNESP, 2001.

ERMIDA URIARTE, Oscar. **A Flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FÁVERO FILHO, Nicanor. Trabalho escravo: vilipêndio à dignidade humana. *In* **Direitos humanos e direito do trabalho**. PIOVESAN, Flavia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Org.). São Paulo: Atlas, 2010.

**Folha de São Paulo**, 18 de março de 2010, B13.

GIDDENS, Antony. **A Terceira Via: Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Trad. Maria Luiza X., de A. Borges - 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Transformação da Economia direcionada ao crescimento e ao progresso social, sob a égide da Constituição Federal de 1988. *In*: **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. 13, 2009.

MAHNKOFF, Birgit. O Futuro do Trabalho. Globalização da Insegurança. *In*: **Globalização & Justiça II**. PETERSEN, Nikolai e SOUZA, Draiton Gonzaga de (Orgs.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

NUNES, Claudio Pedrosa. A conciliação da vida laboral e familiar no contexto da preservação da dignidade humana. *In*: **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré (Orgs.). São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 8. ed., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Vol. 212: p. 89-94, abr/jun.1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros Tratados**. São Paulo: LTr, 2007.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho. Fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012.

Artigo recebido em: 26/06/2014

Aprovado para publicação em: 20/07/2014

**Como citar:** VILLATORE, Marco Antônio César. GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Desenvolvimento econômico e igual liberdade de trabalho no contexto dos direitos humanos**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.1, p.217-240, jul.2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p217.



## O papel criador do intérprete na efetividade do princípio da dignidade humana

### THE CREATIVE ROLE OF THE INTERPRETER IN THE EFFECTIVENESS OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

Bernardo Schimidt Penna\*

**Resumo:** Dignidade da pessoa humana, como conceituá-la? Cecília Meirelles definiu, de maneira poética, o vocábulo liberdade: “Essa palavra que o sonho humano alimenta. Que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”. Destarte, pode-se, por analogia, transportar os belos versos para o Direito, e, dessa forma, referir-se à dignidade humana. Realmente, não é tarefa simples definir dignidade, pois seus contornos são, propositadamente, imprecisos e vagos. Nesse sentido, este artigo expõe um estudo da dignidade humana como princípio e em seus aspectos filosóficos e jurídicos, levando ainda em conta a participação do Legislativo, do Judiciário e da própria sociedade para a sua concretização e efetivação, a fim de se chegar a uma análise ao menos razoável desse valor, e, assim, compreender a função do intérprete diante da perspectiva de sua atividade criativa e criadora.

**Palavras-chave:** Direito; Estado; Fundamento; Dignidade; Interpretação.

**Abstract:** Human dignity, how to define it? Cecília Meirelles defined the word freedom in a poetic way: “This word that the human dream feeds. Which no one can explain and that there is no one who does not understand”. Thus, by analogy, we can carry the beautiful verses to Law and refer to human dignity. Indeed, defining dignity is not a simple task, because its outlines are purposely vague and imprecise. Thus, this paper presents a study of human dignity as a principle and its philosophical and legal aspects, taking also into account the participation of the legislature, the judiciary and society itself for its implementation and enforcement in order to reach an, at least reasonable, analysis of this value, and, so, understanding the role of the interpreter at the prospect of his creative activity.

**Keywords:** Base; Law; State; Dignity; Interpretation.

\* Faculdades Integradas de Cacoal (UNESC), Mestre em Direito UNICOR; advogado; professor universitário. e-mail: bernardo@unesnet.br

## INTRODUÇÃO

Cecília Meirelles (2008, p. 66) definiu, de maneira poética, o vocábulo liberdade: “Essa palavra que o sonho humano alimenta. Que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”. Pode-se, por analogia, transportar os belos versos para o Direito e, dessa forma, referir-se à dignidade humana. Realmente, não é tarefa simples definir dignidade. Mas, certamente, se saberá seu significado, pelo menos empiricamente.

A definição do dicionário Aurélio que traz a dignidade como “nobreza, respeitabilidade ou respeito que merece alguém ou alguma coisa” é insuficiente, sobretudo em se tratando de perquirição científica.

A própria doutrina jurídica entende que se chegar a uma definição clara do que seja real e efetivamente a dignidade humana não parece ser possível, já que seus contornos são, propositadamente, imprecisos e vagos.

Para que se chegue a uma análise ao menos razoável desse valor, é necessária uma avaliação mais profunda e mais abrangente. Pretende-se no presente artigo expor um estudo da dignidade humana como princípio e em seus aspectos filosóficos e jurídicos, levando ainda em conta a participação do Legislativo, do Judiciário e da própria sociedade para sua concretização e efetivação.

A função primordial do intérprete em sua efetivação será o objeto principal do presente estudo, buscando-se apontar a sua real função, sobretudo diante da perspectiva de sua atividade criativa e criadora. Não se pretende, nessas poucas páginas, esgotar um tema tão amplo, sendo apenas objetivo traçar alguns parâmetros a título de contribuição para um melhor entendimento.

## 1 PRINCÍPIO JURÍDICO E A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO

O princípio fundamental da dignidade humana pode ser hoje considerado a mola mestra, vetor e fim do ordenamento jurídico, não só brasileiro, como da maioria dos Estados. É, em nome de sua proteção, promoção e desenvolvimento que se guia o direito moderno.

Sarlet (2004, p. 110-1), em seus estudos, afirma que:

Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado

democrático (e social) de Direito, o constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Segundo Alexy (2001), princípios são mandados de otimização. Com isso, os princípios como ordem que devem ser, ao máximo, aplicadas; devem permear o ordenamento. Quanto mais for possível a sua aplicação, melhor. No escólio de Larenz (1997), o princípio deve ser entendido como uma pauta aberta, carecida de concretização, e que torna a valoração jurídica explícita, sendo o modo mais apropriado de refleti-la.

Canotilho (2003, p. 1.255) entende os princípios como “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”.

Conforme Ávila (2006, p. 72), os princípios “são normas-do-que-deve-ser: seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas”. E conceitua:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2006, p. 78-9).

Já se tornou clássica a lição de Bandeira de Mello (2003, p. 104) acerca da diferença de repercussão em termos da violação de uma regra ou de um princípio, que, no caso dos últimos, terão impacto negativo em todo o ordenamento, haja vista seu enorme grau de generalidade. Segundo o autor:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 104).

A dignidade humana como princípio pode ser considerada verdadeira cláusula geral em nosso ordenamento. “É característico para a cláusula geral o ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concretização” (CANARIS, 2002, 142).

Martins-Costa (2000, p. 303) conceitua a cláusula geral como:

Uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente abeta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.

No mesmo sentido, propugna Perlingieri (2008, p. 37), referindo-se à dignidade humana, que:

É necessário que, com força, a questão moral, entendida como um efetivo respeito à dignidade da vida de cada homem e, portanto, como superioridade deste valor relativamente a qualquer razão política da organização da vida em comum, seja recolocada no centro do debate na doutrina e no foro, como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça.

Com efeito, nota-se que a dignidade é multifacetária e carece de uma construção sistemática e permanente.

## **2 A DIGNIDADE EM SEUS ASPECTOS FILOSÓFICO E JURÍDICO**

É possível ainda se analisar a dignidade humana sobre prismas diversos, como o seu aspecto filosófico e jurídico, que não se confundem, mas se complementam.

### **2.1 O aspecto filosófico**

A expressão “dignidade humana” é aberta, fluida, plástica. Sugere, para tanto, uma análise ampla do instituto, num primeiro momento sob o prisma filosófico. Conforme Sarlet (2004, p. 111), segundo a filosofia estoica, “a dignidade

era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas.”

Partindo-se desse prisma, chegou-se à visão cristã, expressa por São Tomás, em que a dignidade era enxergada com duplo caráter: inerente ao homem como espécie e em sua alma, fazendo com que não se volte apenas para Deus, mas também para si mesmo.

Os jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII fizeram com que a dignidade humana passasse por um processo de racionalização e laicização, mas mantendo sua noção fundamental (SARLET, 2004, p. 112), passando, depois, pelos iluministas, com destaque para Kant e seu “imperativo categórico”, voltado para um comportamento humano em que a vontade possa sempre valer como um princípio para uma legislação geral. Para Kant, coisas têm preço e pessoas têm dignidade (MORAES, 2010, p. 76).

## 2.2 O aspecto jurídico

Moraes (2010, p. 82) apresenta um viés jurídico para a questão, citando Antônio Junqueira de Azevedo, que entende a dignidade humana “baseada nos seguintes preceitos: respeito à integridade física e psíquica das pessoas; consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida e o respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária”.

A dignidade humana permeia todo o arcabouço jurídico. Segundo ela, por análise inversa, “será ‘desumano’ tudo aquilo que puder reduzir a pessoa à condição de objeto” (MORAES, 2010, p. 85). Segundo a autora (id., *ibid.*, p. 85), o substrato material da dignidade humana pode ser desdobrado em quatro postulados: “o sujeito moral reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica; dotado de vontade livre e parte do grupo social.” Tais postulados se refletirão, respectivamente, nos princípios da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade.

Barroso (2012) entende que:

A dignidade da pessoa humana vem inscrita na Constituição brasileira como um dos fundamentos da república. Funciona, assim, como um fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral. (...) No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro

axiológico dos sistemas jurídicos, a fonte dos direitos materialmente fundamentais, o núcleo essencial de cada um deles.

Para Canotilho (2003, p. 225), a dignidade da pessoa humana como base da república significa “o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da república”.

Sarlet (2004, p. 114) aduz que:

A dignidade humana é qualidade intrínseca da pessoa humana, algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.

No ordenamento brasileiro, a dignidade humana tem *status* constitucional, figurando como fundamento da República, insculpido no art. 1.º, inciso III:

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

Segundo Perlingieri (2008, p. 205), “o caráter fundamental se identifica por meio da constitucionalidade: os princípios constitucionais, explicitamente expressos ou declarados mediante referências explícitas, são os fundamentos de um sistema concebido hierarquicamente”.

### 3 DIGNIDADE POR AUTONOMIA E POR HETERONOMIA

Barroso (2012), numa outra perspectiva, encontra uma dupla visão da dignidade, ligada à aplicabilidade prática, dividindo-a em dignidade por autonomia (condição interna ao indivíduo) e por heteronomia (produto de uma atuação externa a ele). Conclui que “a concepção da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, suas liberdades e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo cerceamento de condutas

próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo (BARROSO, 2012). Afirmo, ainda, que na Constituição brasileira a dignidade se manifesta predominantemente sob a forma de autonomia.

Em sede internacional, tem-se também que, como dispõe a Declaração Universal da ONU, assim como a doutrina majoritária, a dignidade da pessoa humana reside principalmente na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (SARLET, 2004, p. 115).

Diante disso, tem-se que a dignidade é exercida pelo próprio sujeito, mas, para tanto, é necessária sua efetiva promoção e proteção pelo Estado, e, pelo menos, um caminho que, concretamente, ainda não se vislumbra no ordenamento brasileiro. Com isso, ganha força a importância do intérprete.

#### **4 A PARTICIPAÇÃO DO INTÉRPRETE NA EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

O princípio da dignidade humana é cláusula geral, aberta, elástica, adaptável ao caso concreto, não devendo ser concebida de maneira enumerativa, e sim como valor, sem limitações injustificáveis, sobreposto aos demais princípios, para que seu fim seja efetivamente alcançado.

Sua concretização, entendida no presente estudo como a existência de uma normatividade, depende fundamentalmente do legislador. No entanto, na ausência de uma normatividade ao menos razoável, não se pode ficar à espera. Caberá ao judiciário a sua efetividade.

Efetividade, segundo Wolkmer (1994, p. 86), é “[...] critério ou modo de aplicação real de certas medidas que permite solucionar as prioridades e os objetivos essenciais reclamados por uma sociedade”. Essa essencialidade é própria do princípio da dignidade humana, já que se demonstra como um princípio solar do ordenamento.

##### **4.1 O estímulo doutrinário à decisão criadora**

A efetividade do princípio da dignidade humana reclama uma análise acurada do caso concreto, com suas particularidades, levando o juiz a criar, a inovar quando necessário.

Derrida (2007, p. 44) comenta sobre o que chama de julgamento inaugural, ato de interpretação reinstaurador:

O novo frescor, o caráter inicial desse julgamento inaugural pode repetir algo, ou melhor, deve ser conforme a uma lei preexistente, mas a interpretação reinstauradora, reinventiva e livremente decisória do juiz responsável, requer que sua “justiça” não consista apenas na conformidade, na atividade conservadora e reprodutora de seu julgamento. Em suma, para que uma decisão seja justa e responsável é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei ou suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, rejustificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio.

Para Haberle (1997, p. 80), “a interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas”.

Deve-se, no entanto, haver um respeito não só à hierarquia das fontes, já que a proteção à dignidade humana tem assento constitucional, mas também à hierarquia dos valores, por se posicionar como valor fundamental em nosso ordenamento.

O respeito hierárquico à Constituição, com norma maior, não se encontra apenas no respeito às técnicas de produção normativa, mas na necessidade de que o conteúdo da norma esteja de acordo com os valores presentes na própria constituição (PERLINGIERI, 2008, p. 324). A decisão judicial no caso concreto também se submete a essa análise.

O formalismo e o positivismo constituem o grande lastro metodológico do século vinte (CORDEIRO apud CANARIS, 2002, p. XVI). No entanto, o desapego à ditadura das regras, próprio de doutrinas modernas, como o pós-positivismo, serve como importante método para uma melhor interpretação e aplicação em meio escala do princípio, que, afinal, é defendida pela aludida escola. Perlingieri chama de “passagem do primado da lei ao primado do direito” (CORDEIRO apud CANARIS, 2002, p. 54).

No entanto, mesmo teorias dogmáticas já se inclinam para uma possibilidade de interpretação construtiva. Luhmann (apud LARENZ, 1997, p. 321-4), defende a dogmática entendendo possível – e própria – uma responsabilidade e mesmo uma segurança criativa, nestes termos:

A função positiva da dogmática poderia consistir em que, por via do modo do arranjo das interdições de negação, se eleva ao nível requerido a



flexibilidade na interpretação de textos e experiências. Para o jurista atual, o sentido da dogmática não consiste em fixar o que está simplesmente estabelecido, mas em possibilitar a distância crítica, em organizar estratos de reflexões, de motivos, de ponderações de proporção. [...] a justiça refere-se às exigências gerais do Direito; a dogmática representa o plano imanente ao sistema jurídico, no qual estas exigências se reespecificam e operacionalizam.

Mesmo outras teorias também sustentam a possibilidade criadora do intérprete, posto tímida, ainda presas a algo positivo, como a Pandectística, com Windscheid, a “Jurisprudência dos interesses”, com Heck, a “Jurisprudência dos valores” (ENGISCH, 2001, p. 171), e, mais livremente, ampliando um pouco a participação do intérprete por meio do pensamento voltado aos problemas, a “Tópica” (VIEHWEG, 2006).

Medina (2011, p. 76-7) reforça ao dizer que, “na medida em que tenham que fazer escolhas, portanto, exercem os magistrados uma atividade criativa. A criação do direito, iniciada pelo legislador, só se completa em juízo”. Para Haberle (1997, p. 30) a nova hermenêutica consegue contrariar a lógica da subsunção.

Engisch (2001, p. 207) defende que:

As leis são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes não descobrem e fundamentam suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador.

Perlingieri (2008, p. 75) cita Camerte para consignar que “não existe um único método jurídico, mas uma metodologia jurídica feita de pluralidade, de possíveis métodos de pesquisa, frequentemente concorrentes e complementares.”

Dworkin (1999, p. 110-1) pondera que:

A dinâmica da interpretação resiste à convergência ao mesmo tempo que a promove, e as forças centrífugas são particularmente fortes ali onde as comunidades profissional e leiga se dividem com relação à justiça. Juízes diferentes pertencem a tradições políticas diferentes e antagônicas, e a lâmina das interpretações de diferentes juízes será afiada por diferentes ideologias.

Ainda com Perlingieri (2008, p. 222-3), tem-se que:

A teoria da interpretação, mais do que técnica voltada a esclarecer os significados de normas bem individuadas, assume, em um ordenamento complexo e aberto, a função mais delicada de individuar a normativa a ser aplicada ao caso concreto, combinando e coligando disposições, as mais variadas, mesmo de nível e proveniência diversos, para conseguir extrair do *caos* legislativo a solução mais congruente, respeitando os valores considerados normativamente prevaletentes assim como os cânones da equidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Todavia, a teoria mais moderna de apoio ao poder criativo do intérprete é o pós-positivismo, que para Barroso (2003, p. 291) significa:

A designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sob o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Bonavides (2003, p. 264), ao analisar o pós-positivismo, afirma que “as constituições promulgadas [no século XX] acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.

Coelho (2003, p. 81-2) cita a divisão entre os *interpretativistas* e os *não-interpretativistas*. Os primeiros consideram incompatível com o princípio democrático qualquer criatividade judicial forte. Para eles, “interpretar é simplesmente aplicar a norma com o sentido e o alcance que lhe atribuíram as instâncias de representação popular, cujas decisões políticas não podem ser substituídas por decisões jurídicas”.

Os *não-interpretativistas*, por seu turno, são os que consideram legítima a invocação de outros valores substantivos. Levam em conta a historicidade e a estrutura do texto constitucional, formado essencialmente por princípios, com enunciados abertos e que só adquirem efetividade com a mediação dos aplicadores (COELHO, 2003, p. 83).

Na lição de Ávila (2006, p. 32-3), o intérprete não deve meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos; nem se deve

aceitar a ideia de uma atividade de subsunção entre conceitos prontos. “O intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido”.

Os juristas, para Perlingieri (2008, p. 609), “se não são copiadore e repetidores, são autores que, alcançando o princípio do direito e trabalhando em torno das fontes do direito, garantem a adequação daquilo que é interpretado.”

Como o presente estudo pretende demonstrar a importância da função do intérprete na efetividade do princípio da dignidade humana, insta mencionar a lição de Ávila quanto ao que ele chama de eficácia seletiva dos princípios, “que se baseia na constatação de que o intérprete não trabalha com fatos brutos, mas construídos. Os fatos são construídos pela mediação do discurso do intérprete” (2006, p. 100). E, por terem matiz constitucional, Coelho (2003, p. 91) invoca uma interpretação especificamente constitucional, que vem a ser a interpretação com um entre os resultados possíveis e jamais definitivos, já que o texto constitucional permanece aberto e receptivo a novas leituras.

Medina (2011, p. 34) afirma que “a Constituição é, em boa medida, capaz de transformar a realidade a ela subjacente”. Porém, conclui que “a Constituição não conseguirá dominar, de imediato, todos os elementos da realidade. No entanto, a sua força normativa há de ser exercitada continuamente, a fim de alcançar, com o tempo, cada vez maior efeito” (id., ibid., p. 41).

Ainda com Medina (2011, p. 94) tem-se que “será por intermédio da argumentação que os fatores sociais haverão de ser empregados na determinação do sentido atual das normas jurídicas, após terem sido recolhidos pelo julgador que se animar a olhar para fora da Constituição, em busca do significado do documento”.

## 4.2 Limites do poder criador do intérprete

É necessário prudência quando de sua aplicação, já que o afastamento da dogmática e do positivismo não pode significar um alargamento sem limites do poder do intérprete.

Medina (2011, p. 76-7) consigna que:

Há, com efeito, limites à criatividade judicial. A exigência de que as determinações dos representantes do povo prevaleçam na disciplina da vida em sociedade não se coaduna com a possibilidade de os juízes decidirem com total liberdade. É que as sentenças não se legitimam quando não apresentam argumentos hábeis a demonstrar que o seu comando apóia-se em uma interpretação – mesmo que controvertida – do direito vigente.

O juiz não deve julgar conforme sua consciência, e sim conforme o ordenamento jurídico, sobretudo a Constituição e seus fundamentos. É essa, em síntese, a crítica que faz Streck (2010), ao afirmar que as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, e que, na democracia, não cabe mais dizer que entre a lei é a consciência, pois se opta pelo sentimento do justo.

A consciência do sujeito não contempla apenas valores positivos. É nela, também, que se encontram seus preconceitos, traumas, crenças etc. O alargamento do poder do juiz visando à construção do Direito e à justiça substancial, desiderato do pós-positivismo, é salutar, porém deve ser atingido sempre com a devida parcimônia e com sólida estrutura argumentativa.

Moraes (2010, p. 16) ressalta que “a aceitação racional das decisões judiciais deve ser guiada pela qualidade dos argumentos levantados e que a chamada ‘constitucionalização’ não pode funcionar como um pretexto a conferir ao magistrado carta branca para decidir conforme suas convicções pessoais”.

Conforme Atienza (2003, p. 22), a teoria padrão da argumentação jurídica se situa no contexto de justificação dos argumentos. O autor exemplifica, ao se referir à razão justificadora da decisão, que:

Dizer que o juiz tomou a decisão devido às suas fortes crenças religiosas significa enunciar uma *razão explicativa*; dizer que a decisão do juiz se baseou numa determinada interpretação de um dispositivo normativo significa enunciar uma *razão justificadora*. De modo geral os órgãos jurisdicionados ou administrativos não precisam explicar suas decisões; o que devem fazer é justificá-las (ATIENZA, 2003, p. 22).

O intérprete cria Direito por meio de uma interpretação, que consiste em um ato de vontade em que o órgão aplicador escolhe uma entre várias

possibilidades, estando, entretanto, vinculado a textos de direito, especialmente os que veiculam princípios. A fluidez, a plasticidade dos textos não é absoluta (GRAU, 2005, p. 208-9).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Kriele (apud LARENZ, 1997, p. 207) opina que “uma decisão encontra-se, porém, justificada e, nestes termos, também a do legislador, como em última instância também a do juiz, quando confere prevalência àquele interesse que é inequivocamente fundamental no concerto dos interesses gerais em jogo”.

Conclui-se, primeiramente, com a lição de Daniel Sarmento, que “o princípio da dignidade humana representa o epicentro da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. (...) É o que confere unidade de sentido e valor a sistema constitucional, que repousa da ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado (SARMENTO, 2002).

Perlingieri (2008, p. 37) também salienta que:

É necessário que, com força, a questão moral, entendida como um efetivo respeito à dignidade da vida de cada homem e, portanto, como superioridade deste valor relativamente a qualquer razão política da organização da vida em comum, seja recolocado no centro do debate na doutrina e no foro, como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça.

Para Sarlet (2004, p. 120), não restam dúvidas de que toda a atividade estatal está vinculada ao respeito ao princípio da dignidade humana, sendo-lhe imposto um dever de respeito e proteção, tanto se abstendo de ingerências nocivas na esfera individual, quanto no dever de protegê-las contra agressões de terceiros.

Haberle (apud BONAVIDES, 2003, p. 597) invoca que a efetividade dos direitos fundamentais não é automática nem espontânea, prendendo-se a uma pluralidade de intérpretes, sendo o resultado complexo e cheio de riscos de processos particularizados de interpretação, com vários participantes, incluindo os destinatários e os titulares desses direitos.

Por fim, Hesse (apud MEDINA, 2011, p. 94), embora chame de concretização o que no presente estudo tem-se chamado de efetividade, ensina que é precisamente onde o conteúdo constitucional não se mostra claro que a interpretação assume o caráter de uma atividade criativa.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação jurídica**. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_ et al. **A Morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida**. Disponível em: <[www.luisrobertobarroso.com.br](http://www.luisrobertobarroso.com.br)>. Acesso em: 15 mar. 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANARIS, Claus Wilhem. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução J. Batista Machado. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. **Constituição e Realidade: a Influência das transformações sociais na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

MEIRELLES, Cecília. **Romanceiro da Inconfidência**. Porto Alegre: L&PM, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STRECK, Lênio Luis. ***O que é isto: Decido conforme minha consciência?*** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Tradução Kelly Alfen da Silva. São Paulo: Safe, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **O Terceiro Mundo e a Nova Ordem Internacional.** 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

Artigo recebido em: 26/08/2013

Aprovado para publicação em: 30/06/2014

**Como citar:** PENNA, Bernardo Schimidt. **O papel criador do intérprete na efetividade do princípio da dignidade humana.** *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.1, p.241-256, jul.2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p241.



## RESENHAS / REVIEWS

NUSDEO, Fábio. Os Sistemas na Atualidade: desafios e perspectivas – O Direito Econômico. In: **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 203-228.

### **Direito e economia**

#### **LAW AND ECONOMICS**

Janaina Vargas Testa\*

O capítulo 10 do livro “Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico” do autor Fábio Nusdeo, ora resenhado, tem a pretensão principal em abordar uma nova perspectiva a respeito do campo do Direito Econômico.

Em que pese o livro visar ao estudo da economia, sem abandonar a sua relação com o Direito, é no capítulo 10, em comento, que o autor, livre-docente em Direito Econômico e Doutor em Direito e Economia pela Universidade de São Paulo, propõe uma discussão propriamente direcionada aos que pretendem entender o universo da interpenetração entre Direito e Economia.

Na intenção de discutir o campo do Direito Econômico, seu surgimento, sua evolução, desafios e perspectivas, Fábio Nusdeo apresenta uma bela análise das Constituições que celebram um sistema misto ou dual, por meio de preceitos liberais e sociais, conhecidas também como Constituições programas ou social-democratas, para então analisar o Direito Econômico, o papel do Estado, do mercado, sem deixar de refletir criticamente acerca da crise do sistema dual, marcado pela liberdade econômica e intervenção estatal, e da necessidade de construir uma nova dimensão do Direito Econômico.

O autor salienta que o Estado atua ou intervém na economia, seja exercendo a atividade econômica diretamente, seja como agente regulador da atividade econômica. O regime jurídico desta atuação ou intervenção é denominado de Direito Econômico. Logo, este ramo do direito consiste na análise, sob o aspecto jurídico, dos atos realizados pelo Estado, os quais repercutem diretamente na economia.

\* Graduada em História e Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-Graduada em Direito do Estado, com ênfase em Direito Constitucional, pela UEL. Mestre em História Política pela Universidade Estadual de Maringá (UEM) e Mestranda em Direito Negocial pela UEL. Advogada e Professora na UNOPAR. E-mail: janainavargastesta@gmail.com

É justamente este sistema dual ou misto o responsável pela necessidade de questionar o papel do Direito Econômico na atualidade, já que o referido sistema, de um lado, tem o mercado livre para concorrer e, do outro lado, um centro decisório constituído por uma autoridade política cuja competência é estabelecer diretrizes ao mercado, fixadas por leis constitucionais e infraconstitucionais.

O tema central do capítulo aqui resenhado é questionar a (in)operacionalidade deste sistema: como conciliar as economias de mercado e o papel interventor do Estado? Este é o grande desafio atual do Direito Econômico.

Com a finalidade de indagar a respeito da problemática aludida retro, o autor discorre sobre algumas constituições sociais-democratas, na intenção de estudar a ordem econômica estabelecida pelos textos constitucionais para, então, concluir que a Constituição Federal brasileira de 1988, por meio da leitura dos artigos 170 a 174, celebrou o sistema econômico brasileiro como dual ou misto, ao prever as modalidades de atuação do Estado na economia, por meio da direção, absorção ou indução.

Questões que envolvem o “Quanto de Estado” na economia, por meio da análise das ideias liberais, comunistas, socialistas, “centro”; e as que envolvem “onde o Estado” deve atuar, ou seja, em quais setores o Estado se faz mais necessário, também foram objetos de análise de Fábio Nusdeo.

A inoperacionalidade do sistema dual é amplamente discutida pelo autor, cujo propósito é evidenciar que as causas desta inoperacionalidade refletem diretamente no Direito Econômico, cabendo a este ramo do direito buscar soluções para aprimorar o sistema.

Entre as principais causas do insatisfatório funcionamento do sistema dual ou misto, destacam-se: os princípios motores diversos; a juridificação; a captura; os interesses próprios dos reguladores; os grupos de pressão; o poder da burocracia.

Uma nova dimensão do Direito Econômico buscaria justamente aprimorar o sistema dual como um todo, sobretudo por meio da interface entre a intervenção estatal e a liberdade econômica.

Para o autor, a regulamentação estatal não deve desaparecer de forma total ou absoluta, mas deve ser substituída sempre que possível por outro tipo de ação patrocinada pela esfera oficial, mas conduzida por um processo de negociação de normas, medidas e iniciativas entre todos os interessados. Isso significaria tirar ou atenuar o caráter estatal ou governamental da

regulamentação pública de alguns setores da atividade econômica, na intenção de envolver a sociedade como um todo.

Conclui Fábio Nusdeo que o Direito Econômico passaria, assim, a ganhar uma nova dimensão: a de sua procedimentalização. A ideia seria criar um procedimento para a elaboração de normas legais e regulamentares, as quais não seriam frutos exclusivos de decisões puramente políticas – vereadores, parlamento, assembleias. O procedimento deveria envolver todos os interessados direta e indiretamente, de modo a permitir decisões abertas e transparentes. Esta, para o autor, possivelmente, seria a grande linha de evolução do Direito Econômico neste início do século.

Enfim, o capítulo é grande relevância aos que estudam o Direito Econômico, bem como aos que têm a sensibilidade de perceber a complexidade dos efeitos da relação entre o Estado e a economia.

Resenha recebida em: 21/11/2013

Aprovado para publicação em: 30/04/2014

**Como citar:** NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico.** TESTA, Janaina Vargas. *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.1, p.257-259, jul.2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p257.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: companhia das letras, 2010. Capítulo 5. p. 150-192.

## **Mercados, Estado e Oportunidade Social** **MARKETS, STATE AND SOCIAL OPPORTUNITY**

Thalles Alexandre Takada\*

Amartya Sen inicia o capítulo discutindo a mudança intelectual em relação à ordem do mercado. Por um grande período, os mecanismos de mercados foram rejeitados por boa parte dos pensadores, todavia reconhece que esse preconceito, como ele menciona, foi utilizado de forma exagerada por grande parte da doutrina.

Analisar os mecanismos de mercado deve-se ter o enfoque sobre os resultados que ele produz, tendo como fundamento a liberdade. Seria a liberdade o foco principal da tese de Sen, e partindo dessa, o Autor tenta demonstrar os resultados de culminância do mercado como rendas e utilidades. Nessa linha, ele ressalta que para a análise do desenvolvimento, importante se faz entender a ética empresarial como um veículo propulsor para o desenvolvimento.

Outra importante questão em sua pesquisa é a liberdade do mercado de trabalho. Demonstrando que quando essa liberdade é negada por leis, no exemplo da escravidão, haveria uma privação fundamental na questão da escolha de emprego, considerada para ele como tirânica, muito embora alguns escravos tiveram maiores rendas e vidas mais longas do que homens livres. Citando Max, a liberdade do emprego seria um progresso importantíssimo.

O Autor descreve quatro exemplos dos tempos atuais sobre restrição à liberdade do mercado de trabalho. Primeiro ele cita a questão de países da Ásia e África, como a Índia, em que muitos trabalhadores são forçados a trabalhar. Esse tipo de atividade é influenciado por um grande índice de criminalidade e pobreza. Segundo versa sobre antigos países comunistas, que hoje declinaram o índice de expectativa de vida. Todavia, sua população não quer a volta do antigo regime, consequência da antiga negação da liberdade em sistema onde os mercados foram excluídos. O terceiro seria ainda a existência do trabalho infantil, consequência das privações

---

\* Advogado, graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual de Londrina e Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: thallestakada@gmail.com

econômicas de onde essas crianças provêm. Haveria restrição à liberdade de frequentar escolas. O quarto seria a liberdade das mulheres para procurarem emprego fora de casa, prejudicando o poder econômico dessas mulheres e tendo outros reflexos sociais. Em alguns casos essa proibição seria explícita e brutal, como no Afeganistão, e em outros casos seria implícitas, graças ao poder das convenções e de conformidade.

Os mecanismos de mercado podem trazer efeitos benéficos, todavia é importante analisar algumas consequências, como a estrutura do mesmo, sendo competitivos ou monopolísticos. Sendo competitivo, Sen utiliza a teoria de Pareto, da “otimalidade de Pareto”, um equilíbrio de mercado em que uma pessoa não pode melhorar sua situação sem piorar a de outra. Utilizando outro modelo, o de Arrow-Debreu, Sen indaga se não poderia alcançar a eficiência desejada em função de liberdades individuais e não de utilidades. Essa eficiência de liberdade dependeria da oferta de aos indivíduos de oportunidades adequadas dentre as quais eles podem escolher, ou seja, Sen objetiva mostrar a eficiência na satisfação de preferências ou eficiência nas liberdades individuais.

Contudo esses resultados de eficiência nada dizem sobre equidade das situações correntes, ou sobre a equidade na distribuição de liberdade substantivas e capacidades, isto é, o problema seria mais não só na desigualdade de renda, mas nas vantagens desiguais na conversão de renda em capacidades, no sentido de auferir a renda. Nesse ponto Sen ressalta a necessidade de intervenção social, atentando para eficiência e equidade. Fator determinante para entender os mecanismos de mercados são os grupos de interesses que nele atuam. Adam Smith já debatia a atuação desses grupos, sendo estes fatores limitadores da atuação do mercado, chamado de restrições “pré-capitalista”. Esses grupos diferem das atuações públicas de programas de bem-estar social, de redes de segurança social ou educação pública, quesito defendido amplamente por Smith. Ele descreve que o interesse de grupos difere do interesse público, pois tenderiam a ampliar o mercado e diminuir a concorrência. Parte interessante do livro, Sen cita uma passagem em que Adam Smith utiliza uma lógica intervencionista em mercados com sinais enganosos, parte essa criticada por Jeremy Bentham, o pai do Utilitarismo. Smith se preocupava com o impacto dos “perdulários e empresários imprudentes” em que suas atitudes refletiriam no problema do desperdício social e perda de capital produtivo. Para Amartya Sen os mecanismos de mercados não podem ser ignorados, mas deve funcionar

em consonância ao papel do governo e de outras instituições políticas e sociais. Esse é o ponto que o Autor enfatiza, o uso dos mecanismos de mercado como desenvolvimento de oportunidades destacando a liberdade no sentido de direitos democráticos, garantias de segurança, oportunidades de cooperação, etc.

Sen segue seu entendimento discutindo os incentivos governamentais, que por vezes podem trazer consequências ruins para o desenvolvimento, como o caso do seguro desemprego europeus. Retornando ao tema central desse capítulo, da privação da capacidade, o Autor ressalta que o enfoque dado às transferências e subsídios deve ser cuidadosamente analisado. Essa análise deve ocorrer na observação do funcionamento reais da pessoa. São essas observações, ou informações, úteis para as políticas de combate às privações. O enfoque sobre funcionamentos e capacidades tenderia a reduzir as dificuldades de compatibilidades de incentivos. Dessa forma, as políticas públicas deveriam ser direcionadas aos meios para reduzir as deficiências de capacidade.

Entretanto, Amartya Sen reconhece que esse direcionamento não é tão simples quanto parece, podendo ocorrer mudanças não previstas. Alguns fatores corroboram para isso como: distorções de informações, distorções de incentivos, desutilidade e estigma, custos administrativos, perda invasiva e sustentabilidade, e política e qualidade. Essas dificuldades demonstram que o direcionamento a um público alvo não é absoluto, ou seja, são tentativas e não resultados. Esses testes de meio, como Sen descreve, são circunstâncias dependentes de valores de comportamentos de tipos diversos, os quais influenciam as escolhas e os incentivos.

O último ponto abordado pelo autor é a prudência financeira e a necessidade de integração. Explicando o comedimento financeiro, Sen ressalta que o sinal de solvência não seria resultado de sucesso de um estado. Embora, ele afirme que a estabilidade inflacionária seria um progresso nesse quesito. Por fim, ele demonstra uma relação entre um aumento da inflação com crescimento econômico e uma política rígida de controle da inflação à custa de baixo crescimento, em nome da prudência. Sua conclusão é que o comedimento financeiro deve atingir patamares não prejudiciais, sem a necessidade reduzir por completo inflação.

Dessa forma, Amartya Sen finaliza o capítulo, demonstrando que o funcionamento da sociedade baseia-se em instituições, como o mercado, sistema democrático, a mídia ou o sistema de distribuição pública, e essas

contribuem para a liberdade dos indivíduos. Funcionam conjuntamente, auferindo resultados diversos para o crescimento mundial. A liberdade tão menciona, relacionada ao mercado, deve ser complementada com as liberdades provenientes de outras instituições que formam esse sistema econômico.

Resenha recebida em: 27/11/2013

Aprovado para publicação em: 10/05/2014

**Como citar:** SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** TAKADA, Thalles Alexandre. **Mercados, Estado e Oportunidade Social.** *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.1, p.260-263, jul.2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p260.

# 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 e resenhas de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

**1. Procedimentos para aceitação dos trabalhos:** Os trabalhos enviados devem ser originais, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro periódico ou coletânea no país. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

• **Primeira etapa:** seleção dos trabalhos 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 trabalhos 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*; *Keywords*; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

**2.2. Resenhas críticas (máximo de 3 laudas):** apresentando o estudo de uma obra relevante dentro das linhas editoriais desta revista. Devendo conter os seguintes tópicos:

**2.2.1.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 (3cm) e inferior e direita (2 cm);

**2.2.2.** Constar as informações gerais do autor;

**2.2.3.** Resumo detalhando as principais ideias da obra analisada (possui alguma característica especial? Como foi abordado o assunto? Exige conhecimentos prévio para entendê-lo?

**2.2.4.** Conclusões do autor da obra: o autor faz conclusões? Onde estas foram colocadas? No final da obra ou nos capítulos? Quais foram estas conclusões?

**2.2.5.** Apreciação da obra: como o autor se situa em relação às escolas ou correntes científicas, jurídicas, filosóficas e culturais apresentadas na obra? Qual a contribuição da obra? Avaliação do estilo e forma d obra. Indicação do público a que se destina a obra estudada.

### **3. Forma de apresentação dos artigos**

**3.1.** 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).

**3.2.** A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

**3.2.1.** Folha de rosto despersonalizada contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;

- Título em inglês, compatível com o título em português.

### 3.2.2. Folha de rosto personalizada contendo:

- Título em inglês
- Título em português
- Nome de cada autor, seguido por afiliação institucional e titulação por ocasião da submissão do trabalho.
- Indicação do endereço completo da preferência do autor para constar na publicação do texto e para o envio de correspondência. O endereço eletrônico deve também ser inserido.
- Indicação do endereço para correspondência com o editor sobre a tramitação do artigo, incluindo fax, telefone e endereço eletrônico.
- Se necessário, indicação de atualização de afiliação institucional.
- 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).

**3.2.3.** Folha contendo **Resumo** (máximo de 100 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.

**3.2.4.** Folha contendo **Abstract** e **Keywords**, em inglês, compatível com o texto em português. O **Abstract** deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de **Keywords**, compatíveis com as palavras-chave.

### 3.2.5 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 distingui-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 2 (dois) espaços. 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.

**3.2.6 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).

**3.2.6.1 Referências dos documentos consultados.** Somente devem ser inseridas na lista de **Referências** os documentos efetivamente citados no artigo.

---

## **4. Direitos Autorais**

### **4.1. Artigos e resenhas publicados na SCIENTIA IURIS**

Os direitos autorais dos artigos e resenhas publicados pertencem à revista *SCIENTIA IURIS*. A reprodução total dos trabalhos 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).

### **4.2. Reprodução parcial de outras publicações**

Trabalhos 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 trabalho 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.

**5. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.**

### **6. Itens de Verificação para Submissão**

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

**6.1.** A contribuição é original e inédita, e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deve-se justificar em “Comentários ao Editor”.

**6.2.** Os arquivos para submissão estão em formato Microsoft Word, OpenOffice ou RTF (desde que não ultrapassem 2MB).

**6.3.** URLs para as referências foram informadas quando necessário.

**6.4.** O texto está em espaço 1,5; usa uma fonte de 12-pontos; emprega itálico em vez de sublinhado (exceto em endereços URL); as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento, como anexos.

**6.5.** O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores, na seção Sobre a Revista.

---

**6.6** A identificação de autoria do trabalho foi removida do arquivo e da opção Propriedades no Word, garantindo desta forma o critério de sigilo da revista, caso submetido para avaliação por pares (ex.: artigos), conforme instruções disponíveis em Assegurando a Avaliação Cega por Pares.

### **7. 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.

### **8. 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.

---

## LISTA DE REVISTAS PERMUTADAS

A Comissão Editorial da revista *Scientia Iuris*, desde sua fundação, visou o relacionamento com instituições brasileiras e estrangeiras para o intercâmbio técnico, científico e cultural, de modo a expandir quantitativa e qualitativamente as atividades de ensino, pesquisa e extensão no âmbito das Ciências Jurídicas.

Assim, além da colaboração técnica e científica com entidades nacionais e internacionais, esta iniciativa permitiu o intercâmbio de publicações, as quais são incorporadas ao acervo de periódicos da Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina (UEL) e disponibilizadas para toda comunidade universitária.

E para dar continuidade a cooperação mútua estabelecida com estas instituições, bem como para expandi-la, disponibilizamos a lista das revistas com as quais a Biblioteca Central mantém permuta.

### **ARGUMENTA - REVISTA JURÍDICA**

ARGUMENTA : REVISTA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA  
DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ  
FACULDADE EST. DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. MANUEL RIBAS, 711 - CENTRO  
CAIXA POSTAL, 103  
86.400-000 - JACAREZINHO - PR

### **ARGUMENTUM - REVISTA DE DIREITO**

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA  
BIBLIOTECA "ZILMA PARENTE DE BARROS"  
AV. HYGINO MUZZI FILHO, 1.001  
17.525-902 - MARÍLIA - SP

### **ARGUMENTUN JURE**

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDONÓPOLIS  
FAC. DO SUL DO MATO GROSSO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. ARY COELHO, 829 - B. CIDADE SALMEM  
78.705-050 - RONDONÓPOLIS - MT

### **BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA**

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
BIBLIOTECA DA FACULDADE DE DIREITO  
PATIO DA UNIVERSIDADE, 3004-545  
COIMBRA - PORTUGAL

---

**CADERNOS DIREITO GV**

REVISTA DIREITO GV  
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA ROCHA, 233  
01.330-000 - SÃO PAULO - SP

**CIDADANIA & JUSTIÇA**

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA VEREADOR GERALDO MOISÉS DA SILVA, S/N  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO - CAIXA POSTAL, 431  
38.302-192 - ITUIUTABA - MG

**CIÊNCIA E DIREITO - REVISTA JURÍDICA DA FIC**

UNIÃO DA ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL SUL-MATOGROSSENSE  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA 26 DE AGOSTO, 63  
79.002-080 - CAMPO GRANDE - MS

**CRÍTICA JURÍDICA**

FACULDADES DO BRASIL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA KONRAD ADENAUER, 442  
B. TARUMÃ  
82.820-540 - CURITIBA - PR

**DIREITO & JUSTIÇA**

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. IPIRANGA, 6.681  
CAIXA POSTAL, 1.429  
90.619-900 - PORTO ALEGRE - RS

**DIREITO & PAZ**

CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA DOM BOSCO, 284  
12.600-970 - LORENA - SP

**DIREITO E DEMOCRACIA**

OPINIO JURE  
UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. FARROUPILHA, 8.001  
92.425-900 - CANOAS - RS

---

**DIREITO E SOCIEDADE**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ  
DIV. DE DOCUMENTAÇÃO E BIBLIOTECA  
AV. MARECHAL FLORIANO PEIXOTO, 1.251  
BAIRRO REBOUÇAS  
80.230-110 - CURITIBA - PR

**DIREITO EMAÇÃO**

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA  
SISTEMA DE BIBLIOTECAS - BIBLIOTECA CENTRAL  
QS. 07 - LOTE 01 - EPCT  
ÁGUAS CLARAS - SETOR SUL  
71.966-700 - TAQUATINGA - DF

**DISPUTATIONES: O DIREITO EM REVISTA**

FACULDADE DO NORTE NOVO DE APUCARANA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. ZILDA SEIXAS AMARAL, 4.350  
PQ. INDUSTRIAL  
86.806-380 - APUCARANA - PR

**EM TEMPO**

FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"  
BIBLIOTECA CENTRAL  
AV. HYGINO MUZZI FILHO, 529  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO  
17.525-901 - MARÍLIA - SP

**ESPAÇO JURÍDICO**

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA OIAPOC, 211 - BAIRRO AGOSTINI  
CAMPUS SÃO MIGUEL DO OESTE  
89.900-000 - SÃO MIGUEL DO OESTE - SC

**ESTUDIOS DE DERECHO**

UNIVERSIDADE DE ANTIOQUIA  
BIBLIOTECA CENTRAL / CANJE  
CALE 67, Nº 53-108, BLOQUE 14, OFICINA 202  
APARTADO AEREO 1226  
MEDELLIN - COLOMBIA

**ESTUDOS JURÍDICOS**

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. UNISINOS, 950  
93.022-000 - SÃO LEOPOLDO - RS

---



**FMU DIREITO: REVISTA DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO FACULDADE METROPOLITANA**

FACULDADES METROPOLITANA UNIDAS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA TAGUA, 150 - LIBERDADE  
01.508-010 - SÃO PAULO - SP

**INFOJUR**

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO  
BIBLIOTECA  
A/C- CÉSAR GONDIN - SUPERVISOR DE PERIÓDICOS  
RUA DO ACRE, 80 - 8º ANDAR - CENTRO  
20.081-000 - RIO DE JANEIRO - RJ

**INTERTEMAS: REVISTA DA TOLEDO**

ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL TOLEDO  
BIBLIOTECA "VISCONDE DE SÃO LEOPOLDO"  
PRAÇA RAUL FURQUIM, 09  
VILA FURQUIM  
19.030-430 - PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**JURIS POIÉSIS- REVISTA DO CURSO DE DIREITO**

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA DO BISPO, 83  
RIO COMPRIDO  
20.261-060 - RIO DE JANEIRO - RJ

**JUS ET FIDES**

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA DO PRINCIPE, 526  
BAIRRO BOA VISTA  
50.050-900 - RECIFE - PE

**JUSTIÇA DO DIREITO**

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO  
CAIXA POSTAL, 611  
99.001-970 - PASSO FUNDO - RS

**MERITUM - REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO**

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS DA  
UNIVERSIDADE FUMEC  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA COBRE, 200 - BAIRRO CRUZEIRO  
30.310-190 - BELO HORIZONTE - MG

---

**NOTÍCIA DO DIREITO BRASILEIRO**

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO "DARCY RIBEIRO"  
GLEBA "A" - C. P. 15.299  
70.910-900 - BRASÍLIA - DF

**NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS**

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAI  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA URUGUAI, 458  
CAIXA POSTAL, 360  
88.302-202 - ITAJAI - SC

**PENSAR: REVISTA DO CURSO DE DIREITO**

UNIVERSIDADE DE FORTALEZA  
FUNDAÇÃO EDUCACIONAL "EDSON QUEIROZ"  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. WASHINGTON SOARES, 1.321 - C. P. 1.258  
60.811-905 - FORTALEZA - CE

**PRISMA JURÍDICO**

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO  
SISTEMA BIBLIOTECAS "PROF. JOSÉ STORÓPOLI"  
RUA DIAMANTINA, 302 - VILA MARIA  
02.117-010 - SÃO PAULO - SP

**REVISTA BONIJURIS**

INSTITUTO DE PESQUISAS JURÍDICAS BONIJURIS  
A/C- BIBLIOTECA CENTRAL  
RUA MARECHAL DEODORO, 344 - 3º ANDAR  
CENTRO  
80.010-909 - CURITIBA - PR

**REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

REVISTA DE DIREITO PRIVADO E PROCESSUAL  
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. COLOMBO, 5.790  
87.020-900 - MARINGÁ - PR

**REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIPAR**

UNIVERSIDADE PARANAENSE  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. PARIGOT DE SOUZA, 3.636 - JD. PRADA  
85.903-170 - TOLEDO - PR

---

**REVISTA DA EMERJ**

ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO RIO DE JANEIRO  
BIBLIOTECA - AT. MARIA BEATRIZ  
AV. ERASMO BRAGA, 115 - 4º ANDAR - CENTRO  
20.020-903 - RIO DE JANEIRO - RJ

**REVISTA DE DIREITO DA ADVOCEF**

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA  
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL  
BIBLIOTECA  
RUA SANTA CATARINA, 50 - SALAS 602/603  
86.010-470 - LONDRINA - PR

**REVISTA DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA  
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA  
SCN QUADRA 2 PROJEÇÃO C  
70.712-902 - BRASÍLIA - DF

**REVISTA DE DIREITO MACKENZIE**

INSTITUTO PRESBITERIANO MACKENZIE  
BIBLIOTECA "GEORGE ALEXANDER" / INTERCÂMBIO  
RUA DA CONSOLAÇÃO, 896 - PRÉDIO 02 - CONSOLAÇÃO  
01.302-907 - SÃO PAULO - SP

**REVISTA DE DIREITO UPIS**

FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO PIONEIRA  
DE INTEGRAÇÃO SOCIAL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
SEP SUL - EQ 712/912 - CONJ. A  
70.390-125 - BRASÍLIA - DF

**REVISTA DO CURSO DE DIREITO**

ASSOCIAÇÃO ENSINO UNIFICADO DO DISTRITO FEDERAL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
SEUP - EQS 704/904 - CONJ. A  
70.390-045 - BRASÍLIA - DF

**REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UFU**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
SETOR DE AQUISIÇÃO  
AV. JOÃO NAVES DE AVILA, 2.160 - BL. 3C / CAMPUS SANTA MONICA  
38.408-100 - UBERLÂNDIA - MG

**REVISTA DO DIREITO**

FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRA DO ITAPEMIRIM  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA MARIO IMPERIAL, 56 - B. DOS FERROVIÁRIOS  
CAIXA POSTAL, 14  
29.308-400 - CACHOEIRA DO ITAPEMIRIM - ES

---

**REVISTA DO DIREITO**

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
A/C- VALÉRIA FAVA DAL OSTO  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO  
96.815-900 - SANTA CRUZ DO SUL - RS

**REVISTA DA FACULDADE CHRISTUS**

FACULDADE CHRISTUS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA ISRAEL BEZERRA, 630  
B. DIONIZIO TORRES  
60.135-460 - FORTALEZA - CE

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO UNIRITTER**

FACULDADES INT. DO INSTITUTO RITTER DOS REIS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA SANTOS DUMONT, 888 - B. NITERÓI / CAIXA POSTAL, 358  
92.120-1110 - CANOAS - RS

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO BERNARDO CAMPO**

FACULDADE DE DIREITO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA JAVA, 425 - JD. DO MAR  
09.750-650 - SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO UFG**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAMPUS SAMAMBAIA / CAIXA POSTAL 411  
74.001-970 - GOIÂNIA - GO

**REVISTA JURÍDICA**

FACULDADE NOVO ATENEU DE GUARAPUAVA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA SALDANHA MARINHO, 1.706 - CENTRO  
85.010-290 - GUARAPUAVA - PR

**REVISTA JURÍDICA**

FACULDADES UNIFICADAS DE FOZ DO IGUAÇU  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA XAVIER DA SILVA, 775  
85.851-180 - FOZ DO IGUAÇU - PR

**REVISTA JURÍDICA**

UNIVERSIDADE REG. INT. ALTO URUGUAI DAS MISSÕES  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. ASSIS BRASIL, 709 - CAIXA POSTAL, 184  
CAMPUS FREDERICO WESTPHALEN  
98.400-000 - FREDERICO WESTPHALEN - RS

---

**REVISTA JURÍDICA - FADA**

ASSOCIAÇÃO EDUCATIVA EVANGÉLICA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. UNIVERSITÁRIA, KM 3,5  
CIDADE UNIVERSITÁRIA  
75.070-290 - ANAPOLIS - GO

**REVISTA JURÍDICA DA FAMINAS**

FACULDADE DE MINAS  
BIBLIOTECA CENTRAL  
AV. CRISTIANO FERREIRA VARELLA, 655  
BAIRRO UNIVERSITÁRIO - C. P. 351  
36.880-000 - MURIAÉ - MG

**REVISTA JURÍDICA DA UNIC**

ENSAIOS ACADÊMICOS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIC  
UNIVERSIDADE DE CUIABÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. BEIRA RIO, 3.100 - JD. EUROPA  
78.015-480 - CUIABÁ - MT

**REVISTA JURÍDICA DA UNIFIL**

CENTRO UNIVERSITÁRIO FILADELFIA  
BIBLIOTECA PROF. ZAQUEU DE MELO  
RUA ALAGOAS, 2.050  
CENTRO  
86.020-430 - LONDRINA - PR

**REVISTA JURÍDICA DO CESUT**

CENTRO ENSINO SUPERIOR DE JATAÍ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA SANTOS DUMONT, 1.200 - SETOR OESTE  
CAIXA POSTAL, 182  
75.804-045 - JATAÍ - GO

**REVISTA JURÍDICA IUS VIVENS**

UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. TAMANDARÉ, 6.000  
CAIXA POSTAL, 100  
79.117-010 - CAMPO GRANDE - MS

**REVISTA JURÍDICA UNIDERP**

UNIVERSIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DO  
ESTADO E DA REGIÃO DO PANTANAL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
R. CEARÁ, 333 - MIGUEL COUTO - C. P. 2.153  
79.003-010 - CAMPO GRANDE - MS

---

**REVISTA JURÍDICA UNIJUS**

UNIVERSIDADE DE UBERABA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. NENÊ SABINO, 1.801  
BAIRRO UNIVERSITÁRIO  
38.055-500 - UBERABA - MG

**REVISTA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE FRANCA**

UNIVERSIDADE DE FRANCA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. DR. ARMANDO SALLES OLIVEIRA, 201  
PARQUE UNIVERSITÁRIO  
14.404-600 - FRANCA - SP

**REVISTA JURÍDICA UNOESC**

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA GETULIO VARGAS, 2.125 - B. FLOR DA SERRA  
CAMPUS DE JOAÇABA  
89.600-000 - JOAÇABA - SC

**REVISTA DO MESTRADO EM DIREITO**

CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEQ  
BIBLIOTECA - SETOR DE PERIÓDICOS  
AV. FRANZ VOEGELI, 300 - BL. MARROM - SUBSOLO  
VILAYARA  
06.020-190 OSASCO - SP

**REVISTA DA FACULDADE MINEIRA DE DIREITO**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA  
BIBLIOTECA PE. ALBERTO ANTONIAZZI  
AV. DOM JOSÉ GASPAS, 500 - PRÉDIO 26  
CORAÇÃO EUARÍSTICO  
30.535-901 - BELO HORIZONTE - MG

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO**

FACULDADES INTEGRADAS DE GUARULHOS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA DR. SOLAN FERNANDES, 155  
CAMPUS VILA ROSÁLIA  
07.072-080 - GUARULHOS - SP

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAIXA POSTAL, 19.051  
81.531-990 - CURITIBA - PR

---

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO  
CAIXA POSTAL, 354  
96.010-900 - PELOTAS - RS

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO - UFMG**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO - BIBLIOTECA  
AV. JOÃO PINHEIRO, 100 - CENTRO  
30.130-180 - BELO HORIZONTE - MG

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS**

FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA TENENTE CORONEL CARDOSO, 349  
28.013-460 - CAMPOS DE GOYTACAZES - RJ

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA**

FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA DR<sup>a</sup> URSULINA LOPES TORRES, 123  
18.030-103 - SOROCABA - SP

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO UFCE**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
BIBLIOTECA DE DIREITO  
RUA METON DE ALENCAR, S/N - CENTRO  
60.035-160 - FORTALEZA - CE

**REVISTA DE DIREITO COMPARADO LUSO BRASILEIRO**

INSTITUTO DE DIREITO COMPARADO LUSO BRASILEIRO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. N. SR<sup>a</sup> DE COPACABANA, 1.183 - SALA 503  
22.070-011 - RIO DE JANEIRO - RJ

**REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS**

UNIVERSIDADE SALGADO DE OLIVEIRA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA MARECHAL DEODORO, 217 - CENTRO  
24.030-060 - NITERÓI - RJ

**REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UFSM**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
BIBLIOTECA SETORIAL / CESH  
RUA FLORIANO PEIXOTO, 1.184 - SALA 101  
97.015-372 - SANTA MARIA - RS

---

**REVISTA DO MESTRADO EM DIREITO**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO A C. SIMÕES  
BR 104, KM 97 - TABULEIRO DO MARTINS  
57.072-970 - MACEIÓ - AL

**REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

UNIVERSIDADE DA AMAZONIA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. ALCINDO CACELA, 287  
66.060-902 - BELÉM - PA

**REVISTA JURÍDICA - UNISEP**

UNIÃO DE ENSINO DO SUDOESTE DO PARANÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. PRESIDENTE KENEDY, 2.601  
BAIRRO NOSSA SRª APARECIDA  
85.660-000 - DOIS VIZINHOS - PR

**REVISTA JURÍDICA BLUMENAU**

UNIVERSIDADE REGIONAL DE BLUMENAU  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA ANTONIO DA VEIGA, 140  
CAIXA POSTAL, 1.507  
89.012-900 - BLUMENAU - SC

**REVISTA JURÍDICA CESUMAR MESTRADO**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. GUEDNER, 1.610  
JD. ACLIMAÇÃO  
87.050-390 - MARINGÁ - PR

**REVISTA JURÍDICA EPD**

ESCOLA PAULISTA DE DIREITO  
BIBLIOTECA  
AV. LIBERDADE, 808  
BAIRRO DA LIBERDADE  
01.502-001 - SÃO PAULO - SP

**REVISTA JURÍDICA IN VERBIS**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO - C. P. 1.524  
59.072-970 - NATAL - RN

---



**REVISTA JURÍDICA UNIGRAN**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DA GRANDE DOURADOS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA BALBINA DE MATOS,, 2.121 - BL. 03  
CAMPUS UNIGRAN  
79.824-900 - DOURADOS - MS

**REVISTA TRABALHO E AMBIENTE**

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA FRANCISCO GETULIO VARGAS, 1.130  
95.070-560 - CAXIAS DO SUL - RS

**SEQUENCIA- REVISTA DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO UFSC**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
BIBLIOTECA UNIVERSITÁRIA  
SETOR DE INTERCÂMBIO  
CAIXA POSTAL, 476  
88.010-970 - FLORIANÓPOLIS - SC

**SIGNUM**

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE VITÓRIA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA BARÃO DE MONJARDIM, 30 - CENTRO  
29.010-390 - VITÓRIA - ES

**THEMIS- REVISTA DE DIREITO**

UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO - BIBLIOTECA  
CAMPUS DE CAMPOLIDE  
TRAVESSA ESTEVÃO PINTO  
1099-032 - LISBOA - PORTUGAL

**UNIVERSITÁRIA- REVISTA DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

FACULDADES INTEGRADAS DE TOLEDO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA JARDIM SUMARÉ, 595  
16.015-270 - ARAÇATUBA - SP

**UNIVERSITAS/JUS**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
SEPN 707/907 - CAMPUS DO CEUB  
70.790-075 - BRASÍLIA - DF

**UNOPAR CIENTÍFICA: CIÊNCIAS JURÍDICAS E EMPRESARIAIS**

UNIVERSIDADE DO NORTE DO PARANÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. PARIS, 675 - JD. PIZA  
86.041-100 - LONDRINA - PR

---

**VERBA IURIS**

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA  
CENTRO CIÊNCIAS JURÍDICAS  
AV. GAL. OSÓRIO, 415  
ED. BANCO REAL, 5º ANDAR  
58.010-780 - JOÃO PESSOA - PB

**VEREDAS DO DIREITO**

ESCOLA SUPERIO DOM HELDER CAMARA  
BIBLIOTECA CENTRAL  
R. ÁLVARESS MACIEL, 628  
B. SANTA EFIGÊNIA  
30.150-250 - BELO HORIZONTE - MG

**VERITAT**

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SALVADOR  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. CARDEAL DA SILVA, 205 / CAMPUS DA FEDERAÇÃO  
40.231-902 - SALVADOR - BA

**EOS - REVISTA JURIDICA DA FACULDADE DE DIREITO**

FACULDADE DOM BOSCO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. PRES. WENCESLAU BRAZ, 1.172 / CAMPUS II - MARUMBY  
81.010-000 - CURITIBA - PR.

**MATIZ**

INSTITUTO MATONENSE MUN. DE ENSINO SUPERIOR  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. TIRADENTES, 629 - CENTRO  
15.990-185 - MATÃO - SP

**REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA FSG**

FACULDADE DA SERRA GAÚCHA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA OS DEZOITO DO FORTE, 2.366  
95.020-472 - CAXIAS DO SUL - RS.

**DIREITO & JUSTIÇA: REFLEXÕES SÓCIO JURÍDICAS**

UNIVERSIDADE REG. INT. ALTO URUGUAI DAS MISSÕES  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA UNIVERSIDADE DAS MISSÕES, 464 - C.P. 203  
98.802-470 - SANTO ANGELO - RS.

**LUMIA: REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
PRAÇA SANTOS ANDRADE, S/N - CENTRO  
84.010-790 - PONTA GROSSA - PR.

---

**REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIPAR**

UNIVERSIDADE PARANAENSE  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
PÇA MASCARENHAS DE MORAES, 4.282  
87.502-210 - UMUARAMA - PR

**REVISTA FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS**

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA MILTON CAMPOS, 202  
BAIRRO VILA DA SERRA - CAMPUS I  
34.000-000 - NOVA LIMA - MG

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO UNIRITTER**

FACULDADES INT. DO INSTITUTO RITTER DOS REIS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
R. ORFANOTRÓFIO, 555  
CAIXA POSTAL, 1.355  
90.840-440 - PORTO ALEGRE - RS

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
BIBLIOTECA SETORIAL  
AV. JOÃO PESSOA, 80 - 2º PAVIMENTO  
90.040-000 - PORTO ALEGRE - RS

**REVISTA JURÍDICA DA FADISMA**

FACULDADE DE DIREITO DE SANTA MARIA - FADISMA  
BIBLIOTECA CENTRAL / PERMUTA  
RUA DUQUE DE CAXIAS, 2.139  
BAIRRO MEDIANEIRA  
97.060-210 - SANTA MARIA - RS

**AMICUS CURIAE: REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UNESC**

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE  
BIBLIOTECA CENTRAL  
AV. UNIVERSITÁRIA, 1.105  
BAIRRO UNIVERSITÁRIO - CAIXA POSTAL, 3.167  
88.806-000 - CRICIUMA - SC

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA FMP**

REVISTA IBERO-AMERICANA DE CIÊNCIAS PENAIS  
FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
BIBLIOTECA  
RUA CEL. GENUÍNO, 421 - 6º, 7º, 8º E 12º ANDARES  
90.010-350 - PORTO ALEGRE - RS

---

**DE JURE: REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MG**  
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

BIBLIOTECA

AV. ALVAREZ CABRAL, 1.740 - 1º ANDAR

SANTO AGOSTINHO

30.170-001 - BELO HORIZONTE - MG

**DIREITO E DESENVOLVIMENTO: REVISTA DO CURSO DE DIREITO**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE JOÃO PESSOA

BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO

BR 230 - KM 22

BAIRRO ÁGUA FRIA

58.035-000 - JOÃO PESSOA - PB

**REVISTA CULTURA JURÍDICA**

FACULDADE IDC

BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO

RUA VICENTE DA FONTOURA, 1578

SANTANA

90.640-002 - PORTO ALEGRE - RS

**JURISVOX**

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE PATOS DE MINAS

BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO

RUA MAJOR GOTE, 808

BAIRRO CAIÇARAS

38.702-054 - PATOS DE MINAS - MG

**REVISTA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

BIBLIOTECA CENTRAL

RUA DR. JOÃO CARLOS DE SOUZA, 779

SANTA LÚCIA

29.056-919 - VITÓRIA - ES

---