

# Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

## ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ANO 2004 – Volume 4

ARGUMENTUM - Revista de Direito - Universidade de Marília  
– Volume 4 – Marília: UNIMAR, 2004.

Anual

ISSN - 1677-809X

1. Direito – Periódico. I. Faculdade de Direito de Marília –  
UNIMAR

CDDir 340

# Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

REITOR

Prof. Márcio Mesquita Serva

VICE-REITORA

Prof<sup>a</sup> Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva

PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO

Prof. José Roberto Marques de Castro

PRÓ-REITOR DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Prof. Dr. Sosigenes Victor Benfatti

COORDENADORA DO PROGRAMA DE

MESTRADO EM DIREITO

Prof<sup>a</sup>. Dra. Maria de Fátima Ribeiro

DIRETORA DA FACULDADE DE DIREITO

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Prof. Sérgio Tulio Vialogo Marques de Castro

---

Endereço para correspondência

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Av. Hygino Muzzi Filho, 1001

MARÍLIA – S.P. – CEP 17525-902 – BRASIL

Telefone: (0xx14) 3402-4005/330-4006 – fax: (0xx14) 3402-4074

**ARGUMENTUM**  
**REVISTA DE DIREITO**  
**UNIVERSIDADE DE MARÍLIA**

**CONSELHO EDITORIAL**

1. Dr. Achim Ernest Röhrmann  
Corte de Justiça Superior de Berlim
2. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino  
Universidade Estadual do Rio de Janeiro
3. Dr. Jorge Esquirol  
Universidade da Flórida - USA
4. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira  
Universidade de Marília/ Universidade Estadual de Londrina
5. Dr. Leonardo Greco  
Universidade Gama Filho
6. Dr. Luiz Edson Fachin  
Universidade Federal do Paraná
7. Dr. Luiz Otávio Pimentel  
Universidade Federal de Santa Catarina
8. Dra. Maria de Fátima Ribeiro  
Universidade de Marília/ Universidade Estadual de Londrina
9. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza  
Universidade Estadual de Maringá

Diretora da Revista: Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

*ARGUMENTUM*  
*REVISTA DE DIREITO*  
*UNIVERSIDADE DE MARÍLIA*

Publicação Anual – Distribuição Gratuita – Pede-se Permuta

ANO 2004 - Volume 4

MARÍLIA - ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL

## APRESENTAÇÃO

O Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR comemora seu primeiro ano de recomendação pela CAPES, organizado em uma área de concentração e duas linhas de pesquisa, conta com sólido Núcleo de Pesquisa, ancorado na investigação científica como definida pela linhagem do curso.

A produção científica do corpo docente e discente vem se consolidando de forma segura e competente. A contribuição, inestimável, dos colaboradores convidados soma em favor da qualidade e do intercâmbio de idéias.

A Revista *Argumentum*, periódico da Faculdade de Direito da UNIMAR, canal oficial de disseminação da produção científica, atendendo aos indicativos do sistema Qualis, define seu perfil editorial, tendo em vista os novos padrões.

O Programa, concebido a partir da área de concentração em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, objetiva proporcionar um amplo leque de possibilidades de reflexões e pesquisas acerca dos principais legados da modernidade, como o Estado, o Direito e as promessas de justiça social, inserindo-as no contexto de uma economia globalizada.

A área de concentração do programa de Mestrado em Direito da UNIMAR recebe do texto constitucional seu fundamento e inspiração. O caminho constitucional aponta para os princípios gerais da atividade econômica, para a atuação do Estado e suas políticas de incentivo ao setor produtivo, com a consequente melhoria de seu parque tecnológico, assegurando a propriedade privada, com as limitações de sua função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a busca do pleno emprego, e o livre exercício de qualquer atividade econômica.

A grande área está estruturada em duas linhas de pesquisa: Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais; e Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas. A primeira linha de pesquisa abarca as pesquisas que dizem respeito ao desenvolvimento econômico, a partir do papel a ser desempenhado pela empresa, tendo por norte as demandas provenientes da sociedade brasileira. A segunda linha de pesquisa está vocacionada à cobertura do segundo vértice que deve sustentar a área de concentração, estando presentes, aqui, as possibilidades de reflexão acerca da dinâmica jurídica que se fazem presentes nas relações empresariais, nas relações de consumo e nas relações entre Estado e Empresa.

O norte constitucional do programa orienta para a percepção da pessoa social, inserida no contexto de uma nova era da ordem econômica nacional, consolidada pelo Estado Democrático de Direito e Social. A investigação dos direitos sociais, também chamados de direitos de justiça distinguem o programa em sua travessia entre os direitos de liberdade e os direitos de igualdade.

A inspiração maior surge lastreada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, considerada guia seguro e obrigatório para todas as constituições democráticas que se seguiram, nos quais os direitos sociais foram reconhecidos ao lado dos direitos civis e políticos, porém contemplando o valor primário da igualdade, enquanto aqueles outros priorizavam a liberdade.

O artigo 22 da Declaração dos Direitos Universais prevê:

Toda pessoa, enquanto membro da sociedade, tem direito à segurança social. Ela está destinada a obter a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, levando em conta a organização e os recursos de cada País.

Norberto Bobbio, ao comentar o artigo citado, grifa a expressão “Toda pessoa, enquanto membro da sociedade”. Segundo Bobbio:

Esta expressão mostra bem aquilo em que esses novos direitos diferem dos tradicionais direitos de liberdade [...] **Os direitos sociais dizem respeito ao indivíduo na sua dimensão de pessoa social.** Não basta fundar nem tampouco proclamar tal direito. E não basta nem mesmo protegê-lo. O problema da sua realização não é um problema filosófico nem moral. E não é nem mesmo um problema jurídico. **É um problema cuja solução depende do desenvolvimento da sociedade** e, como tal, desafia também as constituições mais progressivas e coloca em crise também o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica. **O Estado não pode mais limitar-se a reconhecer a independência jurídica indivíduo: deve criar um mínimo de condições necessárias para assegurar a sua independência social.** As novas declarações de direitos visam englobar totalmente a vida social, a família, a escola etc, e, por assim dizer, todo o conjunto de relações sociais. Pode-se também acrescentar que, enquanto os direitos individuais se inspiram no valor primário da liberdade, os direitos sociais se inspiram no valor primário da igualdade.

Nesse sentido, o perfil do programa desenha-se nitidamente a partir das disciplinas formativas e obrigatórias, onde são discutidas as grandes temáticas que conformam a necessária interdisciplinaridade que deve ter um curso de mestrado em Direito.

O compromisso com os direitos sociais explicita-se na persecução dos fins sociais do Estado comprometido com a realização de uma justiça social desenhada pelas várias faces dos fins sociais: da livre iniciativa, do trabalho, do tributo, do processo, das cidades, da propriedade, da posse, do contrato, da empresa, do mercado, do consumo.

O grande desafio do programa está em enfrentar o duelo traduzido por Lênio Streck, referindo-se à Constituição e o constituir.

Do mesmo modo, percebemos a Constituição “como” Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição “como” Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência histórica, nos damos conta da falta (ausência) de justiça social; percebemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente porque a imensa maioria da população não os têm; a Constituição, é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria de seus dispositivos; percebemos, também, que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais e coletivos, mas, mais do que isto, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume a sua essência, desnudando as mazelas da sociedade; enfim, não é a Constituição uma mera Lei Fundamental que “toma” lugar no mundo jurídico, estabelecendo um “novo dever-ser”, até porque antes dela havia uma outra “Constituição” e antes destas outras quatro na era republicana [...], mas, sim, é da Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade.

O Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR, inspirado na melhor lição de sabedoria doutrinária, assume o compromisso de buscar desvelar um direito como a Constituição vista por Streck. Um direito como instrumento de constituição de uma nova sociedade.

**Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira**  
Diretora da Faculdade de Direito da UNIMAR





## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	5
DOCTRINA	
AS SÚMULAS VINCULANTES E O CONTROLE PANÓPTICO DA JUSTIÇA BRASILEIRA <i>Lênio Luiz Streck</i> .....	13
FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO ÉTICA DA EMPRESA <i>Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira</i> .....	35
EFEITOS SÓCIO-ECONÔMICOS DOS TRIBUTOS E SUA UTILIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS <i>Thiago Degelo Vinha e Maria de Fátima Ribeiro</i> .....	53
CONSIDERAÇÃO DO ISS COMO IMPOSTO DIRETO OU INDIRETO, PARA EFEITO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO: BREVE REVISITAÇÃO DO TEMA <i>Francisco Pinto Rabello Filho</i> .....	81
DO TRABALHO TERCEIRIZADO: POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA SUA FUNÇÃO SOCIAL NA NOVA DINÂMICA EMPRESARIAL? <i>Lourival José de Oliveira</i> .....	99
CONTRIBUIÇÕES AO ESTUDO DO DEVER DE CONTINUIDADE NOS PRINCIPAIS SERVIÇOS ESSENCIAIS <i>Oscar Ivan Prux</i> .....	113
REFLEXÕES SOBRE A NÃO-INTERVENÇÃO DO ESTADO NA “ATIVIDADE ECONÔMICA”, NOS TERMOS DO ART. 173 DA VIGENTE CONSTITUIÇÃO FEDERAL <i>Ruy de Jesus Marçal Carneiro</i> .....	141

POSITIVAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS	
<i>Marlene Kempfer Bassoli</i> .....	153
RELAÇÕES DE CONSUMO VIA INTERNET: REGULAMENTAÇÃO	
<i>Rogério Montai de Lima</i> .....	173
RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA PESSOA JURÍDICA E DOS SÓCIOS NA SOCIEDADE LIMITADA	
<i>Raul Fernandes Silvério Júnior</i> .....	187
PROJETOS DE PESQUISA DO CORPO DOCENTE	
Estado Contemporâneo, demandas sociais e políticas tributárias em país de modernidade tardia	
<i>Maria de Fátima Ribeiro e Ruy de Jesus Marçal Carneiro</i> .....	205
A dinâmica da empresa e a sociedade civil na contemporaneidade	
<i>Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Maria Christina Almeida</i> .....	207
A empresa brasileira, a regulação estatal e o princípio da livre iniciativa	
<i>Oscar Ivan Prux</i> .....	209
A modelação temporal dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade em articulação com a repetição do indébito tributário	
<i>Francisco Pinto Rabello Filho</i> .....	211
Direito, globalização e as novas relações de trabalho	
<i>Lourival José de Oliveira</i> .....	213
Reflexos e controles das políticas públicas na iniciativa privada	
<i>Marlene Kempfer Bassoli</i> .....	215
Neoliberalismo, Globalização e Soberania	
<i>Walkiria Martinez Heinrich Ferrer</i> .....	217
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO .....	219
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO .....	225

DOCTRINA



# AS SÚMULAS VINCULANTES E O CONTROLE *PANÓPTICO* DA JUSTIÇA BRASILEIRA

## THE BINDING PRECEDENTS AND THE *PANOPTIC* CONTROL OF BRAZILIAN JUSTICE

Lênio Luiz STRECK<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente texto pretende discutir o problema do efeito vinculante da jurisprudência, no Brasil, em especial o das súmulas, agora finalmente incorporadas à Constituição com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04. As súmulas são examinadas a partir de um olhar hermenêutico, mais especialmente a partir da diferença ontológica entre texto e norma (texto e sentido do texto). Nesse sentido, o texto procura mostrar que as súmulas não são exatamente um problema, desde que examinadas à luz da *ontologische Differenz*. Finalmente, as presentes reflexões apontam para a necessidade de superação da crise do positivismo normativista, que ainda domina o imaginário dos juristas.

**Palavras-chave:** súmulas vinculantes; efeito vinculante; controle da justiça

### ABSTRACT

The present text intends to discuss the problem of the binding effect of the case law in Brazil, specially the precedent ones, now finally incorporated to the Constitution with the Constitutional Amendments n. 45/04 promulgation. The precedents are examined from a hermeneutic look, more specifically from the ontological difference between text and norm (text and sense of the text). In this sense, the text tries to show that the precedents are not exactly a problem, as long as examined by the *ontologische Differenz* theory. Finally the present reflections point to the need to overtake the crisis of the normative positivist that still dominates the jurist's imaginary.

**Key words:** binding precedents; binding effect; justice control.

<sup>1</sup> Procurador de Justiça-RS, Doutor e Pós-Doutor em Direito, Professor titular da UNISINOS-RS (Mestrado e Doutorado em Direito)

A eficácia prática do princípio da súmula vinculante é altamente questionável! Por uma razão muito simples: mesmo prevalecendo o princípio da súmula vinculante, não há como inibir a sustentação, em juízo, de teses diametralmente opostas. [...] É um perigoso dirigismo estatal, que frustra a função transformadora e criadora da jurisprudência. (Min. Celso de Mello, in: *Folha de S. Paulo*, 15 jun 1997).

## 1. A instituição da vinculação das súmulas: o velho que volta como o novo – a ilusão da solução funcional

Não é novidade a afirmação de que o Poder Judiciário tem tido sua legitimidade arranhada pela crônica demora e pelos custos elevados, entre outros problemas que têm gerado uma gama enorme de polêmicas tanto no âmbito da dogmática jurídica como também no que diz respeito aos setores identificados com a crítica do Direito. Isso leva ao assunto da moda, ou seja, o questionamento acerca da efetividade da justiça brasileira. Registre-se que o sistema processual brasileiro não tem passado por reformulações suficientemente profundas, nos últimos tempos, sendo fundamentalmente similar ao que tínhamos (tanto o processo penal como o processo civil) nos tempos do Estado-Novo, situação que, *grosso modo*, prevalece até os nossos dias, apesar – e à revelia – das mudanças políticas, econômicas e sociais pelas quais o país passou, nas últimas décadas. Algumas “mini-reformas” nada mais fizeram do que agravar o problema. É o que se pode denominar de crise de paradigmas.<sup>2</sup>

Ocorre que, de forma simplista/simplificada, parcela expressiva do *establishment* político – ao qual se agregam os setores expressivos do *establishment* jurídico-dogmático - propõe, como solução para um “melhor funcionamento” da máquina judiciária, a vinculação (constitucional) das súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais superiores. Com efeito, depois da fracassada revisão de 1993/94, as (velhas/antigas) teses dos governos Collor, Itamar, Fernando Henrique voltam à baila, agora repriminadas no projeto da Reforma do Judiciário encampada pelo governo Luiz Inácio Lula da Silva. Entre outras coisas, através de emenda à Constituição, ficou estabelecido “efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal, além da súmula impeditiva de recursos em sede do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho”.

Que o Judiciário necessita de reformas não é novidade e, tampouco, é contestado por ninguém, o que ensejaria, de imediato uma discussão mais

---

<sup>2</sup> Para tanto, ver os capítulos iniciais da obra de STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

aprofundada sobre os diversos âmbitos da crise (estrutural, funcional e individual) que atravessa a administração da justiça brasileira. Diríamos que esse é um dos problemas. Porém, de qualquer sorte, não parece ser do interesse do *establishment* jurídico-dogmático a discussão desses pontos, mormente de forma mais aprofundada. Ao contrário, preferem “resolver” desde logo e de uma vez o problema, atacando a contradição secundária do problema, deixando de lado a contradição principal.

Com o passar dos anos, transitou em julgado a tese de que a solução para os problemas da justiça brasileira passa, necessariamente, pela adoção do efeito vinculante das Súmulas e da jurisprudência do STF. A solução é esta! É a panacéia nacional. Esquece-se, com isto, que o problema da efetividade das decisões judiciais e da assim denominada morosidade da justiça não será resolvida mediante um ataque à funcionalidade do ordenamento ou do sistema mas, sim, a partir de uma profunda mudança na estrutura do Poder Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça.

Ora, não basta dizer que algo precisa ser feito para “desentulhar” o Judiciário. Ninguém ignora, e isso parece evidente, que essa questão de “desafogo” deve ser enfrentada. Aliás, a discussão não é nova. Ainda no ano de 1996, o conselheiro da OAB Reginaldo Castro admitia que “[...] a súmula vinculante surge com uma boa intenção: aliviar a carga dos tribunais, fazendo com que se abstenham de julgar questões a respeito das quais já haja liberação do STF ou do STJ.” Mas, ao mesmo tempo, chamou a atenção para a gravidade do efeito prático: estabelece a perda de autonomia dos juizes, tornando-os meros aplicadores das súmulas dos tribunais superiores<sup>3</sup>.

Daí que a matéria merece um debate mais aprofundado, com a desmi(s)tificação de algumas teses tidas como indiscutíveis. Com efeito, embasar a atribuição de efeito vinculante às Súmulas e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no instituto do *stare decisis* vigorante no Direito norte-americano, como sustentam, por exemplo, o Ministro Carlos Velloso e outros juristas de nomeada, parece ser um equívoco, a começar pelo fato de que, “nos Estados Unidos, a força do precedente reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer nas leis, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício.”<sup>4</sup> Causa espécie, pois, o estabelecimento, no Brasil, e a obrigatoriedade da obediência ao “precedente sumular” por intermédio de emenda constitucional *em um sistema jurídico filiado à família romano-germânica*.

<sup>3</sup> “Soberania do Judiciário”. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, p. 2, 14.03.96,

<sup>4</sup> Cf. FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 61-62; MACIEL, Adhemar F. *Apointamentos sobre o judiciário americano*. O judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994; RODRIGUES, Leda B. *A natureza do processo e a evolução do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956, p. 199-200 e DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 9. ed. Paris: Précis Dalloz, 1988.

Saliente-se, também, que, no Direito norte-americano as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, são emanadas para solver as disputas entre os litigantes de um determinado processo. Daí a necessidade de lembrar - e isso é extremamente relevante para a discussão da problemática brasileira - “[...] que a autoridade do precedente vai depender e será limitada aos fatos e condições particulares do caso que o processo anterior pretendeu adjudicar”<sup>5</sup>. Parece, destarte, que tal circunstância assume relevância para uma comparação com o que ocorre no Direito brasileiro, onde a expressiva maioria das decisões judiciais se baseia em “precedentes sumulares” e “verbetes jurisprudenciais” retirados de repertórios estandardizados, muitos de duvidosa cientificidade, que acabam sendo utilizados, no mais das vezes, de forma descontextualizada. Isso, porém, não ocorre no Direito norte-americano, pela relevante circunstância de que lá o juiz necessita fundamentar e justificar detalhadamente a sua decisão.

Ou seja, na *common law* não basta dizer, como se faz aqui, que a solução da controvérsia é *x*, com fundamento no precedente *y*, isto porque o precedente deve vir acompanhado da necessária justificação (contextualização). Isto significa dizer que, *vingando a tese, surgirá no Brasil um perigoso eclétismo*: no sistema da *common law*, o juiz necessita fundamentar e justificar a decisão. Já no sistema da *civil law*, basta que a decisão esteja de acordo com a lei (ou com uma súmula). Assim, acaso vencedora a tese vinculatório-sumular, bastará que a decisão judicial esteja de acordo com um verbe sumular para ser válida [...].

Nessa perspectiva, haverá no sistema jurídico brasileiro o poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de justificação. “Enfim, o poder sendo exercido sem freios e contrapesos, tudo porque as Súmulas vinculantes transformam-se, na prática, de normas individuais – válidas para cada caso – em normas gerais de validade *erga omnes*”.

Por isto, é preciso maiores fundamentos científicos, a importação da doutrina do *stare decisis* pela razão de que, no âmbito da *common law*, os precedentes não são aplicados de forma dedutivista, como se o precedente fosse a premissa maior. O precedente, para ser aplicado, deve estar fundado em um contexto, *sem a dispensa de profundo exame acerca das peculiaridades do caso que gerou o aludido precedente*. Além disto, o próprio precedente deverá ser examinado no contexto da posição (atual) que o Tribunal tem sobre a referida matéria. Numa palavra: *precedentes não são significantes primordiais-fundantes (de cariz aristotélico-tomista), nos quais estariam contidas as universalidades de cada “caso” jurídico, a partir das quais o intérprete teria a simplista tarefa de “subsumir” o particular[...]!* Isto significa chamar a atenção da comunidade jurídica para o fato de que a insti-

<sup>5</sup> Cf. RUMBAUGH, citado por D. RE, Edward. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfeld. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Síntese, n. 198, p. 28, 1994.



tuição das súmulas vinculantes é (também e fundamentalmente) um problema filosófico (hermenêutico). As Súmulas vinculantes representam um retrocesso em direção à metafísica clássica, em que o sentido estava nas “coisas”. Na Súmula estará condensada a substância (essência) de cada “coisa” jurídica. Ou seja, a “substância” contida no verbete sumular destemporaliza o sentido, pelo seqüestro da temporalidade.

É temerária, pois, a adoção do efeito vinculante no Brasil. Nosso sistema jurídico tem a lei como paradigma, consoante o art. 5º, II, da Constituição Federal. Fazê-lo é alterar a sua *ratio essendi*. Devemos denunciar, de pronto, que a vinculação da jurisprudência é uma camisa-de-força que atingirá, inexorável e impiedosamente, as instâncias inferiores do Judiciário brasileiro. Conforme a emenda constitucional recentemente aprovada, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (sem citar, por exemplo, o Tribunal Superior do Trabalho) passarão a ter o poder de impor suas decisões aos tribunais e juizes do restante do país não através da jurisprudência naquilo que se entende por análise detalhada de acórdãos e seus suportes fáticos, mas, sim, através de verbetes sumulares com valor superior às leis.

Para se ter uma idéia dos objetivos reformistas, um dos dispositivos específica que – no âmbito do STF - “[...] do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal [...]”.<sup>6</sup> Julgando a reclamação procedente, o STF anulará a decisão e determinará que outra seja proferida.

Já no plano do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal do Trabalho, a súmula emanada pelo respectivo Tribunal *constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra decisão que a houver aplicado*.

Em resumo: *decisão que aplica a súmula é irrecorrível; já a decisão que se rebela contra uma súmula, enfrenta dois tipos de obstáculos: se a súmula é do STF, cabe reclamação; se é do STJ ou do TST, o recurso não será conhecido, em face da assim denominada “súmula impeditiva de recurso”*.

E não se diga, nesta altura, que a introdução do mecanismo denominado súmula impeditiva de recurso foi introduzida no projeto para “amainar” o problema. Com efeito, pela *súmula impeditiva de recurso*, somente será possível a

---

<sup>6</sup> Como contraponto, vale referir que não nos deve impressionar o argumento esgrimido pelos juristas que apoiam a tese vinculatório-sumular de que as súmulas podem ser revistas pelo Tribunal que a instituiu (aliás, sempre puderam [...]). Desnecessário dizer que até que haja a revisão, ela surtirá efeitos similares às das leis (ou até mais). Ora, as leis também podem ser revistas pelo Parlamento e nem por isso se nega a possibilidade da existência de recursos de decisões que contrariem as leis [...] Ou seja, vingando a tese reformista, chegaremos ao seguinte paradoxo: se juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas. Nesse caso, não caberá recurso e sim, reclamação (no caso das súmulas emitidas pelo STF) [...] Ou seja, *em terrae brasilis a lei não vincula; a súmula, sim!*

interposição de recurso de sentença que venha a contrariar a súmula. Ou seja, se o juiz ou o tribunal exarar sentença que esteja em conformidade com a súmula emitida pelo STJ ou TST, não caberá recurso à parte (*sic*); já na hipótese de a decisão contrariar a súmula, então será cabível o recurso. Ora, parece não haver dúvidas de que esse “mecanismo” proposto sofre dos mesmos vícios da súmula vinculante “geral e irrestrita” constante no Projeto. Com efeito, *a proposta da “súmula impeditiva”* pode vir a institucionalizar uma espécie de

consenso virtual do judiciário acerca de determinadas matérias” (da cúpula até a base), com a peculiaridade de que, ao mesmo tempo em que há protestos em torno da Súmula vinculante porque esta coloca o judiciário como legislador (afora outras críticas), de outro lado estar-se-á aceitando a possibilidade de o judiciário ser um “bom legislador”, bastando, para tanto, que as cúpulas elaborem “boas” súmulas (das quais, exatamente por serem “corretas”, não caberá recurso).

Ou seja, se a Súmula for considerada “correta” pelos juízes – e por isso passam-na a aplicar – o instituto das Súmulas “perde” o epíteto de “autoritarismo”, etc.; já se os juízes com ela não concordarem, caberá recurso.

Por isso, não parece que a assim denominada súmula impeditiva de recurso esteja a salvo das críticas dirigidas às súmulas vinculantes *stricto sensu*: *o critério para aferir a “correção” de uma Súmula não pode advir do fato de ser aplicada ou aceita pelos juízes ou tribunais*. Esta é a contradição secundária do problema. A contradição principal diz respeito às condições de possibilidade que têm os Tribunais Superiores para editar súmulas. Dito de outro modo, se as súmulas são problemáticas – e isso já ficou claro a partir de inúmeras teses apresentadas e discutidas durante os últimos dez anos – porque, entre outras razões, tiram a autonomia dos juízes e impedem, no plano hermenêutico, o aparecer da singularidade dos casos (por isso, as súmulas são metafísicas), “a simples circunstância de serem consideradas como “corretas” não tem o condão de lhes retirar tais características”.<sup>7</sup>

Ninguém ignora que até no sistema em vigor – ao editarem uma súmula, o STF, o STJ e o TST passam a ter o poder maior que o Poder Legislativo. Com o poder constitucional de vincular o efeito das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, *o Poder Judiciário, por sua cúpula, passará a legislar, o que, à evidência,*

---

<sup>7</sup> De outra forma, não se deve olvidar o poder de violência simbólica que as Súmulas exercem nos operadores do Direito, questão que pode facilmente ser detectada do fato de que a expressiva maioria das Súmulas recebe ampla aceitação pelos juízes e tribunais. Na realidade, são raros os julgadores que se opõem às Súmulas.

*quebrará a harmonia e a independência que deve haver entre os Poderes da República. Daí é urgente que se indague acerca da legitimidade do Poder Judiciário para tal.* Essa talvez seja a mais grave objeção que pode ser colocada contra a criação jurisprudencial *stricto sensu* em um ordenamento filiado à família romano-germânica. Esse obstáculo está calcado no fato de que tal criação não se compactua com a democracia. Com agudeza, *Winterton* escreve que “a tentativa de elevar o Judiciário, que não é eleito, sobre o Legislativo, que o é, [...] é antidemocrática”.<sup>8</sup> Observe-se que as críticas formuladas por *Winterton*, ratificadas por nomes da parte de *Lord Devlin*, até por se referirem à *common law*, assumem maior relevância ainda se trazidas para o âmbito da *civil law*, no interior do qual o paradigma é a lei, como é o caso do Brasil.

Com essa perspectiva dada pelas Súmulas, o Direito brasileiro se aproxima da *common law* no seguinte aspecto: passa a ter no segundo e no terceiro graus do Poder Judiciário (mormente no STF e STJ) a instância mais importante.

Dito de outro modo, no sistema jurídico baseado predominantemente na lei – como é o nosso – o juiz de primeiro grau adquire dimensão importante. Porém, sendo a Súmula um critério de fechamento autopoietico do sistema (LUHMANN), as *decisões de primeiro grau que contrariarem Súmulas passam a ter importância absolutamente secundária, eis que passíveis de imediata e fácil cassação pela instância superior*. Isso sem esquecer que, no sistema da *common law*, o fundamental é encontrar a regra de reconhecimento (HART), que nada mais é do que a resultante de reiteradas decisões. É, pois, fática, ao contrário da norma fundamental (KELSEN) que é dirigida e pensada para a *civil law*, sendo, assim, gnosiológica.<sup>9</sup>

Não é crível que a comunidade jurídica brasileira não se importe com isso. Não tenho medo de afirmar que trocar a democracia e a independência dos juizes pelo desafogo dos processos – tese que começa perigosamente a ser aceita até mesmo pelos que são contrários à vinculação sumular – me parece um preço exageradamente alto a ser pago por todos nós. Ou seja, ao acreditarem na simplista tese de que o desafogo do aparelho judiciário depende de providência drásticas do quilate das súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recurso, efeito vinculante em ação declaratória de constitucionalidade, em decisão que rejeita ação direta de inconstitucionalidade, em decisão que aplica a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto, além dos mecanismos de filtragem recursal constantes na Lei 9.756/98, os operadores do Direito agem como aquele sujeito que perdeu o relógio em uma praça escura e põe-

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 93.

<sup>9</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função*. A ilegitimidade do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

se a procurá-lo, longe dali, debaixo de uma luminária. Perguntado acerca de sua conduta destituída de qualquer racionalidade, o sujeito responde: “– Ora, aqui é bem mais fácil procurar [...]!”

Ou seja, discutir a efetividade da justiça é colocar também em xeque, necessariamente, a qualidade das decisões e a legitimidade destas. A construção das condições de possibilidade de uma democratização da justiça e em especial do Poder Judiciário não podem sucumbir ao sedutor canto da sereia do *establishment* jurídico-dogmático e dos setores governistas, que, antes de mais nada, apostam no efeito vinculante como um projeto de poder, que está agregado – e somente assim pode ser entendido – às demais reformas constitucionais que tramitam no Congresso Nacional. Castro<sup>10</sup>, chama a atenção para o fato de que, “criada a Súmula, as decisões do STF teriam efeito *erga omnes*. Nenhum outro tribunal ou juiz poderia contestá-las. Imagine-se como isso funcionaria num contexto de exceção política: um Presidente da República menos escrupuloso poderá, pelo menos em tese, iludindo a boa-fé do tribunal, provocar a constituição de súmula vinculante que interesse a seus propósitos e, com ela, amordaçar “legalmente” a sociedade e a própria estrutura do Judiciário”. Não se trata aí, continua o autor, de duvidar da integridade moral do STF ou de seus integrantes. Isso não está em jogo. O que ocorre é que o autoritarismo, quando se estabelece,

[...] fere de morte a autonomia dos poderes. E a reação é inexoravelmente lenta e penosa, em face da complexidade do processo político. Nesse diapasão, o citado jurista relaciona exemplos como as ditaduras latino-americanas, de antanho e contemporâneas. No Brasil, a ditadura de Floriano Peixoto, a crise política do caso Márcio Moreira Alves, com a cassação de três ministros do STF são bem ilustrativas [...].

Agregue-se, ademais, que nada nos garante que a vinculação sumular terá o condão de desafogar a máquina judiciária. Há um equívoco dos que pensam que o emperramento dos processos será resolvido dessa maneira. Observe-se, como já dito anteriormente, que no Direito norte-americano – tido e havido como modelo pelos que querem introduzir as modificações no nosso sistema – as decisões não *são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro*, mas, sim, para solucionar os conflitos que chegam ao Judiciário. *Por decorrência, a utilização do precedente em casos posteriores é uma decorrência incidental*. Daí, transportando o problema para o nosso sistema jurídico, há

<sup>10</sup> CASTRO, Cláudio Dias de. *Súmulas vinculantes: uma (dis)solução jurídica*. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto427.htm>>. Acesso em 08 jun. 2004..

que se perguntar: quem dirá (e como isso será feito?) que o caso em julgamento – suscetível da aplicação do precedente sumular ou jurisprudencial vinculativo – é similar ao outro, que originou o precedente? Os processos, para que tenham um rápido tramitar, principalmente em grau de recurso, acaso serão postos em uma pilha e despachados em série, algo do tipo, NPU (não provido por unanimidade) ou PPU (provido por unanimidade), prática, aliás, já corriqueira nos Tribunais?

## 2. As súmulas e os mecanismos periféricos de vinculação já existentes: a crônica de um fracasso anunciado

É relevante que se discutam tais particulares, até porque, sabidamente no Brasil, *as Súmulas já exercem, na prática, um poder vinculante, por intermédio do que se pode chamar de controlabilidade difusa que exercem no sistema e pelo fortíssimo poder de violência simbólica com que estão unguidas*. Ao lado disso, é necessário lembrar que desde 1990 existe a Lei 8.038, que, no seu art. 38, concede poderes ao relator do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, para negar seguimento a recurso *que contrariar, nas questões predominantemente de Direito, Súmula do respectivo Tribunal*.<sup>11</sup> O que é isso, senão uma forma de vinculação sumular?<sup>12</sup> Para completar, pela redação da Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995, que alterou o art. 557 do Código de Processo civil, *essa modalidade de vinculação sumular foi trazida para o âmbito dos tribunais inferiores, mediante a faculdade de o relator negar seguimento ao recurso*<sup>13</sup> *que for contrário à Súmula do respectivo*

<sup>11</sup> À evidência, esse dispositivo é inconstitucional, embora a dogmática jurídica – talvez pela crise de paradigma que enfrenta – não tenha se pronunciado a respeito. Por decorrência lógica, também é inconstitucional o Art. 557 do Código de Processo Civil. A violação da Constituição por tais dispositivos e suas conseqüências é analisado em STRECK, *Súmulas*, op. cit.

<sup>12</sup> A problemática relacionada ao alcance e às conseqüências do Art. 38 da Lei 8.038/90 pode ser analisada também por outro viés. Com efeito, na discussão da ADIn 594, na qual o PMDB argüiu a inconstitucionalidade da Súmula 16 do STJ, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos vencidos o Min. MARCO AURÉLIO, decidiu pelo não conhecimento de ação direta contra Súmula. Registre-se, nesse aspecto, a relevantíssima lição constante no voto proferido pelo Min. MARCO AURÉLIO a favor do conhecimento da ADIn. Na oportunidade, sustentou o Ministro: “O Art. 38 da Lei 8.038/90 confere, a meu ver, não a quase normatividade mencionada pelo Relator, *mas uma verdadeira normatividade aos verbetes das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e, especificamente, do Superior Tribunal de Justiça*. Esse artigo contém a utilização do verbo “negar” de forma, até mesmo, a revelar que, no caso, defrontando-se o relator do recurso, no STJ, com razões de recurso que contrariem verbete da Súmula, deve ele – é imposição decorrente do Art. 38 – negar seguimento ao pedido formulado, que é de trânsito do próprio recurso”. In RTJ 151/20 (grifei). Ou seja, a vinculação formal das Súmulas já existe no sistema jurídico brasileiro.

<sup>13</sup> Recurso aqui deve ser lido *lato sensu*, incluindo, à evidência, o próprio agravo de instrumento e os embargos infringentes. Nessa linha, Teutônio Negrão, in *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Fica evidente que a nova redação do Art. 557 do CPC, inspirada, de forma literal, no Art. 38, da Lei 8.038/90, com a conseqüente extensão do dispositivo para o agravo de instrumento, resulta em uma vinculação sumular ainda maior da que existia até então, reforçando o conteúdo autopoietico do sistema jurídico brasileiro.

*tribunal ou tribunal superior*. Sem olvidar que, já de antanho, existe uma Justiça do Trabalho o art. 896 da CLT, que tem a mesma *ratio* do Art. 38 da Lei 8.038/90 e da nova redação do Art. 557 do CPC. Ou seja, já existem vários mecanismos – formais e informais – de vinculação sumular no Direito brasileiro, como a (inconstitucional) ação declaratória de constitucionalidade (ADC), aliás, sem similar no mundo todo ... E, queiramos ou não, nada disso tem servido para agilizar o Judiciário! Por quê? Porque o emperramento do aparelho judiciário não depende de soluções *ad hoc*.

De qualquer sorte, é impossível prever, no plano da operacionalidade do Direito, as conseqüências da implantação *stricto sensu* (e não meramente disfarçada como já ocorre – repita-se - a partir da Lei 9.756/98) das teses vinculativas no Brasil. Não é temerário, porém, afirmar que a centralização das decisões nos Tribunais Superiores, retirando das instâncias inferiores a possibilidade – *face to face* – de dizer o Direito no caso concreto, é um dos mais sérios problemas. Esse problema, aliás, deve ser analisado a partir de dois âmbitos:

a) *no plano político*, tem-se a centralização das decisões, o que representa possibilidades amplas de sobreditamento de posições mais conservadoras, conforme a tradição (no sentido gadameriano) tem demonstrado, bastando, para tanto, que olhemos ao nosso redor e nos indaguemos para que e para quem tem servido o Direito no Brasil, questão que, ao que tudo indica, não se constitui em razão suficiente para sensibilizar a comunidade jurídica;

b) já *no plano hermenêutico*, ocorre a petrificação dos sentidos jurídicos, a partir da criação de significantes-primordiais-fundantes,<sup>14</sup> que impedem, inexoravelmente, o aparecer da singularidade dos casos particulares.

Explicando melhor: no plano do que chamamos de prática jurídica, grande parcela das querelas jurídicas tem sido decidida mediante a (singela) citação de ementas jurisprudenciais (ou Súmulas) descontextualizadas, a ponto de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade (*sic*) de um dispositivo de medida provisória com fundamento na Súmula 618, *de edição anterior à Constituição*. Ou seja, uma súmula serviu de parametricidade! Calha lembrar, além disso, que as decisões, embora fundamentadas nos verbetes (nos seus mais variados tipos), não são suficientemente justificadas, isto é, não são agregados aos ementários jurisprudenciais *os imprescindíveis suportes fáticos*, decorrendo daí o que denomino de “um perigoso ecletismo”, originário de um hibridismo (simplista/simplificado) representado pela fusão de institutos da *common law* e da *civil law*. Ocorre, assim, um processo de “dispositivação da *common law*”.

<sup>14</sup> Sobre o assunto, remeto o leitor à obra *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, op.cit.



Com o poder de editar Súmulas, os Tribunais passam a ter um poder maior do que o Legislativo. Se se impedir que – das decisões exaradas em conformidade com as Súmulas – sejam interpostos recursos, o Poder Judiciário estará acumulando as duas funções (Legislativo e Judiciário), petrificando o sentido do texto (e da norma exurgente desse texto). Daí que, examinando o sistema jurídico brasileiro como um paradoxo, é possível dizer que, do ponto de vista autopoiético, a vinculação sumular reforça o poder de auto-reprodução do sistema. Com a vinculação, o STF (veja-se o problema de o STF elaborar Súmulas, que, na prática, *são verdadeiras emendas à Constituição*) “fecha” o sistema.

A função de fechamento, ao transformar decisões provenientes de interpretações de determinados sentidos atribuídos à lei, sem retirá-la do sistema através de inconstitucionalidade, *não mais resolve problemas concretos*. Com isto, “abre-se” a possibilidade para outros casos. Isto é um paradoxo, uma vez que, pelos mecanismos vinculativos, o sistema torna-se mais fechado, mas, como a súmula vinculante (e a vinculação das decisões em sede de interpretação conforme, p.ex.) *também é um novo texto, tal circunstância torna ao mesmo tempo o sistema aberto para novas interpretações*. Ora, no plano da hermenêutica, em que se trabalha com uma perspectiva produtora de sentido, e não reprodutora, e que a cada interpretação faz-se uma nova atribuição de sentido, *é evidente que também as Súmulas e as decisões que as aplicarem acriticamente deverão ser interpretadas*. Ou seja, do mesmo modo como as leis (textos) não são claras, as decisões que se pretendem universalizantes como as Súmulas também não o são... *Desse paradoxo, entretanto, a dogmática jurídica não se dá conta!*

Os argumentos utilizados para justificar essa verdadeira “cruzada” na busca de mecanismos engessadores das manifestações das instâncias inferiores da justiça são sempre os mesmos: desafogar (*sic*) as prateleiras dos tribunais superiores, que estão assoberbados de recursos dos mais variados. Ou seja, busca-se uma “efetividade (meramente) quantitativa”. Talvez os articuladores de tais teses estejam demasiadamente preocupados com a solução do problema da funcionalidade do sistema, *deixando de lado a discussão dos problemas da solução*, que certamente passam, também, por uma análise estrutural e por uma compreensão crítica do imaginário dos operadores jurídicos, ainda atrelados aos paradigmas objetificantes aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, em um plano, e, em outro – embora tais planos não sejam separáveis – ainda mergulhados na crise de paradigma liberal-individualista-normativista.

### 3. Da efetividade meramente quantitativa buscada pela vinculação sumular a efetividade qualitativa: apontando alguns caminhos

Antes de pensar na introdução de mecanismos anti-hermenêuticos e antidemocráticos no sistema (além dos que já foram implementados), o *establishment* jurídico brasileiro poderia refletir seriamente acerca da efetiva utilização dos instrumentos processuais-procedimentais existentes de há muito no ordenamento, os quais, a toda evidência, poderiam contribuir, em muito, para o assim chamado “desafogo da máquina judiciária”<sup>15</sup>. Assim, mecanismos de filtragem devidamente instrumentalizados no primeiro grau podem, por exemplo, impedir discussões inócuas e despiciendas nos demais graus de jurisdição. Daí que, sem pretensão de estabelecer proposta(s) acerca dessa conturbada problemática, tenho que alguns pontos podem e devem aqui ser trazidos para reflexão. O processo civil e o processo penal, por exemplo, são ricos em mecanismos de filtragem antecipada. Um exame criterioso das petições iniciais com base no Artigo 282 do Código de Processo Civil evitaria a formação de inúmeros processos, fadados à acumulação de despachos e decisões burocráticas; acrescentasse, ainda, a importância de um adequado manejo do despacho saneador. No campo do direito penal, há uma quantidade significativa de tipos penais que sequer foram recepcionados pela Constituição (as contravenções penais, por exemplo, são incompatíveis com os princípios da secularização do Direito e da subsidiariedade). Com decorrência, quotidianamente pequenos delitos e querelas sem lesividade social são desnecessariamente levados, aos milhares, através de recursos, aos tribunais de segundo grau. A aplicação do princípio da insignificância, por si só, eliminaria um percentual razoável de processos e recursos criminais. A aplicação do princípio acusatório igualmente representaria avanço significativo na efetividade do processo penal. Além disso, uma análise criteriosa (e garantista) das condições da ação no ato do recebimento da denúncia, observando, por exemplo, a existência de justa causa, evitaria que um expressivo percentual de processos criminais iniciasse.

A criação de tribunais administrativos, com a competência para o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto, litígios, deriva-

---

<sup>15</sup> Para que tenhamos uma idéia acerca do problema ocasionado pelo acúmulo de processos nos tribunais brasileiros, vale registrar que existem atualmente cento e cinquenta mil processos aguardando distribuição nos Tribunais de Justiça e Alçada de São Paulo. Alguns deles somente chegarão às mãos dos relatores cinco anos após a prolação da sentença de primeiro grau, considerando-se o número de membros das duas Cortes e o número de processos distribuídos a cada juiz de alçada ou desembargador (apenas dez processos por semana), conforme regra estabelecida por aqueles Tribunais. Nesse sentido, ver RUIZ, Urbano. *Democracia e Poder Judiciário*. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2003. Inédito.



dos das relações administrativas e fiscais com a previsão de um Tribunal Administrativo Superior (sem prejuízo da competência própria do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Constitucional que venha a ser criado), a exemplo do que ocorre em países como França, Portugal e Espanha, igualmente poderia representar significativo avanço no terreno da efetividade qualitativa dos processos e da jurisdição constitucional.

Por outro lado, centenas de vagas são abertas, todos os anos, em concursos públicos para magistrados nas diversas áreas da justiça. Novas comarcas são instaladas, para atender as demandas de uma sociedade cada vez mais litigiosa. Novas faculdades de Direito são criadas em cada canto do país, o que dá a entender que o mercado de trabalho para operadores jurídicos (ainda) está em franca expansão (muito embora se saiba que desde há muito o número de bacharéis já excedeu o número compatível com a realidade brasileira...). Desse modo, ao lado da expansão de Comarcas e de vagas para juizes (e promotores), *por que não indagar acerca da expansão do número de vagas dos ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal?*<sup>16</sup> Afinal, as despesas efetuadas com um Ministro do Tribunal Superior não são mais elevadas que os da instalação de uma Comarca. Apresentado de outro modo: se um Tribunal Estadual pode ter 125 desembargadores (é o caso do Rio Grande do Sul), qual o argumento para negar o aumento do número de vagas para ministros do Superior Tribunal de Justiça, que, afinal de contas, julga os recursos especiais oriundos de toda a federação?

Há que se enfrentar essa problemática. Se em uma unidade da federação como o Rio Grande do Sul um recurso criminal é julgado em não mais do que três meses, é porque – e não somente por isso – provavelmente o número de julgadores é proporcional ao número de Comarcas e recursos deduzidos pelas partes. Ou seja, a busca de uma efetividade, enfim, do assim denominado “desafogo de processos”, também implica discussões estruturais. O enfoque meramente funcional faz com que a discussão recaia em uma contradição secundária do problema. De qualquer sorte, este é apenas o início da discussão.

Na medida em que a preocupação da ciência jurídica deve fincar raízes na *efetividade qualitativa*, calcada em problematizações interdisciplinares que apontem para a construção das condições de possibilidade de uma aplicação do Direito naquilo que ele tem de possibilidades prospectivas dirigidas ao resgate das promessas da modernidade, o que implica a denúncia de toda e qualquer tentativa de inibir o acesso à justiça e à realização dos direitos fundamentais previstos e institu-

---

<sup>16</sup> É alvissareira a notícia publicada na *Folha de S. Paulo* de 17.02.2003, p. A-4, dando conta de que o Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, além de defender a instalação de um Tribunal Constitucional, concorda com a tese da duplicação do número de componentes do Superior Tribunal de Justiça, já exposta na obra *Jurisdição Constitucional*, 1. e 2. ed.. op.cit.

idos pelo constituir da Constituição, *torna-se necessário apontar todos os obstáculos que se contrapõem a esse desiderato.*

Além de tais sugestões, e conforme já deixei explicitado em textos anteriores, o problema da morosidade da justiça – *holding* do discurso dos defensores das súmulas vinculantes – também pode ser enfrentado *através da adequada utilização da jurisdição constitucional.* Assim, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, entulhado por milhares de recursos que tratam de matérias repetidas (afinal, é essa a argumentação que tem sido utilizada para justificar a criação de mecanismos agilizadores do sistema, como as Súmulas vinculantes), quando confrontado com recursos de decisões que *declarem a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo*, bastaria que, na hipótese de entender que, de fato, o ato normativo é inconstitucional, remetesse, *já por ocasião da apreciação do primeiro recurso extraordinário*, a decisão ao Senado da República, que, em obediência ao art. 52, X, da CF, suspenderia a execução da lei. Simples, pois, se, primeiro, o STF remetesse, de imediato, as decisões resultantes do controle difuso ao Senado, e se este, forte no art. 52, X, emitisse, também de imediato, a resolução suspensiva da lei (despiciendo lembrar, aqui, o que já foi relatado anteriormente, isto é, que o Senado não tem cumprido com o seu *munus*).

Ao mesmo tempo, e na seqüência do exemplo em tela, em sendo o *quorum* para a declaração da inconstitucionalidade o mesmo para o controle difuso e para o controle concentrado, bastaria que o Procurador-Geral da República ingressasse com a respectiva ADIn, com o que também haveria o efeito *ex tunc* para o caso (afinal, que a lei é inconstitucional já ficou definido pelo mesmo STF quando da apreciação do primeiro recurso extraordinário, ocasião em que a matéria foi examinada em plenário). A propósito disso, registre-se, de acordo com o que o Supremo Tribunal Federal deixou assentado no julgamento da ADIn n. 625-5-MA, “a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquinou de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.”

Parece de todo modo inconcebível que, em sendo uma lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso, não se a declare também inconstitucional em sede de controle concentrado! Resumindo: *primeiro*, com a imediata remessa da decisão ao Senado e a pronta emissão da resolução suspensiva da lei, ter-se-ia o efeito *ex nunc* no que se refere à inconstitucionalidade da lei; *segundo*, com o aforamento da ADIn, ter-se-ia de imediato o efeito *ex tunc* da

inconstitucionalidade. O efeito de tais providências no sistema? A resposta parece óbvia!

Por outro lado, se o Supremo Tribunal Federal, diante da discussão da inconstitucionalidade em tela, vier a entender que a referida lei (inquinada de inconstitucional em sede de recurso extraordinário) *não é inconstitucional*, bastaria que o Procurador-Geral da República (ou um dos demais legitimados) ingressasse com a respectiva ADC – ação declaratória de constitucionalidade (afinal, a prova da controvérsia estará mais do que presente, em face do número de recursos que estariam chegando ao STF).<sup>17</sup> Desnecessário lembrar que a ADC tem efeito vinculante (registre-se, de todo modo, minha posição relativamente à inconstitucionalidade desse efeito). Logo, também por esse lado evitar-se-ia uma enxurrada de recursos, em face do “efeito avocatório” ínsito à ADC. Não se olvide, por outro lado, que, consoante o disposto no art. 9.868/99, a ADIn e a ADC passaram a ter efeitos “cruzados”. A cada decisão de improvemento, ocorre o efeito reverso (e vice-versa).<sup>18</sup> Dito de outro modo, o adequado manejo dos mecanismos da jurisdição constitucional – mormente nas hipóteses em que se discute a inconstitucionalidade de um texto normativo – tem o condão de “cercar” a problemática decorrente da repetição/proliferação de recursos “por todos os lados”.

#### 4. Aportes Finais

De como o perigo *não está propriamente nas súmulas* (porque elas também são textos), mas no seu uso *metafísico* pelos juristas, em face da crença de que os verbetes são parte integrante (imanência) das coisas.

De tudo o que foi dito, é possível afirmar que o Judiciário brasileiro não é lento porque as súmulas ou as jurisprudências não vinculam/obrigam, formal ou informalmente (não esqueçamos que a vinculação já existe de há muito, sem mencionar o poder de violência simbólica das súmulas e das assim denominas jurisprudências “dominantes”), as instâncias inferiores, mas, sim, porque está as-

<sup>17</sup> O exemplo da Lei dos Crimes Hediondos ilustra bem esta situação. Com efeito, passados mais de dez anos da edição da citada Lei, não restou pacificado – no plano dos tribunais da federação – o problema da possibilidade ou não da progressão de regime carcerário no caso de o crime ser hediondo. No caso, por exemplo, do TJRS, há uma clara divisão acerca do entendimento da matéria. Desse modo, sempre que uma das Câmaras entender que é inconstitucional a proibição de progressão de regime, o Ministério Público interpõe recurso extraordinário. Ora, na hipótese em tela, bastaria que o Procurador-Geral da República ingressasse com uma ADC, para que o STF dissesse, em sede dessa ação, aquilo que já disse em inúmeros julgados em sede de controle difuso! Simples, pois. É o que se denomina de adequado manejo da jurisdição constitucional.

<sup>18</sup> Sempre deixando clara a posição esposada nesta obra no sentido da inconstitucionalidade do efeito “duplo” resultante da “ambivalência” da ADIn e ADC. Ver *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, op.cit.

sentado sobre uma estrutura arcaica e burocrática, permeada por um imaginário conservador, fruto de uma fortíssima crise de paradigma<sup>19</sup> pela qual passa a dogmática jurídica. Assim:

I. É exatamente no contexto dessa crise paradigmática – (re)alimentada/impulsionada por políticas legislativas *ad hoc* – que podemos ter a certeza de que, logo depois disto, surgirão novas tentativas, talvez até mais “sofisticadas” do que estas, objetivando manipular e manietar, mais ainda, os operadores jurídicos e as instâncias inferiores do Judiciário. Nesse contexto, já que a crise paradigmática estará, então, agravada, o que menos se discutirá, provavelmente será a qualidade das decisões e a legitimidade das instâncias superiores do Judiciário para tal..

II. Antes de criar mecanismos de vinculação de súmulas ou outros similares, há que se (re)discutir a dogmática jurídica e seus mecanismos de (re)produção e instrumentalização, consubstanciados no que se pode chamar de senso comum teórico dos juristas.,<sup>20</sup> que instaurou um olhar estandardizado sobre a operacionalidade do direito em nosso país.

III. Há que se ter claro, pois, que a partir de uma abordagem hermenêutica, as súmulas, a par de se constituírem em “conceitos” que pretendem aprisionar os fatos, *também são textos*. Conseqüentemente, tais textos são tão interpretáveis quanto qualquer outro texto legislativo! Desse modo, a pretensa “univocidade de sentido” buscada pela vinculação sumular não deveria apresentar-se como problemática, porque, *como qualquer texto jurídico, também à súmula será atribuído um sentido*.

<sup>19</sup> Partindo da premissa de que um paradigma implica uma teoria fundamental reconhecida pela comunidade científica como delimitadora de campos de investigação pertinentes a determinada disciplina (KUHN), pode-se dizer que o que fornece o *status* científico de uma ciência vai depender não tanto das teses defendidas pelos manuais científicos, mas sim do consenso da comunidade científica em torno dessas teses, conforme muito vem ensinar Celso Campilongo, in *Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal*. São Paulo, 1982, p. 11 e ss. Agregue-se a isso o dizer de Enrique Puceiro, “Teoria jurídica y crisis de legitimación”. In: *Anuário de Filosofia Jurídica y Social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, p. 289 e ss., para quem a dogmática jurídica define e controla a ciência jurídica, indicando, com o poder que o consenso da comunidade científica lhe confere, não só as soluções para seus problemas tradicionais, mas, principalmente, os tipos de problemas que devem fazer parte de suas investigações. Daí que a dogmática jurídica é um nítido exemplo de paradigma. Diz mais, o mestre argentino, que a crise da ciência do Direito é um capítulo da crise mais ampla da racionalidade política que ocorre nas sociedades avançadas.

<sup>20</sup> Conforme Luiz Alberto WARAT, por detrás das regras do método e dos instrumentos lógicos da dogmática, existe uma mentalidade difusa que constitui a vigilância epistemológica pela servidão do Estado. Mais ainda, a ordem epistemológica de razões é substituída por uma ordem ideológica de crenças que preservam a imagem política do Direito e do Estado. Essa ilusão epistêmica, composta pelo conjunto de opiniões compartilhadas pela comunidade de juristas, é o que Warat denomina de senso comum teórico dos juristas. In *Introdução ao estudo do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 16 e ss.

IV. Entretanto, as súmulas torna(ra)m-se problemáticas porque – e faço a denúncia fundado na doutrina de KAUFMANN – *a prática judicial actual, examinada de um ponto de vista metodológico, ainda está sob o domínio do método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX.*<sup>21</sup> Por isto, o problema mais grave em atribuir efeito vinculante às súmulas reside no fato de que, no plano da operacionalidade do direito, *cada súmula transforma-se em categoria ou conceito que serve de premissa de sustentação de raciocínios dedutivos ou subsuntivos*, próprios de um ultrapassado positivismo metafísico, que busca “aprisonar” nesses conceitos (significantes) uma espécie de “essencialidade fático-jurídica”.

V. De todo modo, embora a profunda indignação que essa problemática da vinculação sumular vem causando em setores da comunidade jurídica, entendo ser possível, no plano de uma análise hermenêutica, “contornar” o problema dessa “vinculação institucionalizada”. Destarte, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta constitucionalmente adequada – espécie de resposta correta – a partir do exame de cada caso.<sup>22</sup> Ou seja, é o detalhado exame das circunstâncias que conformam o problema jurídico concreto que indicará se a súmula (ou a lei ou até mesmo o “verbete”, que nada mais é do que uma “quase súmula”) deve – ou não – ser aplicado (não esqueçamos que interpretar é explicitar o compreendido, como bem diz Gadamer). Para tanto, basta que as interpretações adjudicadas a cada caso

<sup>21</sup> Idem, ibidem, p. 184.

<sup>22</sup> Antes de tudo, ao estar diante da aplicação de uma súmula, o intérprete deve examinar o contexto, isto é, a similitude do “caso” que a súmula quer abarcar, evitando, assim, a subsunção metafísica própria do modelo positivista-exegético. Interpretar é aplicar. Subsunções escondem a singularidade dos casos e a súmula, ao pretender construir conceitos universalizantes, poderá sacrificar a especificidade do caso sub análise, que é sempre único, irrepetível. Além disto, a súmula – como têm ocorrido inúmeras vezes – pode ser produto de uma atribuição de sentido arbitrária por parte do Supremo Tribunal Federal ou de outro tribunal. Em face disso, podem ser adotados os seguintes procedimentos: a) como não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa (nesse sentido, ver item 12.10, na obra *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*), cabe ao intérprete do Estado Democrático de Direito efetuar a devida correção em sede doutrinária ou de aplicação judiciária. Assim, se a súmula for inconstitucional, o intérprete deve apontar a irregularidade, deixando de aplicá-la (expungindo-a do sistema). Não esqueçamos as seguintes questões que envolvem a problemática em tela: primeiro, a súmula, ao ter efeito vinculante, adquiriu *status* de normatividade (ato jurídico suscetível de controle de constitucionalidade – veja-se, para tanto, ADIn n.º.594); desnecessário dizer que o controle pode ser feito de forma difusa; segundo, se a súmula violar um dispositivo infraconstitucional, duas hipóteses se apresentam: ou será inconstitucional, por violação direta da Constituição ou poderá deixar de ser aplicada em face dos critérios de resolução de antinomias; terceiro, a ADPF é remédio para suscitar a inconstitucionalidade de súmula (já o era antes da emenda constitucional que tornou vinculantes as súmulas). Por fim, sempre se poderá lançar mão dos mecanismos da interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*) e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*) no ato de aplicação da súmula.

venham acompanhadas da necessária justificação (motivação).

VI. Repita-se: a súmula vinculante é também um texto jurídico e, por isso, não acarreta novos problemas no plano hermenêutico. *O novo aqui é o que essa vinculação representa para a dogmática jurídica acostumada a trabalhar com conceitualizações que buscam aprisionar as “substâncias do direito” nos conceitos pré-elaborados.* Ou seja, a operacionalidade do direito, inserida em um positivismo de cunho exegético preparado para elaborar subsunções, tem resolvido os problemas (casos) jurídicos a partir do uso de verbetes (que poderiam ser ou não súmulas, porque estas também não passam de meros verbetes) que funcionam como “categorias” fundantes, que nada mais são do que objetificações metafísicas, como se os sentidos estivessem contidos nesses verbetes (portanto, “nas coisas” que elas designam, como na metafísica clássica). O problema, pois, está no fato de que os próprios verbetes (sumulares ou não) têm a função de servirem, ao mesmo tempo, de fundamento e de justificação. Ora, a súmula, ao servir de fundamento, metafisicamente abarca a própria justificação, porque, afinal, ela foi feita para isto: para aprisionar “substâncias” e “seqüestrar o tempo”. Trata-se, enfim – e a crítica tomo de Alejandro Nieto ao conceitualismo<sup>23</sup> –, de um retorno à jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), pela qual o jurista cria conceitos gerais (o que na metafísica clássica se chamava de “universais”) mediante a eliminação dos dados singulares de cada problema concreto – descrito em uma norma ou socialmente praticado – *até chegar, por abstração, a uma nova suficientemente universalizante, apta a compreender a todas as situações individuais que lhe deu origem.* O maior risco do “método conceitual”, alude o jusfilósofo espanhol, está em que, ao “descender” aos fenômenos individuais reais, fica desnaturado o “mínimo jurídico” do “abstrato” e se aplica a fenômenos que por sua singularidade são incompatíveis com o regime geral atribuído ao conceito abstrato.

VII. É preciso estar atento, pois, ao perigoso ecletismo pelo qual passa o sistema jurídico brasileiro: busca a fórmula dos precedentes sem a correspondente obrigatoriedade da motivação/justificação. Destarte, as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecendo argumentos de caráter jurídico, assinala Ordonés Solis. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. O juiz, por exemplo, deve expor as razões que lhe conduziram a

---

<sup>23</sup> NIETO, Alejandro. *Limitaciones jurídicas del conocimiento*. Madrid: Trota, 1994, p. 22 e ss.

eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetiva intervenção do juiz, ao direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial, sendo que, por esta razão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que a motivação integra-se ao direito fundamental a um processo equitativo, de modo que “as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam. A extensão deste dever pode variar segundo a natureza da decisão e deve ser analisada à luz das circunstâncias de cada caso particular” (sentenças de 9.12.1994 – TEDH 1994, 4, Ruiz Torija e Hiro Balani-ES, parágrafos 27 e 29; de 19.02.1998 – TEDH 1998,3, Higgins e outros –Fr, parágrafo 42; e de 21.01.99 – TEDH 1999,1, Garcia Ruiz-ES).<sup>24</sup>

VIII. Ou seja, *o juiz não pode considerar que é a súmula que resolve um litígio* – até porque as palavras não refletem as essências das coisas, assim como as palavras não são as coisas -, *mas, sim, que é ele mesmo, o juiz, o intérprete, que faz uma fusão de horizontes para dirimir o conflito.*<sup>25</sup> Não devemos esquecer – e a advertência vem de Gadamer – que existem sempre dois mundos de experiência no qual ocorre o processo de compreensão: o mundo de experiência no qual o texto foi escrito e o mundo no qual se encontra o intérprete. O objetivo da compreensão é fundir esses dois mundos, em um determinado contexto, que é a particularidade do caso, a partir da historicidade e da faticidade em que estão inseridos os atores jurídicos. Por isto, acrescento, *fusão de horizontes não é acoplagem de universais a particulares, da generalidade à particularidade.* Isto seria subsunção, e a justificação nos moldes em que se deseja as decisões no Estado Democrático de Direito, não tem lugar nos raciocínios subsuntivos/dedutivos.

IX. É nisto, pois, que reside o perigo da institucionalização das súmulas vinculantes. Trata-se, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas. Nesse caso, conforme a Emenda à Constituição, não caberá recurso e sim, reclamação... Ou seja, em *terrae brasilis a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja ilegal/inconstitucional!*

X. Trata-se, pois, fundamentalmente, de um problema filosófico: muito mais do que a lei, a súmula assume, no labor

<sup>24</sup> Cf. ORDÓÑES SOLÍS, David. *Jueces, Derecho y Política*. Vanarra: Aranzadi, 2004, p. 98 e ss.

<sup>25</sup> Em face das inúmeras críticas que o conceitualismo tem recebido, sua referência nos manuais jurídicos praticamente desapareceu. Mas, alerta Alejandro Nieto, não nos enganemos, porque na prática segue vivo e se usa cotidianamente, ainda que de forma não deliberada. (NIETO, *op.cit.*, p. 26).



cotidiano da dogmática jurídica, um *status* de repositório de uma universalização conceitual-essencialista, *como se nela estivesse contida uma essência comum a todos os casos jurídicos, e desse verbete sumular irradiasse uma “certeza-significativa-fundante”*, tornando a tarefa interpretativa do jurista um “simples” caso de *adequatio* do fato ao direito (que, no caso da súmula, estará pré-definido). Volta-se, assim, à velha separação entre fato e direito ou questão de fato e questão de direito, invenção política da revolução francesa que os juristas brasileiros continuam adotando em pleno século XXI.

XI. E é exatamente por isto que entendo que uma crítica consistente às súmulas vinculantes deve procurar superar *o paradigma filosófico que as sustentam*. A discussão periférica coloca em risco a contradição principal do problema. Já de há muito o pensamento jurídico-dogmático brasileiro deixou de lado uma discussão de cunho filosófico-hermenêutico mais aprofundada sobre o direito.

XII. Ao impingirem o pensamento único – pré-elaborado – acerca do direito, as súmulas buscam impedir novas leituras, novas interpretações (relembremos sempre a diferença ontológica entre texto e norma). E tudo está a indicar que esse intento será alcançado, em face do terreno fértil proporcionado por uma dogmática jurídica que empreende uma verdadeira “resistência positivista”, negando as possibilidades advindas dos novos paradigmas jusfilosóficos emergentes com o (neo)constitucionalismo e a guinada lingüística (*linguistic turn*).

XIII. A chave dessa crise talvez se deva ao fato de que o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece (*subtilitas intellegendi*), depois interpreta (*subtilitas explicandi*), para só então aplicar (*subtilitas applicandi*); ou, de forma mais simplista, que interpretar é desvendar o sentido unívoco da norma (sic), ou, que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, sendo tarefa precípua do intérprete procurar a significação correta dos conceitos jurídicos (sic), ou que interpretar é buscar o “verdadeiro sentido da norma”, ou ainda, que interpretar é retirar da norma tudo o que nela contém (sic), tudo baseado na firme crença de que os métodos de interpretação (e as súmulas) são um “caminho seguro para alcançar corretos sentidos”, e que os critérios usuais de interpretação constitucional equivalem aos métodos e processos clássicos, destacando-se, dentre eles, o gramatical, o lógico, o teleológico objetivo, o sistemático e o histórico (sic); *finalmente, para total desespero dos que, como eu, são adeptos da hermenêutica filosófica, acredita-se ainda que é possível descobrir a*



*vontade da norma* (o que isto significa ninguém sabe explicar) e que o legislador possui um espírito (sic)!

XIV. Tais teses acerca da interpretação – encontráveis em boa parte da literatura jurídicas pátria – estão ainda atreladas ao esquema sujeito-objeto, que sustentou tanto a metafísica clássica como a metafísica moderna. Para os adeptos de tais idéias, a interpretação é um (simples) processo reprodutivo, pelo fato de interiorizar ou traduzir para a sua própria linguagem objetivações da mente, através de uma realidade que é análoga a que originou uma forma significativa...! Em síntese, com algumas exceções, é este o estado da arte daquilo que se entende por “interpretação da lei no Brasil”, cujas conseqüências não são muito difíceis de perceber.

XV. Daí a necessidade de uma insurreição contra essa fala falada. A tese vinculatório-sumular é a simplista “opção” por um discurso monológico (WARAT), em que a fala já vem habitada de antemão. É, enfim, a instituição de uma espécie de “linguagem autorizada” de que fala Bourdieu, em que a súmula vinculante, como “*porta-voz*” dessa fala autorizada, transforma-se em um “impostor provido do cetro” (*skeptron*)<sup>26</sup>, mesmo que para isso se cometa uma extorsão de sentido da lei e da Constituição. Quem estiver em desacordo será, irremediavelmente, condenado pelo (hediondo) crime de “porte ilegal da fala” ... !

XVI. Em síntese, não devemos sucumbir à sedução sistêmica de um mecanismo que pretende ser um *plus* em relação à própria lei. A súmula vinculante é uma metacondição de sentido, produzindo um discurso monológico, impedindo a necessária alteridade hermenêutica. Desse modo, *o problema das súmulas não reside no fato de serem “corretas” ou “incorretas”, e, sim, na função que esse mecanismo exerce no sistema jurídico e suas conseqüências no acesso à justiça e na qualidade das decisões a serem proferidas pelos juízes e tribunais.*

XVII. Numa palavra: a introdução das súmulas vinculantes apresentará um controle panóptico (lembramos BENTHAN e FOUCAULT) sobre as instâncias inferiores do Judiciário. Mais do que isto, corremos o risco da institucionalização de um imaginário *fahrenheit* 451 (lembramos do filme do mesmo nome)! No filme, os livros eram queimados (451 graus *fahrenheit* é a temperatura da queima do papel de livro). É claro que, com a institucionalização da súmula vinculante, não se queimarão livros; o problema será a queima das idéias (divergentes)!

---

<sup>26</sup> Ver Bourdieu, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas*. São Paulo: USP, 1996, p. 39- 89.

## REFERÊNCIAS

- BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas*. São Paulo: USP, 1996.
- CAMPILONGO, Celso. *Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal*. São Paulo, 1982.
- CASTRO, Cláudio Dias de. *Súmulas vinculantes: uma (dis)solução jurídica*. **Mundo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto427.htm>>. Acesso em 08 jun. 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camile. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 9. ed. Paris: Précis Dalloz, 1988.
- FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- MACIEL, Adhemar F. *Apontamentos sobre o judiciário americano*. O judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NIETO, Alejandro. *Limitaciones jurídicas del conocimiento*. Madrid: Trota, 1994, p. 22 e ss.
- ORDÓNES SOLÍS, David. *Jueces, Derecho y Política*. Vanarra: Aranzadi, 2004.
- PUCEIRO, Enrique. Teoria jurídica y crisis de legitimación. In *Anuário de Filosofia Jurídica y Social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.
- RODRIGUES, Leda B. *A natureza do processo e a evolução do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956.
- RUIZ, Urbano. *Democracia e Poder Judiciário*. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2003.

# FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO ÉTICA DA EMPRESA

## SOCIAL FUNCTION AND ETHICAL FUNCTION IN A COMPANY

Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA<sup>1</sup>

### RESUMO

A funcionalização dos institutos jurídicos representa a superação do dogmatismo tradicional, por uma ordem jurídica e social adequada às necessidades e valores da sociedade contemporânea. A investigação objetiva identificar os elementos definidores das funções social e ética da empresa, concebidas como princípios hermenêuticos, considerando o pensamento funcionalista e as limitações constitucionais da ordem econômica. O estudo visa a contribuir com a indicação de princípios específicos, referentes à função social da empresa, desvendando perspectivas plurais para a construção de uma hermenêutica socializada e direcionada para as complexas relações empresariais contemporâneas.

**Palavras-chave:** Empresa; Função Social; Princípios Específicos.

### ABSTRACT

The function of legal institutes represents the overcoming of the traditional dogmatism, by a law and social order adjusted to the necessities and values of contemporary society. The objective of the inquiry is to identify the defining elements of the social and ethical functions of the company, conceived as hermeneutic principles, considering the functionalist thought and the economic order constitutional limitations. The study aims at contributing with the indication of specific principles, concerning the social function of a company; unmasking plural perspective for the construction of a socialized hermeneutics and directed towards the complex contemporary enterprise relations.

**Key-words:** Company; Social function; Specific principles.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Diretora da Faculdade de Direito da UNIMAR. Professora de Direito Civil do Programa de Mestrado da UNIMAR.

## 1. A Funcionalização do Direito

Com o advento da Carta Magna de 1988, ganha relevo a questão da função social na cena jurídica. As discussões doutrinárias passam a focar o tema a partir de sua base constitucional. De fato, a Constituição Federal, ao adotar o princípio da função social, retomou a discussão da finalidade social do próprio Direito.

O Estado Democrático de Direito e Social traz consigo a busca da função social do direito. Cabe ressaltar que a questão da socialização remonta à própria origem do direito. Basta lembrar que Justiniano já defendia, no ano 533 d.C., em suas *Institutas* “que ninguém desconhecesse leis estatuídas para o bem comum”<sup>2</sup>.

Para Calmom de Passos, “função seria a maneira concreta de operar de um instituto, de um direito, de uma organização etc.”:

[...] Eis o que para mim é função um atuar a serviço de algo que nos ultrapassa. Parece-me valioso, portanto, para maior precisão do conceito de função, distinguirmos a atividade ou o operar do indivíduo voltado para seus objetivos pessoais, daquele que realiza direcionado para alcançar objetivos relacionados com interesses que o ultrapassam, dizendo mais diretamente com os da convivência social.<sup>3</sup>

O douto professor, ao conceituar a função, vai além para explicitar a melhor compreensão da própria função social voltada aos interesses da convivência social e como forma de afastar todo e qualquer arbítrio. Considera fruto do Estado de Direito Democrático o relevo da funcionalização social, no âmbito da ciência jurídica.

Por esta nova orientação da ordem estatal, a busca da igualdade entre os indivíduos deixa o plano formal para ingressar no contexto da materialidade. A própria autonomia privada passa por delimitações, restringindo o individualismo, agora orientado pelas novas concepções dos interesses sociais.

Neste passo, cabe reafirmar as notas conceituais da funcionalização do direito, como afirmadas por Maria Helena Diniz, quando declara: “Não há lei que não contenha uma finalidade social imediata. Por isso o conhecimento do fim é uma das preocupações precípua da ciência jurídica e do órgão aplicador do

---

<sup>2</sup> JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*. Bauru: EDIPRO, 2001.

<sup>3</sup> PASSOS, J. J. Calmom de. *Função Social do Processo*. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revista/revista4/09.htm> .

direito”. Completa a autora: “O fim social é o objetivo de uma sociedade, encerrado na somatória de atos que constituirão a razão de sua composição, é portanto, o bem social, que pode abranger o útil, a necessidade social e o equilíbrio de interesses [...]”<sup>4</sup>.

Ferraz Jr (1988) sustenta que os fins sociais são próprios do direito. “A ordem jurídica, como um todo, é um conjunto de normas para tornar possível a sociabilidade humana; logo, dever-se-á encontrar nas normas o seu fim (*telos*), que não poderá ser anti-social”<sup>5</sup>.

Os fins sociais, de fato, representam a busca maior e o norte principal do próprio direito. Pode-se afirmar que não há direito que não vise ao alcance de fins sociais. Como exemplo notável, é citado o direito do trabalho onde, no passado, foram consolidadas as maiores expressões da finalidade social para todo um campo do direito.

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

“As mudanças experimentadas pela sociedade reverteram a perspectiva de outrora, deslocando a “[...] primazia do individual para o coletivo; da vontade para a norma jurídica; da liberdade para a cooperação [...]”. O homem, então, “valorizou-se não por suposta individualidade formal e egoística, mas pela sua substância e integração na coletividade. Teve de se sintonizar com seus (dela) interesses gerais (considerados a partir do que a maioria entende como tais). Daí porque as atividades sociais ou econômicas das pessoas, os bens que os complementam, as regras jurídicas, enfim, têm de ser compreendidas pela sua “funcionalização”, pela sua legítima, escoreita e regular prestabilidade jurídico-social, mediante aferição conforme a Constituição Federal e as suas pautas axiológicas, tradutores dos fundamentos e objetivos da nação brasileira”. “Funcionalização do direito nada mais é que a sua efetiva prestabilidade à realização dos fins – ou objetivos – sociais do Estado. Tem função promocional, a de viabilizar determinadas metas políticas”<sup>6</sup>.

O Estado contemporâneo absorve as pautas axiológicas das Constituições, igualmente contemporâneas, para constituir os tecidos sociais em camadas espessas e alcançando também os direitos privados. O Estado Democrático de

---

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução do código civil brasileiro interpretada*. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>5</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988.

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

Direito e Social recepciona os novos princípios constitucionais que, a um só tempo, orientam e delimitam diversas estruturas jurídicas.

A intervenção na ordem econômica, funcionaliza institutos clássicos do direito privado. A livre iniciativa permanece assegurada, mas com limitações à autonomia privada. Por via de consequência, são limitadas as funções dos negócios jurídicos, destacando-se o âmbito dos contratos e das empresas. Define-se a função social da propriedade. No direito público, ampliam-se as reflexões acerca da função social do tributo, função social do processo, função social da cidade, dentre outras. O dirigismo contratual desloca as tutelas, antes exclusivamente individuais, para o campo dos interesses sociais. A legislação consumerista bem reflete a expressão da nova concepção negocial.

Nosso século transportou para a área privada a reflexão que fora feita para o setor público. Passou-se a falar em função social da propriedade, da empresa, do capital etc. As forças que haviam aberto brechas na muralha política tentavam agora também fazê-las na muralha econômica. E essa reflexão produziu frutos com o Estado de Direito Democrático Social mediante o denominado dirigismo contratual e pela intervenção estatal no domínio econômico, inclusive o desafio de nossos dias de definir a função social dos meios de comunicação. Já não é apenas o agente público que deve exercitar os poderes que lhe foram atribuídos como dever de servir e nos limites da outorga que lhe foi conferida; também aos agentes privados se interdito o exercício das faculdades que decorrem da liberdade, que lhes é reconhecida e assegurada, de modo a determinar um desserviço aos interesses sociais<sup>7</sup>.

É nesse contexto de tutelas plurais aos interesses sociais, que o direito de empresa ressurgiu estruturado sob novos comandos, tornando possível a compreensão dos fins sociais da empresa, antes extremamente individualista. A nova concepção oportuniza também a reflexão acerca da responsabilidade social da empresa, bem como de sua função ética. Estes aspectos específicos são objetos de análise do presente ensaio.

## 2. Globalização, Estado e Mercado

### 2.1. Globalização

Nas últimas décadas, os mercados internacional e nacional assistem ao processo ágil e desenfreado da globalização. Com grande preocupação, é observa-

---

<sup>7</sup> PASSOS, J. J. Calmom de. *Função Social do Processo*. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revista/revista4/09.htm> Acesso em 2004.

da a retomada inflexível do domínio do capital nas texturas gananciosas da competitividade.

Globalização é metáfora de nossos dias que exprime condição econômica e cultural. Promove a hegemonia do capitalismo e de percepções neoliberais, anunciando uma escatologia que consagra novos moldes de soberania, de relações humanas e de idiosincrasias. Impulsiona um neoconservadorismo radical. [...] A Globalização dita um direito diferente, especialmente para países periféricos, como o nosso. O direito brasileiro vem sendo redesenhado como resultado de nossa inserção no mundo globalizado<sup>8</sup>.

A globalização de mercados exige o repensar da teoria da empresa contemporânea, valorizando não só os perfis do empresário, da empresa, mas também, as especificidades do mercado globalizado, sem perder de conta as funções da empresa e as possibilidades jurídicas que se abrem, como via exclusiva na busca do equilíbrio das atividades empresariais, locais e globais.<sup>9</sup>

## 2.2 Estado e Mercado

O neoliberalismo foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e do bem estar<sup>10</sup>.

O intervencionismo estatal foi combatido fortemente pelo neoliberalismo preconizador das melhores políticas sociais e econômicas.

“Uma sociedade neoliberal baseada em organizações complexas, em atores múltiplos, como empresas, bancos e entidades de classe dominante protagonizam um sistema de domínio ditado pelo mercado”.<sup>11</sup>

O neoliberalismo e a globalização são agentes das grandes mudanças ocorridas nas últimas décadas e causadoras de fortes impactos, suportados pela sociedade. Surge a contabilidade do capital que se de uma parte soma crescimento, lucros e riquezas (para poucos), de outra subtrai empregos, oportunidades, inclusões, qualidade de vida.

---

<sup>8</sup> GODOY, A. S. M. *Globalização, neoliberalismo e o direito no Brasil*. Londrina: Humanidades, 2004. p. 1

<sup>9</sup> SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 22. “Mercado”, segundo muitos, leva a que se produzam bens na qualidade e quantidade correspondente à demanda existente. Mercados livres aparecem, portanto, como condição objetiva necessária para a produção e circulação de bens – mercadorias e serviços, existentes, atuais ou em processo, para satisfação de necessidades, com o que se cria bem-estar e se produz riqueza.

<sup>10</sup> SADER, Emir (org.) *Pós-neoliberalismo, as políticas sociais e o estado democrático*. Apud GODOY, Arnaldo S. M. *op cit* p. 20.

<sup>11</sup> GODOY, Arnaldo S. M. *Op. Cit.*, p. 48.

A complexidade das atividades empresariais extrapola as molduras normativas do direito fazendo emergir quantidade considerável de “novas situações negociais” presentes nos mercados globais.

Para Arnaldo Godoy:

[...] as recentes transformações verificadas no direito brasileiro identificam essa realidade. A globalização projeta-se em todos os campos da normatividade, assim como da apreensão da arena jurídica, ensaiando novos cânones hermenêuticos. Nota-se um conflito entre economistas e juristas, um antagonismo declarado, uma ‘polaridade entre eficiência econômica e certeza jurídica, entre programas antiinflacionários e ordem constitucional’<sup>12</sup>

[...] A forte transformação experimentada pelas atividades comerciais que, além de serem desenvolvidas espacialmente, por força do aumento do volume de operações negociais, dificulta a aplicação das normas de direito comum que tinham por escopo reger negócios pontuais. Entretanto é essa organização, a empresa, que desponta com vigor em face da enorme transformação das atividades negociais, baseadas no comércio. [...] A intensidade do tráfico negocial imposto pela industrialização incipiente requer regras que contemplem não apenas a velocidade com que as operações são realizadas, mas, sobretudo, a repetição de padrões e a necessidade de novos instrumentos que reflitam as mudanças no processo negocial<sup>13</sup>.

O desafio do Estado Social Democrático de Direito está, nesta perspectiva, em efetivar a ordem econômica respeitando suas funções, consciente de que um “globalismo localizado assinala o impacto do global sobre o local”.<sup>14</sup>

### 3. O Direito de Empresa Contemporâneo

O direito de empresa, com a edição do novo Código Civil, surge unificado, por força da uniformização do novo Direito Obrigacional.

O Código Civil, rompendo com a tradição da teoria do ato jurídico, recepciona, na parte geral a teoria do negócio jurídico<sup>15</sup> e, na seqüência, ao revogar

<sup>12</sup> FARIA, Eduardo José. *Direito e economia na democratização brasileira*. Apud GODOY, A. S. M. *Op. Cit.*, p. 15

<sup>13</sup> SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 21-22.

<sup>14</sup> GODOY, Arnaldo S. M. *Op. Cit.*, p. 50.

<sup>15</sup> MALFATTI, Alexandre. Liberdade Contratual. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de Autonomia Privada*, vol, 2, p. 16. [...] o poder jurídico da vontade livre apresenta-se como característica diferenciadora do negócio jurídico [...] e o negócio jurídico deixa de representar uma simples forma de troca de bens e passa a espelhar a realização de uma liberdade econômica.



a parte geral do Código Comercial, igualmente retira de cena a figura tradicional do comerciante, para dar vez à teoria da empresa. As atividades empresariais são reguladas pelo novo código, com apoio da doutrina, precursora das melhores, para a matéria.

Modificação que tal representa, para o setor privado da economia, delimitação clara de fronteiras, demarcadas principalmente, pelo novo modelo de reformulação dogmática e organizacional da empresa.

Os conceitos de empresa e empresário são pontuados. Rediscute-se a função econômica, como exclusiva da empresa clássica. Paralelamente, a reflexão acerca da função social da empresa desponta ancorada na função social da ordem econômica como preconizada pela Constituição Federal.

A funcionalização dos institutos jurídicos vem representando a superação do dogmatismo tradicional, cambiada por uma hermenêutica crítica, investigadora de uma ordem jurídica e social adequada às necessidades e valores da sociedade contemporânea<sup>16</sup>.

É nesse ambiente propício à reflexão que, o ensaio tem por objetivo identificar os elementos definidores das funções sociais e ética da empresa, concebidas, inicialmente, como princípios hermenêuticos<sup>17</sup>, partindo do pensamento funcionalista, para considerar a tutela constitucional da ordem econômica, a função social e a ética da empresa. Pretende-se por em foco, a partir dessa trilogia, a questão relevantíssima da justiça empresarial contribuindo para a consolidação de uma hermenêutica integrativa<sup>18</sup>, diferenciada para as relações negociais, em seu plexo de operabilidade empresarial.

---

<sup>16</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Alterações conceituais exibem uma transformação de paradigmas que supõe riscos e possibilidades (p. 173).

Luta o Direito Civil por novas raízes antropocêntricas (p. 174). A funcionalização do direito de propriedade limitadora ao seu exercício privado – nomeadamente limitações ambientais – gera, também, uma crise na apropriação dos bens. A autonomia privada, vista como um dogma, está teoricamente ultrapassada. Permanece, todavia, a indagação sobre o que colocar no lugar do seu conceito, no âmbito dos contratos. Depreende-se, então, a necessidade de uma proposta de reflexão transdisciplinar, para que se possa compreender melhor esse momento. O estabelecimento de uma espécie de cartografia da transdisciplinariedade impõe um repensar do sujeito e do objeto, bem como da metodologia da investigação científica, voltada para esses estatutos jurídicos fundamentais. p. 253 -254.

<sup>17</sup> FIUZA, César. *Contratos de Adesão*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. Quando se fala em princípios, refere-se a normas de conteúdo genérico, que servem de fundamento para outras muitas normas. Não que as regras não possam ser genéricas. Os princípios são mais. Além disso, possuem conteúdo fundante, ou seja, servem de base para a construção de muitas normas, regras e princípios, dedutíveis do sentido impresso pelo princípio mais amplo. Os subprincípios, por sua vez, seguem a mesma sistemática. [...] Em primeiro lugar, deve ficar bem claro que não estamos usando o termo *princípios* na acepção de *princípios gerais do Direito*, com a função de preencher lacunas do ordenamento jurídico, somente utilizáveis na ausência de normas para reger o caso concreto.

<sup>18</sup> NORONHA, Fernando. A função integrativa não é qualitativamente diversa da função interpretativa: a integração é apenas a continuação da interpretação do contrato para além das disposições previstas pelas partes, ou impostas pela lei. [...] De fato, ambas têm por finalidade determinar quais são as obrigações e quais são os direitos das partes. p.166.

### 3.1. O Direito de Empresa Brasileiro

Os conceitos jurídicos nem sempre são bem incorporados pelo legislador civilista. Se, de um lado, conceitua-se, no Artigo 966 do Código Civil, o empresário como aquele “que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”, de outro, não se dedicou a mesma técnica à empresa, cuja conceituação ficou a cargo da doutrina.

Segundo Hentz, a “empresa é a organização dos fatores de produção para a satisfação de necessidades alheias”<sup>19</sup>.

A empresa reconhecida como sujeito de direito surge de conformidade com a ordem econômica como preconizada pela Carta Magna, mais humanizada, voltada em suas funções não só para o econômico, mas também devendo atender aos interesses sociais e éticos.

Na seqüência, o Código opta por seguir na tratativa das características, capacidade, qualidades e demais obrigações do empresário. Segue regulando os tipos societários, os estabelecimentos e, por fim, os institutos complementares (registro, nome empresarial, prepostos, escrituração).

O direito de empresa, regulado como está, pelo Código Civil, não tem aparência de novo, talvez pelo fato inegável de não o ser. Aliás, cabe observar que merecia outra roupagem, em uma dimensão capaz de oferecer respostas mais elaboradas aos desafios impostos pelo novo modelo de mercado globalizado. Todavia, as conformações social e ética, delimitadoras das atividades empresariais indicam a direção a ser perseguida.

A codificação civil, tuteladora de direitos privados, deveria estar atenta às inúmeras modificações ocorridas na sociedade global, nos últimos tempos. Por tratar-se de um novo Código, verdadeiramente, em coisas tantas, deixou a esperar, deixou de realizar.

O direito de empresa, de todos os livros do novo Códex é o mais hermético – não soube valorizar as cláusulas gerais – sendo socializado por força constitucional, não foi eticizado senão de forma incipiente. Assim, para ser efetivado, diversos ajustes deverão, antes, ser efetivados.

### 3.2. Atividade Empresarial – O novo perfil social e ético

O exercício das atividades empresariais tem como diretriz máxima os princípios constitucionais informadores da ordem econômica.

---

<sup>19</sup> HENTZ, Luiz Antônio Soares, *Direito comercial atual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 36 in HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Direito de empresa no Código Civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p.35 [...] Fica certo, assim, que o conceito de empresa não seria jamais um conceito de direito positivo.

“Toda a ordem econômica está voltada a um liberalismo-social ou socialismo liberal, que, no dizer de Miguel Reale e Oscar Corrêa compõem a terceira via da economia moderna”.<sup>20</sup> Ambos os autores mostram que a economia de mercado, perfilada pelo constituinte de 1988, está temperada por valores sociais, a ponto de os dois fundamentos maiores do Artigo 170 referirem-se, de um lado, à valorização do trabalho humano e, de outro, à livre iniciativa.

Esta última só é possível em face da livre concorrência (Art. 170, inciso IV) e está balizada por dois mecanismos de desvios, qual seja, na ponta da produção e circulação de mercadorias e serviços, pelo controle do abuso do poder econômico (Art. 173, §4º da C.F.), e na ponta do consumo, à proteção ao direito do consumidor (5º, inciso XXXII e 170, inciso V)<sup>20</sup>.

A liberdade de iniciativa “é certamente o princípio básico do liberalismo econômico. Surgiu como um aspecto da luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaiam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo”<sup>22</sup>.

Assim,

[...] a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo”.<sup>23</sup>

É legítima, enquanto exercida no interesse na justiça social.<sup>24</sup> Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí porque a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos

---

<sup>20</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Scientia Jûris*. Revista do programa de Mestrado em Direito Negocial DA uel. Londrina:UEL, v. 7-8, p. 43, 2004.

<sup>21</sup> REALE, Miguel. *O Estado Democrático e o Conflito de Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1988 e CORRÊA, Oscar. *O Sistema Político-Econômico do Futuro: O Societarismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. *Apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Scientia Jûris*. Revista do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL.Londrina, v. 7/8, p. 43, 2004.

<sup>22</sup> Vittorio Ottaviano, “Il governo dell’economia: i principi giuridici”, *Apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed. revis. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 725-727.

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed., revis. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 725 -727.

<sup>24</sup> Com razão, pois Modesto Carvalhosa, quando a concebe como liberdade fundamental relativa e, assim, como instrumento da justiça social e do desenvolvimento nacional (cf. *op. cit.*, p. 114 e 115); cf. também, para uma discussão mais ampla do tema, Paolo Cavaleri, *Iniziativa econômica privata e costituzione “vivente”*. Padova: CEDAM, 1978; Paolo de Carli, *Costituzione e attività econômica*, Padova: CEDAM, 1978 *Apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed., revis. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 725 -727.

condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”<sup>25</sup>.

A Constituição Federal garante à empresa a livre iniciativa, temperada pelos limites, da ordem constitucional. Assim, a livre iniciativa é significante de estar livre para entrar no mercado e, exercer livremente suas atividades, respeitados os limites funcionais.

A livre iniciativa, contudo, segue criticada por aqueles que vêem a retomada do neoliberalismo capitalista e por via de consequência, o individualismo. Ainda que os comandos constitucionais indiquem limitações, como as apontadas, cabe o registro de descrédito em relação ao Estado, que não consegue “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor. (Art. 170, IV e V).

Como limites constitucionais dois se destacam, expressos pelos comandos normativos do controle do abuso do poder econômico (Art. 173, §4º da C.F.), somados à proteção ao direito do consumidor (Art. 173, §5º, inciso XXXII e 170, V).

A Constituição estatui que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (Art. 173 § 4º).

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso<sup>26</sup>.

Na seqüência, os valores sociais, como contemplados pelo texto constitucional, impõem à empresa a socialização de suas atividades.

De acordo com Fachin: “Quando a Constituição prevê que na ordem econômica, um dos princípios básicos é a função social, o legislador constituinte funcionaliza a ordem econômica. E quem funcionaliza, limita, porque lhe dá uma direção”<sup>27</sup>.

### 3.3. Função Social da Empresa

A exemplo da função social do contrato (art. 421 do Código Civil), a liberdade da empresa no exercício de suas atividades está condicionada, ainda,

---

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 725- 727.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 725-727.

<sup>27</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 208-209.

pelos limites da função social, expressando, paradoxalmente, para o setor empresarial, possibilidade de novas ações, exigidas pelo mesmo mercado, acostumado ao melhor lucro pelo menor custo.

O direito de empresa, em face do reconhecimento das mazelas da globalização e do neoliberalismo, recebe os cânones constitucionais referidos, como meio assecuratório e possibilidades de frear as atividades nefastas de um mercado excessivamente capitalista.

Para fins deste estudo, passam a ser indicados princípios específicos norteadores da função social da empresa, como segue.

### **3.3.1. Princípio da Dignidade Empresarial**

A dignidade empresarial se expressa através do exercício da atividade econômica de forma equilibrada, sem abusos, cumprindo com as funções econômica e social, de forma adequada aos preceitos constitucionais, delimitados pelo abuso do poder econômico, a concorrência e a proteção ao direito do consumidor. A ética empresarial, também é observada, quando a empresa inclui na relação custo x benefício, a dimensão do benefício social.

### **3.3.2. Princípio da Moralidade Empresarial**

Por este princípio, são indicadas como funções sociais e também éticas da empresa zelar pelo nome da empresa, zelar pela qualidade de seus produtos, serviços e atendimentos, exercer suas atividades formalmente, evitando a informalidade, que é sonegadora, atender as necessidades do consumidor de forma adequada, prestando todas as informações devidas.

### **3.3.3. Princípio da Boa-fé Empresarial**

No que se refere ao universo negocial, a boa-fé empresarial destaca-se como terceiro princípio a ser observado no ambiente da eticidade empresarial. Fala-se aqui, evidentemente, da boa-fé objetiva, significando

[...] uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando os seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom

fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.<sup>28</sup>

Assim sendo, cabe à empresa contratar de forma justa e equilibrada, objetivando a preservação e execução do contrato, visando ao alcance da justiça contratual. A empresa deve, ainda, zelar pela realização das funções sociais do contrato e da propriedade empresarial. Por derradeiro, é dever da empresa assegurar a produção dos efeitos de seus negócios jurídicos.

A função social da empresa reúne verdadeiros princípios éticos, que devem integrar o rol dos demais princípios norteadores de uma hermenêutica crítica possibilitadora da compreensão das complexas relações empresariais contemporâneas.

A adoção de um modelo social empresarial desponta como decorrência da busca do equilíbrio do livre mercado, somado aos interesses sociais. A sociedade de consumo atual, o novo contorno das atividades empresariais fazem despertar na empresa moderna a necessidade de reflexão acerca de suas ações e funções, em um mundo globalizado, onde diferenciais passam a ser imperiosos como forma de estar no mercado.

A função social da empresa surge mesclada com ações sociais, inspiradas em direitos nobres, como a tutela do meio ambiente, melhoria do ambiente e relações de trabalho, projetos e complementares de auxílio à família do trabalhador.

A função social da empresa delimitada pela ordem econômica constitucional e de acordo com o pensamento funcionalista passa a ser definida na perspectiva da busca de equilíbrio entre os interesses da empresa e os interesses da sociedade de consumo.

Dessa forma, e por esta linha de raciocínio são ainda, funções sociais da empresa, o desenvolvimento regular de suas atividades empresariais com a observância dos mandamentos constitucionais. As atividades empresariais devem atender os interesses não só individuais, como os interesses de todos os envolvidos na rede de produção e circulação de riquezas, vale dizer, interesses sociais.

Outro ponto de expressiva dimensão social está na eleição de políticas econômicas, sociais e éticas, indicativas de preços justos e concorrência leal. Estão contemplados, nesse particular, a qualidade do produto, do serviço e do atendimento. A geração de empregos e manutenção regular do recolhimento de tributos são funções sociais de expressivo valor. Por fim, deve a empresa agir de acordo com os usos e costumes sociais.

---

<sup>28</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 181-182.

A função social da empresa conduz à **responsabilidade social**, levando o novo sujeito de direito para além dos interesses individuais.

O número de empresas que adotam um comportamento socialmente responsável é cada vez maior, pela própria exigência do mercado, o que implica um esforço adaptativo sem o qual dificilmente sobreviverão no mundo atual. O conceito de moralidade do mercado exprime a moralidade que a maioria das empresas se esforça por praticar, levando a que outras empresas assumam práticas semelhantes, adotando aquelas que são necessárias para a sua sobrevivência económica. Este tipo de comportamentos morais é entendido, assim, como uma vantagem competitiva das empresas, o que contribui para que estas se tornem empresas de sucesso”<sup>29</sup>.

O direito projetado evolui em direção à responsabilização social da empresa. Tramita, no Senado, projeto de lei prevendo a alteração do artigo 165 da Constituição Federal, instituindo a Carta de Responsabilidade Económico-social. Paralelamente, tramita no Congresso Nacional projeto de lei que cria a obrigatoriedade da apresentação do balanço social das empresas. O direito projetado recepciona as diretivas do direito estrangeiro, notadamente o direito europeu, que regulou, anteriormente, a matéria que se refere à responsabilidade social da empresa.

### 3.4. Função Ética da Empresa

A prática das atividades empresariais dirigidas para o equilíbrio dos mercados livres, na persecução da realização da função económica, delimitada pela função social, descortina outra função da empresa, agora em sua face ética<sup>30</sup>.

A globalização imposta pela liberalização do comércio e circulação da informação implica a liberdade individual, o que nos conduz a uma liberdade económica. Este é um objetivo amplamente atingido nas economias de mercado livre, verificando-se aí um nível de bem-estar geral mais elevado e menor quantidade da população a viver em condições económicas precárias. Nesse contexto,

---

<sup>29</sup> NUNES Cristina Brandão. *A Ética Empresarial e os Fundos Socialmente Responsáveis*. Lisboa: Vida Económica, 2004, p. 114.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 113. O interesse pela ética empresarial surgiu nos Estados Unidos da América, no final da década de setenta, tendo-se convertido numa área científica autónoma, como consequência da crise dos anos oitenta, que colocou muitas empresas em condições de competitividade difícil, numa economia cada vez mais aberta. De fato, o rápido crescimento dos grandes grupos privados, a formação de uma elite de gestores cada vez mais especializada, que se encontrou perante dificuldades inesperadas e formas desproporcionadas de poder, despertou a atenção do mundo empresarial para preocupações de natureza ética.



parece-nos ser difícil às empresas, pelo menos a longo prazo, conseguirem manter negócios onde a mentira, o roubo, o suborno e outro tipo de ações imorais estão presentes, sendo, pelo contrário, imperativa a existência e implementação de uma ética universal para que as relações comerciais, no nível global, perante condições de liberdade econômica e concorrência, possam ser coroadas de sucesso. Podemos, então, dizer que a medida da ética no mundo dos negócios é a concorrência, pois os sistemas que se apresentam mais concorrenciais são os que demonstram menores desvios em relação aos comportamentos que são considerados “mais éticos”.<sup>31</sup>

Rawls<sup>32</sup>, ao propor uma teoria de natureza contratual (contrato social), defende dois princípios básicos, essenciais: princípio de igual liberdade, onde cada pessoa é livre para fazer o que entender, desde que não infrinja ou interfira com a liberdade dos outros; e o princípio da diferença, quando as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de modo razoável com vantagem para todos, em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades.

No que respeita a direitos sociais, econômicos e políticos, o primeiro princípio da justiça de Rawls afirma o direito de igual liberdade. O segundo justifica o direito a uma “porção justa”. Para qualquer vantagem que outros recebam, o menos afortunado teria o direito não a uma igual porção, mas à sua porção justa<sup>33</sup>.

A empresa ética sabe ser livre – vale dizer – tem sabedoria para estar no mercado, pautando suas ações pela concorrência legal, isto é, ética.

A ética na empresa passa a ser indicadora da porção justa, como preconizada por Rawls.

A nossa tradição política tem como base os direitos naturais universais que proclamam a vida, a liberdade e a propriedade, entre outros, e os que surgem como consequência da necessidade de restringir o poder e a supremacia do Estado. Os direitos são, assim, entendidos pelas pessoas como uma possibilidade, ao seu alcance, de não só reivindicar determinados bens sociais, mas, também, de obter respeito e status social<sup>34</sup>.

A despersonalização da pessoa jurídica, em caso de abuso pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, prevista pelo artigo 50<sup>35</sup> do Código Civil, retrata o alcance de compreensão ética da nova feição empresarial.

<sup>31</sup> NUNES Cristina Brandão. *A Ética Empresarial e os Fundos Socialmente Responsáveis*. Portugal: Vida Económica, 2004, p. 19-20.

<sup>32</sup> RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. Lisboa: Editorial Presença, 2004, p. 239.

<sup>33</sup> NUNES Cristina Brandão. *Op Cit*, p. 57.

<sup>34</sup> Idem, *ibidem*, p. 58.

<sup>35</sup> CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Art. 50 – Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos e certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.



A população em geral está também mais sensibilizada e atenta aos problemas éticos e, desse modo, uma empresa que não adote um comportamento eticamente correto terá mais dificuldade em impor os seus produtos e serviços no mercado global<sup>36</sup>.

#### 4. Conclusões

A funcionalização é inerente ao próprio direito. A função social é meio de efetivação dos objetivos do Estado Social. Pode-se afirmar que não há direito que não vise ao alcance de fins sociais.

A Constituição Federal funcionaliza institutos clássicos do direito privado. A intervenção na ordem econômica delimita a autonomia privada, assegurando a livre iniciativa. A globalização de mercados exige o repensar da teoria da empresa contemporânea.

A complexidade das atividades empresariais extrapola as molduras normativas do direito, fazendo emergir quantidade considerável de novas situações negociais, presentes nos mercados globais.

O desafio do Estado Social Democrático de Direito está, nessa perspectiva, em efetivar a ordem econômica respeitando suas funções. A funcionalização dos institutos jurídicos vem representando a superação do dogmatismo tradicional, cambiada por uma hermenêutica crítica, investigadora de uma ordem jurídica e social adequada às necessidades e valores da sociedade contemporânea.

A empresa contemporânea ressurge, mais humanizada e voltada em suas funções, não só para o interesse econômico, mas também, buscando atender aos interesses sociais e éticos.

O exercício das atividades empresariais tem como diretriz máxima os princípios constitucionais, informadores da ordem econômica. A livre iniciativa é significante de estar livre para entrar e permanecer no mercado, exercendo livremente suas atividades, respeitados os limites funcionais. Os maiores limites constitucionais à livre iniciativa decorrem do controle do abuso de poder econômico, da proteção ao direito do consumidor e da função social.

São princípios específicos, norteadores da função social da empresa, são: princípio da dignidade empresarial, princípio da moralidade empresarial e princípio da boa-fé empresarial.

A função social da empresa, delimitada pela ordem econômica constitucional e de acordo com o pensamento funcionalista, passa a ser definida na perspectiva da busca de equilíbrio entre os interesses da empresa e os interesses da sociedade de consumo.

---

<sup>36</sup> NUNES, Cristina Brandão. *Op Cit*, p. 114.

São ainda funções sociais da empresa: o desenvolvimento regular de suas atividades empresariais com a observância dos mandamentos constitucionais; o dever de atender os interesses coletivos de todos os envolvidos na rede de produção e circulação de riquezas; eleição de políticas econômicas, sociais e éticas, indicativos de concorrência leal e de preços justos; geração de empregos; manutenção regular do recolhimento de tributos e, por fim, agir de acordo com os usos e costumes sociais.

A função social da empresa conduz à responsabilidade social. O direito projetado prevê a alteração do artigo 165 da Constituição Federal, instituindo a Carta de Responsabilidade Econômico-social e a obrigatoriedade do balanço social da empresa.

Na esteira da função social da empresa, desponta a função ética da empresa, determinada pelas regras do próprio mercado. Uma empresa que não adote comportamento ético compatível tem dificuldades de se impor nos mercados locais e globais.

As funções social e ética da empresa são diferenciais capazes de indicar ao empresário como agir corretamente, maximizando o efeito das ações positivas, assegurando a empresa permanecer no mercado de maneira mais humanizada, menos patrimonializada e de forma equilibrada.

## REFERÊNCIAS

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

CORRÊA, Oscar. *O Sistema Político-Econômico do Futuro: O Societarismo*. Rio de Janeiro:Forense, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução do código civil brasileiro interpretada*. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988.

FIUZA, César. *Contratos de Adesão*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GODOY, Arnaldo S. M. *Globalização, Neoliberalismo e o Direito no Brasil*. Londrina: Humanidades, 2004.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Direito de empresa no Código Civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a lei n. 10.406, de 10.01.2002*, 2. ed., São

Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

JURIS POIESIS. *Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Edição temática: Biodireito. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, ano 7, n. 1, 2004.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*. Bauru: EDIPRO, 2001

MALFATTI, Alexandre. Liberdade Contratual. In: LOTUFO, Renan (coord.) *Cadernos de Autonomia Privada*, v. 2, p. 16.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Scientia Júrís*. Revista do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Londrina: UEL, v. 7-8, p. 43, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 181-182.

NEGRÃO, Teutônio. *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: *lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002* – estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagant. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES Cristina Brandão. *A Ética Empresarial e os Fundos Socialmente Responsáveis*. Portugal: Vida Económica, 2004.

OTERO, Paulo. *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

PASSOS, J. J. Calmom de. *Função Social do Processo*. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revista/revista4/09.htm> .

REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*, 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Estado Democrático e o Conflito de Ideologias*. São Paulo:Saraiva, 1988.

SADER, Emir (org.) *Pós-Neoliberalismo, as políticas sociais e o estado democrático*, In GODOY, Arnaldo S. M. *Globalização, Neoliberalismo e o Direito no Brasil*. Londrina: Humanidades, 2004.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função Social do Contrato: Lesão e Imprevisão no CC/2002 e no CDC*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

SCIENTIA IURIS. Revista do programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Londrina: Editora da UEL, v. 7-8, p. 43, 2004.

SGARBI, Adrian *et al.* *Soberania: Antigos e Novos Paradigmas*. Coord. Sidney Guerra e Roberto Luiz Silva. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. revis. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 725-727.

SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

# EFEITOS SÓCIO-ECONÔMICOS DOS TRIBUTOS E SUA UTILIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS

## SOCIAL AND ECONOMIC IMPACT OF TAXES AND THEIR USE AS A GOVERNMENT POLITICAL INSTRUMENT

Thiago Degelo VINHA<sup>1</sup>  
Maria de Fátima RIBEIRO<sup>2</sup>

### RESUMO

Para o estudo sobre os efeitos sociais e econômicos dos tributos, é necessária a análise da política tributária à luz dos princípios constitucionais. Referidos princípios traçam os principais fundamentos do Estado brasileiro, assim como estipulam quais deverão ser as principais metas a serem alcançadas por esse Estado. Serão enaltecidos, neste contexto os reflexos sociais da tributação. A abordagem sobre a política tributária será seguida pela discussão em torno do desenvolvimento econômico e justiça fiscal. Posteriormente, far-se-á o estudo das atividades econômicas do Estado, suas formas de intervenção na economia e em quais situações essas intervenções são necessárias, sob a ótica capitalista em que está inserido o Estado brasileiro, ganhando contornos sociais, como forma de se buscar a justiça social. Analisar-se-ão, ainda, os aspectos sociais que o Estado está obrigado a fornecer à sociedade, com as repercussões dos tributos, considerando a tributação como instrumento para o desenvolvimento econômico e social. Com a socialização dos tributos, através da aplicação de políticas públicas adequadas aos orçamentos dos entes federados, demonstrar-se-á a importância fundamental deste estudo, tendo como direcionamento a repercussão da carga tributária sobre o contribuinte e toda a sociedade, com vistas ao desenvolvimento econômico e social.

**Palavras-chave:** Tributo, justiça fiscal, políticas públicas.

---

<sup>1</sup> Mestrando do Curso de Mestrado em Direito e Empreendimentos Econômicos da UNIMAR – Universidade de Marília – SP. Advogado. Bacharel em Direito pela UEL. Especialista em Direito Empresarial (Tributário). Professor da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos-SP. E-mail: thiagovinha@tdkom.com.br

<sup>2</sup> Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP. Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito da UNIMAR – Marília – SP. E-mail: mfat@ldnet.com.br

## SUMMARY

To study the social and economic impacts of taxes, an analysis of the taxing policy in reference to the constitutional principles is needed. Such principles outline the primary basis of the Brazilian State also stipulating what the main objectives should be achieved by the State. In this context, the social reflexes of taxing will be praised. This approach on the taxing policy will be followed by a discussion about economic development and fiscal justice. Later on, a study of the State economic activities, its ways of intervention in the economy and the circumstances under which such interventions are necessary will be made, from the capitalist angle in which the Brazilian state is inserted, using a social approach as a way of seeking social justice. The social aspects, which the state is obliged to supply to society will also be analyzed, with the repercussion of taxes considering taxing as an instrument for social and economic development. With the socialization of taxes through the application of adequate public policies to the budgets of federated units, the fundamental importance of this study will be demonstrated, addressing the repercussion of the tax load on the taxpayer and on society as a whole, targeting the social and economic development.

**Key words:** Tax, fiscal justice, public policies.

### 1. Introdução

Para o estudo sobre os efeitos sociais e econômicos dos tributos, é necessária a análise da política tributária à luz dos princípios constitucionais. Referidos princípios traçam os principais fundamentos do Estado brasileiro, assim como estipulam quais deverão ser as principais metas a serem alcançadas por esse Estado. Serão enaltecidos, neste contexto, os reflexos sociais da tributação.

A abordagem sobre a política tributária será seguida pela discussão em torno do desenvolvimento econômico e justiça fiscal.

Posteriormente, far-se-á o estudo das atividades econômicas do Estado, suas formas de intervenção na economia e em quais situações essas intervenções são necessárias, sob a ótica capitalista em que está inserido o Estado brasileiro, ganhando contornos sociais, como forma de se buscar a justiça social. Analisar-se-ão ainda, os aspectos sociais que o Estado está obrigado a fornecer à sociedade, com as repercussões dos tributos, considerando a tributação como instrumento para o desenvolvimento econômico e social.

Com a socialização dos tributos, através da aplicação de políticas públicas adequadas aos orçamentos dos entes federados, demonstrar-se-á a importância fundamental deste estudo, tendo como direcionamento a repercussão da carga

tributária sobre o contribuinte e toda a sociedade, com vistas ao desenvolvimento econômico e social.

## 2. Política Tributária e a Função Social do Tributo

É preciso, inicialmente, determinar o conceito de política tributária, justificando-se a denominação escolhida. A política econômica que compreende toda a atividade produtiva cedeu lugar à política financeira, que se ocupa do direito público e esta, por sua vez, já deu origem à política tributária, que passou a se ocupar exclusivamente das atividades estatais relativas aos tributos.<sup>3</sup> O professor Alfredo Augusto Becker ensina que a política fiscal discrimina diferentes espécies econômicas de renda e de capital para sofrerem diferentes incidências econômicas de tributação, no intuito de alcançar seus objetivos econômicos-sociais.<sup>4</sup>

A relação entre o Estado e o contribuinte foi caracterizada durante muito tempo como relação de poder e de coerção.

Com o constitucionalismo assegurado em meados do século XVIII, tem-se registro de delimitações das funções do Estado. As Constituições passaram a conter dispositivos que asseguravam os direitos fundamentais, evitando o abuso do Estado nas relações jurídicas tributárias.

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

Gustavo Miguez de Mello<sup>5</sup> assevera que a política tributária deve ser analisada pelos seus fins, pela sua causa última, pela sua essência. Na medida em que o poder impositivo deve questionar: por que tributar? o que tributar? qual o grau de tributação? atendendo as perspectivas e finalidades do Estado, estar-se-á executando política tributária.

---

<sup>3</sup> RODRIGUES, Rafael Moreno. *Intributabilidade dos Gêneros Alimentícios Básicos*. São Paulo: Resenha Tributária, 1981, p. 7.

<sup>4</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 458. Nesta mesma trilha merece destaque os escritos de Aliomar Baleeiro quando destaca que são duas as acepções de política fiscal: a primeira como sendo um conjunto de medidas financeiras, empregado pelo Governo para comando da conjuntura econômica e a segunda como sendo o estudo quer axiológico quer técnico dessas medidas à luz da teoria econômica e financeira. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 42.

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

Deve ser ressaltado que a política tributária, embora consista em instrumento de arrecadação tributária, necessariamente não precisa resultar em imposição. O governo pode fazer política tributária utilizando-se de mecanismos fiscais, através de incentivos fiscais, de isenções entre outros mecanismos que devem ser considerados com o objetivo de conter o aumento ou estabilidade da arrecadação de tributos.

Assim, a política tributária poderá ter caráter fiscal e extrafiscal. Entende-se como política fiscal a atividade de tributação desenvolvida com a finalidade de arrecadar, ou seja, transferir o dinheiro do setor privado para os cofres públicos. O Estado quer apenas obter recursos financeiros.

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

Misabel Derzi ensina que não é fácil distinguir as finalidades fiscais e extrafiscais da tributação. Seus limites são imprecisos. Assim, entende que a extrafiscalidade somente deverá ser reconhecida para justificar carga fiscal muito elevada, quando se ajustar ao planejamento, definido em lei, fixadora das metas de política econômica e social.<sup>6</sup>

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

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

Em 1982, o prof. José Carlos Graça Wagner escreveu que o clamor da sociedade tanto quanto à excessiva presença do Estado na Economia e o conseqüente nível da carga tributária, como quanto à indagação de qual deve ser o segmento da sociedade que deve pagar a maior parte dos tributos, leva à discussão da própria filosofia do sistema tributário.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> DERZI, Mizabel. Família e Tributação. A vedação constitucional de se utilizar o tributo com efeito de confisco. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 32, p. 153, 1989.

<sup>7</sup> WAGNER, José Carlos Graça. *Tributação social do trabalho e do capital*. São Paulo: Resenha Tributária, 1982, p. 5-6.



É no campo tributário que as implicações atingem toda a sociedade e definem a estrutura econômica da nação. A política tributária é o ponto crucial de definição da estrutura da sociedade. Por isso, deve-se examinar o fenômeno da tributação em harmonia com a dimensão social do homem, sem a qual ele não se realiza integralmente, considerando as dimensões individual e familiar.

Assim, devem ser pesquisados os próprios fundamentos da tributação, para que ela atenda, já na sua origem, as razões de justiça em relação à oneração do tributo.

De igual modo, o Estado poderá atender suas finalidades através da distribuição de riqueza, satisfação das necessidades sociais, de políticas de investimentos, entre outras, que podem ser alcançadas por meio de uma política tributária e não necessariamente pela imposição tributária. Por isso, é necessário repensar o papel do Estado, na função arrecadatória e na prestação de serviços aos jurisdicionados.

Ao dispor sobre o interesse social e o interesse individual quanto à essência do fenômeno da tributação, escreveu Graça Wagner que não há antagonismo, senão aparente, isto porque o antagonismo surge nos desequilíbrios, tanto quando se estabelecem a favor dos indivíduos como a favor do Estado. A dificuldade de se estabelecer a justa medida, e as razões particularistas, tanto dos indivíduos como do Estado e de seus manipuladores, é que estão na raiz dos conflitos tributários e dos descompassos na justa distribuição dos encargos sobre os diversos segmentos da sociedade.<sup>8</sup>

Daí questionar: no que consiste a tributação social? Não se trata apenas em atender as necessidades mais elementares da população, é mais do que isso. A tributação deve respeitar a dimensão individual e familiar, considerando a capacidade contributiva do contribuinte.

Sempre que a tributação impedir ou dificultar a realização do essencial em relação à sociedade ou parte dela e até mesmo a uma pessoa, será desmedida e poderá ter caráter confiscatório. Será desmedida também a tributação, se os governos pretenderem arrecadar tributos, ultrapassando a soma necessária de dinheiro para o atendimento das necessidades sociais. Tal tributação provoca a transferência de valores dos contribuintes para o fisco, sem finalidade social. Enfim, é tributação social aquela que respeita o que é inerente à sociedade, no contexto social dos ditames constitucionais.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Idem, p. 19.

<sup>9</sup> WAGNER, José Carlos Graça. *Penalidades e Acréscimos na Legislação Tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1979, p. 310. Escreve o autor: “A tributação social se atende ao que cumpre ao Estado, por força de sua própria razão de ser, não podendo este, sob a alegação de ser o anseio da sociedade, transcender ao seu fim natural, para ingressar na esfera das demais dimensões humanas. A própria lei tem um limite, que transcende. Esse limite é a natureza humana”.

Por isso, referida tributação deve privilegiar as necessidades essenciais da população, destacando-se a alimentação, saúde, vestuário, moradia, educação, acesso ao trabalho, livre iniciativa, livre concorrência entre outros pontos. Na prática, tais posições devem ser efetivadas através de leis isentivas ou com tributações simbólicas. Pelo intervencionismo político-social, introduz-se na tributação o fim político-social. O tributo deve ter uma função social, tendendo a uma distribuição do patrimônio e das rendas.

Nesse diapasão, tem-se que o Poder tributante, ao elaborar sua política tributária, deve levar em conta se o sistema tributário é justo, ou seja, se ele trata, de maneira igual, todos os contribuintes que se encontram em situação idêntica, e também se está adequado à distribuição de rendas e ao desenvolvimento econômico. E mais, se favorece a política de estabilização da economia, o combate do desemprego, a inflação, entre outros aspectos.

O fator econômico é preponderante para a adequada política tributária, não podendo o Estado interferir através da tributação, com medidas que provoquem instabilidade na economia. A estabilidade econômica é mantida quando o Estado controla a inflação, a política de juros, possibilita a capacidade produtiva da sociedade, controla o orçamento e os gastos públicos, garantindo a propriedade, propiciando a livre iniciativa e a livre concorrência. A política tributária deverá se adequar ao ordenamento jurídico vigente, sob pena de tornar-se ineficaz e nula.

No tocante à reforma constitucional tributária que tramita no Congresso Nacional, pode-se questionar: em que medida a reforma tributária contempla questões sociais? Referida reforma deverá promover prioritariamente, a função social do tributo, redistribuindo riquezas, promovendo a justiça social. Ao comentar sobre a proposta de emenda constitucional de reforma tributária desejável, ressalta Germana Moraes, como sendo a que, além de guardar respeito à Constituição Federal, represente os anseios da sociedade brasileira, perseguindo os seguintes objetivos: a) promoção da justiça tributária, valendo-se da função social do tributo, que se presta a redistribuir a renda e diminuir as desigualdades sociais e regionais; b) desoneração da carga tributária, sobretudo das incidências sobre a produção e a atividade econômica; c) simplificação e busca da eficiência do sistema tributário; d) preservação do pacto federativo; e) salvaguarda do estatuto do contribuinte, com respeito aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Em síntese, a proposta de reforma constitucional desejável é aquela formatadora de um Sistema Tributário Nacional justo e eficiente.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> MORAES, Germana de Oliveira. Palestra ministrada no Seminário sobre “Reforma Tributária”, promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em março de 2003, Fortaleza – CE, mimeo.

Nessa esteira merece registro o Projeto do Código de Defesa do Contribuinte<sup>11</sup> que tramita no Congresso Nacional, o qual dispõe sobre a igualdade de condições para o contribuinte e para o fisco, através da implementação de dispositivos que contemplam a justiça fiscal.

Além da fundamental importância dos ditames das políticas tributária e social, deve ser destacado que o sistema tributário justo é aquele que contempla a sua implementação com base nos princípios constitucionais tributários, norteadores da conduta pública, estudo este que será abordado a seguir.

### 3. Dos Princípios Constitucionais Tributários: Reflexos Sociais da Tributação

O que se pode extrair de todos os estudos realizados em torno do significado dos princípios está necessariamente relacionado com a idéia de origem, de início de um estudo ou de alguma coisa. Para a ciência do direito, o estudo dos princípios guarda especial importância, na medida em que figuram em todos os micro-sistemas jurídicos (direito civil, penal, tributário entre outros).

Entretanto, conceituar princípio não é tarefa fácil para o intérprete. A doutrina nacional<sup>12</sup> e comparada<sup>13</sup> tem realizado grandes esforços para a conceituação do tema, das quais se pode extrair duas premissas: princípios são dotados de grande abstração e são a origem, os alicerces de todo o ordenamento jurídico em que se encontram.

Nas lições do professor Celso Antonio Bandeira de Mello, princípio é

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce deste, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> - Projeto de Lei Complementar nº 646/99 de autoria do Senador Jorge Bornhausen de Santa Catarina.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999; CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 520; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1998*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>13</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747-748.

Por serem os alicerces do ordenamento, os princípios se encontram no topo da estrutura normativa, sendo encontrados, em sua maioria, na Carta Constitucional. Dessa forma, muitos princípios foram elevados à categoria de normas constitucionais, o que não quer dizer que um princípio será, necessariamente, uma norma. As normas jurídicas são proposições lógico-jurídicas que, segundo um modelo deôntico, prescrevem uma permissão, uma obrigação ou uma proibição. Por conseguinte, pertencem ao mundo do dever-ser, enquanto que os fatos praticados pelos indivíduos pertencem ao mundo do ser.

Por fazerem parte do mundo do dever-ser, as normas jurídicas prescrevem condutas que regulam as atividades do mundo do ser e, caso não sejam cumpridas, ensejarão uma punição ao agente que praticou esse descumprimento, que é chamada de sanção. Com a positivação de uma infinidade de princípios no ordenamento, inclusive na própria constituição, os princípios tornaram-se normas, pois deixaram o mundo do ser e passaram para o mundo do dever-ser, prescrevendo condutas a serem observadas pelos indivíduos. Entretanto, nem todos os princípios podem ser considerados como normas, pois muitos deles ainda apresentam apenas um cunho valorativo, não adentrando no mundo do dever-ser. Fazem parte do estudo da ciência do direito, como informadores, como vigas-mestras de uma infinidade de normas (regras), mas desproõem de uma força normativa.

Pois,

[...] se os princípios têm suas propriedades, diferenciando-se por sua natureza (qualitativamente) dos demais preceitos jurídicos, a distinção está em que, constituem eles, expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio)<sup>15</sup>.

Por conseguinte, pode-se afirmar que todos os princípios são expressões de valores de uma determinada sociedade, mas nem todos podem ser considerados como normas. Quando um determinado princípio é positivado, passando para o mundo do dever-ser, este adquire a veste de uma norma e pode ser diferenciado das demais através da classificação trazida por Robert Alexy<sup>16</sup>, segundo a qual uma norma é formada por princípios e regras. Sem embargo, somente quando positivado é que um princípio poderá ser considerado como norma e diferirá de uma regra em razão do seu grau valorativo, uma vez que os princípios positivam

---

<sup>15</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 16.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*

valores<sup>17</sup> que irão ser a *ratio*, a essência das regras jurídicas, sendo, portanto, superiores a estas<sup>18</sup>.

Esses princípios positivados estão espalhados por todo o Texto Constitucional, de acordo com o instituto que pretendem regular. Entretanto, para a compreensão do presente tema, faz-se necessário dissertar acerca dos princípios que orientam os aspectos sócio-econômicos dos tributos, como instrumento de uma política governamental.

O desenvolvimento das políticas governamentais é prerrogativa do Poder Executivo e deve necessariamente estar vinculado aos fundamentos e finalidades da República Federativa do Brasil, previstos na Constituição Federal, e que serão objeto de estudo nos tópicos seguintes. Para tanto, é fundamental a busca da justiça social e, por conseguinte, da justiça fiscal, como forma de desenvolvimento dessas políticas, como já exposto anteriormente.

Merecem considerações neste estudo a análise dos princípios constitucionais da igualdade, da capacidade contributiva, vedação do confisco, razoabilidade e da legalidade tributária.

O princípio da igualdade refere-se ao princípio fundamental de todo o sistema tributário e que, necessariamente deverá nortear as políticas governamentais, pois a “[...] estrutura tributária deve guiar-se no sentido da Justiça Fiscal, e os critérios utilizados deverão ter por meta atingir essa Justiça Fiscal. Ela tem de ser justa, de modo a se fazer com que haja uma adequada distribuição do ônus tributário entre os indivíduos”.<sup>19</sup> Essa adequada distribuição do ônus tributário entre todos os indivíduos está atrelada ao conceito de igualdade, uma vez que somente será atingida a justiça fiscal quando os encargos tributários forem divididos entre os indivíduos que compõem uma sociedade, respeitando suas diferenças, na medida em que o “[...] princípio cria uma medida uniforme. O exame de casos iguais com duas ou mais medidas é injusto. O princípio proporciona tratamento isonômico e imparcial de todos que são compreendidos pelo princípio”.<sup>20</sup>

Por conseguinte, para que seja alcançada a justiça fiscal, como forma de proporcionar o desenvolvimento das políticas governamentais de acordo com os ditames constitucionais, faz-se necessário preservar o *princípio da igualdade*. Presente no *caput* do Art. 5º da Constituição, afirma que todos são iguais perante a

---

<sup>17</sup> DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 121.

<sup>19</sup> CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 11.

<sup>20</sup> TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

lei, sem distinção de qualquer natureza, constituindo-se em verdadeira garantia fundamental do cidadão. Em matéria tributária, o princípio da igualdade está reforçado no Art. 150, II da Carta Constitucional, afirmando que é vedado a qualquer ente federado “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente”. Ou seja, o princípio da igualdade não busca uma igualdade tributária pura e simples, colocando todos os contribuintes na mesma condição. O que ele busca é a igualdade entre todos os indivíduos que estejam em iguais condições<sup>21</sup>. Seu “tratamento desigual é interdito para todos os contribuintes que se encontrem em situação equivalente”.<sup>22</sup> Portanto, pode-se afirmar que o princípio da igualdade tributária busca igualar iguais e desigualar desiguais, na medida de suas desigualdades.

Entretanto, para que se alcance a igualdade entre os indivíduos, é necessária a ocorrência de outro princípio, representando pela capacidade contributiva. Corolário do princípio da igualdade<sup>23</sup>, o “[...] princípio da capacidade contributiva está previsto no Art. 145, § 1º, da Constituição Federal. Afirma que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]”. Portanto, o princípio da capacidade contributiva está diretamente relacionado com a capacidade econômica do contribuinte que é representada “pela capacidade que o contribuinte possui de suportar o ônus tributário em razão de seus rendimentos”.<sup>24</sup> Por conseguinte, a capacidade econômica é a aptidão do indivíduo de gerar riqueza, enquanto que a capacidade contributiva é a aptidão do indivíduo de pagar os tributos, na medida de sua capacidade econômica.

Referido princípio configura-se como desdobramento do princípio da igualdade, pois a capacidade contributiva é exatamente o respeito à igualdade, na medida em que determina o valor a ser pago a título de tributo por um determinado número de pessoas que estejam em igualdade de condições e difere seu montante, na medida em que há uma desigualdade entre contribuintes diversos, além de ser expressão da “[...] finalidade (Justiça Fiscal) visada pela Constituição, permeando não só a elaboração, mas, também, a aplicação da lei e das normas constitucionais”.<sup>25</sup> O constituinte relacionou o princípio da capacidade contributiva

---

<sup>21</sup> RIBEIRO, Maria de Fátima. *Considerações sobre o imposto de renda na constituição de 1988*. São Paulo: Resenha Tributária, 1990, p. 26.

<sup>22</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito constitucional interpretado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 160.

<sup>23</sup> Cf. CARAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 77.

<sup>24</sup> CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 34.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, João Marcos Domingues de. *Capacidade contributiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 41.

a apenas uma modalidade de tributo (impostos), definindo quais são os fatos econômicos da esfera do contribuinte que indicam sua capacidade econômica (importar, exportar, ter renda, ser proprietário de imóvel rural ou urbano entre outros), possibilitando a incidência do tributo, em respeito à capacidade contributiva. No entanto, pode-se entender que referido princípio deverá ser aplicado aos tributos de maneira geral, e não apenas aos impostos, como direciona a Constituição Federal.

Para que se preserve a capacidade contributiva e para que esta seja realmente alcançada, faz-se necessário analisar os princípios da vedação do confisco e da progressividade, respectivamente.

O Estado brasileiro está estruturado no sistema capitalista, que conforme se estudará a seguir, está fundado na captação do lucro e na preservação da propriedade privada. Todos os tributos, na medida de sua incidência, deverão preservar os valores constitucionais. A capacidade contributiva prevê a incidência de impostos de formas diferentes, de acordo com a capacidade econômica dos sujeitos passivos, que deverão arcar com os ônus tributários para a manutenção do Estado e para que este desenvolva os seus objetivos. Entretanto, os tributos deverão preservar o patrimônio do indivíduo, sob pena de lhe retirar esse patrimônio, agredindo o seu direito fundamental de propriedade (Art. 5º, XXII, CF), sem uma justa indenização<sup>26</sup>. Essa preservação do patrimônio do cidadão, vedando o caráter expropriatório do tributo é a representação do *princípio da vedação do confisco*, uma vez que preserva o mínimo vital individual e familiar do cidadão.<sup>27</sup> Portanto, “[...] confisco tributário consiste em uma ação do Estado, empreendida pela utilização do tributo, a qual retira a totalidade ou parcela considerável da propriedade do cidadão contribuinte, sem qualquer retribuição econômica ou financeira por tal ato”.<sup>28</sup>

Desta forma, deve ser destacado que o confisco tributário precisa ser analisado sob o aspecto da universalidade de toda carga tributária incidente sobre o contribuinte.<sup>29</sup>

Respeitando-se esse mínimo vital do contribuinte, estar-se-á, necessariamente, cumprindo com os ditames da justiça fiscal, respeitando o princípio da

---

<sup>26</sup> CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 55.

<sup>27</sup> TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68.

<sup>28</sup> CASTILHO, Paulo César Bária de. *Confisco Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

<sup>29</sup> Se a soma dos diversos tributos incidentes representa carga que impeça o pagador de tributos de viver e se desenvolver, estar-se-á diante de uma carga geral confiscatória, razão pela qual, todo o sistema terá de ser revisto, e principalmente, aquele tributo, quer quando criado, ultrapassa o limite da capacidade contributiva do contribuinte. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Defesa do Contribuinte na Constituição Federal. In: *A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro*. São Paulo: IOB, 2002, p. 4.



igualdade e da capacidade contributiva. Entretanto, para que a capacidade contributiva possa operar de forma plena, faz-se necessário observar o *princípio da progressividade*.

O princípio da capacidade contributiva, ao determinar uma forma diferenciada de tributação para diferentes indivíduos e a mesma tributação para aqueles que estejam na mesma situação, estabelece um critério proporcional para a incidência do imposto, na medida em que estabelece alíquotas em forma de percentagem, incidentes sobre as bases de cálculo representadas pelos diferentes fatos jurídicos tributários que demonstram uma capacidade econômica do contribuinte.<sup>30</sup> Em razão dessa diferença de onerosidade entre as capacidades econômicas dos diferentes indivíduos e para que a capacidade contributiva possa realmente desigualar os desiguais, na proporção de suas desigualdades, incide o princípio da progressividade, pois por meio deste, “[...] o percentual do imposto cresce à medida que cresce a capacidade econômica contributiva; haverá, assim, um aumento mais que proporcional do imposto com o aumento da capacidade contributiva”.<sup>31</sup>

O princípio da razoabilidade, por sua vez, é um parâmetro de valorização dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelos valores da justiça social. O tributo deve preencher uma série de requisitos para ser considerado razoável, sendo de fundamental importância a avaliação econômica, política e social elaborada pelos Poderes Públicos, por ocasião da normatização tributária, tais como a escolha do fato gerador, da base de cálculo e da finalidade para a qual o tributo foi instituído, devendo ser buscada sempre a solução que gere menor impacto tributário sobre a base tributante, evitando excessos.

Uma tributação justa e que atende os interesses econômicos e sociais deverá ser pautada no princípio da legalidade tributária, estatuído no inciso I do Artigo 150 da Constituição Federal.

Dessa forma, pode-se afirmar que o atendimento dos princípios constitucionais, supra-mencionados, se revela condição *sine qua non* para que a tributação atue como instrumento de Justiça Social.

---

<sup>30</sup> - Por exemplo, toma-se a incidência de um imposto que incida sobre a renda do contribuinte, à alíquota de 10%. Um sujeito que ganhe, por exemplo, R\$1.000,00, pagará um imposto diferenciado do sujeito que ganhe R\$100.000,00, pois este deverá pagar ao Estado a quantia de R\$10.000,00, enquanto que aquele deverá entregar a quantia de R\$100,00. Verifica-se que, como são sujeitos desiguais, pagaram valores diferenciados. Entretanto, a alíquota foi aplicada na mesma quantidade para ambos os sujeitos, embora seja muito mais penoso o pagamento do imposto para o sujeito que auferir R\$1.000,00 do que para aquele que percebe R\$100.000,00.

<sup>31</sup> CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 55-75.



#### 4. Desenvolvimento Econômico e Justiça Fiscal

A nova ordem econômica mundial destaca-se pela valorização do trabalho em relação ao desenvolvimento econômico.

Desenvolvimento econômico não é apenas crescimento econômico e nem tampouco distribuição de riqueza. Pressupõe a distribuição dessa riqueza em favor do bem-estar social e a participação da sociedade.

Uma política tributária, orientada para o desenvolvimento econômico, justiça social, que não tiver na sua essência o estímulo ao trabalho e à produção, “[...] compensando a redução de encargos pela tributação sobre acréscimos patrimoniais, termina por não provocar desenvolvimento econômico nem justiça social e gera insatisfações de tal ordem que qualquer processo de pleno exercício dos direitos e garantias democráticas fica comprometido”.<sup>32</sup>

De certa forma, para o desenvolvimento econômico nacional, neste contexto de globalização, deve ser salientada a redução dos gastos públicos, com um processo de diminuição da carga tributária, capaz de permitir uma maior disponibilidade de recursos para a poupança, investimento ou consumo.

A justa repartição da carga tributária total, entre os cidadãos, é imperativo ético para o Estado Democrático de Direito. A política fiscal tem de ser política de justiça e não a mera política de interesses. Por isso, tem-se que o legislador fiscal não pode editar leis de qualquer maneira. Deve observar os princípios de justiça. Leis fiscais sem relação alguma com a justiça não fundamentam o Direito Tributário.

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

Nesta linha de raciocínio, deve ser destacado que, para alcançar uma justiça fiscal, os ditames do princípio constitucional da proporcionalidade devem estar aliados ao princípio da progressividade de alíquotas, na maioria dos tributos. Dessa forma, estar-se-á alcançando os objetivos da natureza social do tributo com a efetiva aplicação destes princípios constitucionais, possibilitando que o Estado alcance, com tributação mais elevada, os mais ricos e de forma menos acentuada aqueles que possuem baixo poder aquisitivo ou até mesmo estejam isentos do pagamento de tributos. Vale aí o destaque dos cânones de Adam Smith: justiça, certeza, comodidade e economia dos impostos.

O desenvolvimento econômico está aliado à atuação do Estado. Assim, o Estado poderá atuar através da política fiscal e extrafiscal.

---

<sup>32</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito Econômico e Tributário* – Comentários e pareceres. São Paulo: Resenha Tributária, 1992, p. 6-7.

Merece destaque a política extrafiscal que está aliada ao intervencionismo, conforme já destacado, no presente estudo.

Outro princípio fundamental para a busca da justiça fiscal é o princípio da *função social do tributo*. Fundado no sistema capitalista, o Estado brasileiro tem como direito fundamental a propriedade privada, possibilitando aos indivíduos o acúmulo de recursos necessários para a sua sobrevivência. Entretanto, também dispõe, em seu Art. 5º, XXIII, que a propriedade atenderá a sua função social, como forma de se preservar o princípio da igualdade, presente no *caput* do Art. 5º, Constituição Federal. Por conseguinte, embora se preserve o Estado capitalista, este ganha contornos sociais, no sentido de desenvolver políticas sociais como forma de alcançar seus objetivos sociais (Art. 3º, 193 e seguintes da Constituição Federal). Assim, os tributos também precisam preservar a sua função social, como maneira de alcançar a justiça fiscal, como um dos objetivos do Estado brasileiro.

Somente com a socialização dos tributos, por meio da sua aplicação como instrumento social é que será possível desenvolver uma política social justa e distributiva, nos anseios da nação e como forma de se alcançar as finalidades a que o Estado se prestou a desenvolver através de sua Carta Constitucional, e que devem nortear todo o procedimento dos Órgãos que compõem a República Federativa do Brasil.

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

## **5. Repercussões dos Tributos no contexto da Ordem Econômica e Social**

Conforme já analisado anteriormente, o Estado é um instrumento criado pela sociedade para a busca de determinadas necessidades, as quais constituem o bem-estar social, que seriam impossíveis de serem alcançadas isoladamente. Entretanto, para que essas prerrogativas possam ser atingidas, o Estado necessita de recursos para a sua realização, entre os quais, os tributos são a sua principal fonte de receita.

Durante muito tempo, a tributação foi vista apenas como um instrumento de receita do Estado. Apesar de essa missão ser, por si só, relevante, na medida em que garante os recursos financeiros para que o Poder Público bem

exerça seu mister, a verdade é que, pouco a pouco, descobriu-se outra faceta não menos importante na tributação. Atualmente, com a predominância do modelo do Estado Social, a despeito dos fortes movimentos no sentido do ressurgimento do liberalismo, não se pode abrir mão do uso dos tributos como eficazes instrumentos de política e de atuação estatais, nas mais diversas áreas, sobretudo na social e na econômica. Como se sabe, um dos valores que têm caracterizado o humanismo é a busca da Justiça Social.<sup>33</sup>

O Brasil submeteu-se às exigências do Fundo Monetário Internacional, com poucas perspectivas de melhorar sua arrecadação tributária no tocante à especulação financeira. O resultado em indicadores sociais é uma catástrofe, vez que notadamente faltam recursos para investir nesta área.

As pessoas têm necessidades reais que precisam ser atendidas. Parte dessas necessidades devem ser atendidas diretamente pelo Estado. Esta sociedade, inserida no contexto econômico-social, deve ser relacionada também com o contexto internacional cujos reflexos podem gerar novos desencadeamentos diretos nesta sociedade.

Dentro dessas necessidades sociais, erigiu-se a República Federativa do Brasil com a instituição da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, a qual trouxe, em seu Art. 1º, os principais fundamentos que motivaram a sua criação, destacando-se a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.<sup>34</sup>

Verifica-se que os princípios inseridos nesse dispositivo devem fundamentar toda a produção de normas no ordenamento jurídico, uma vez que os fundamentos de todo o Estado Democrático de Direito, necessariamente, precisam ser respeitados por todas as normas do ordenamento jurídico.

Em conjunto com esses fundamentos, a Carta Constitucional trouxe, em seu art. 3º, os seus principais objetivos, isto é, as suas principais metas e finalidades de sua criação. Traz como finalidades primordiais do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Para tanto, elenca, em seu Capítulo VII, uma série de normas referentes à Ordem Econômica, uma vez que, a economia é um pressuposto fundamental de todo Estado capitalista e exerce uma função essencial para o cumprimento dos objetivos da sociedade brasileira.

---

<sup>33</sup> LEONETTI, Carlos Araújo. *Humanismo e Tributação*. Disponível em: <http://www.idtl.com.br/artigos/68.html>, acesso em 14.08.04.

<sup>34</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

O sistema capitalista sofreu mudanças ao longo de toda a sua história e, no atual Estado Contemporâneo, sofreu mutações em sua forma, uma vez que este não está livre para gerir as relações econômicas, mas sim, regulado por normas emanadas do ente estatal, no intuito de estabelecer limites a essas práticas comerciais. Normas estas compreendidas, inclusive, na própria Carta Constitucional, no Título referente à Ordem Econômica, como bem observa Afonso Insuela Pereira:

[...] o que o mundo moderno nos apresenta, hoje, é o que se denomina de democracia econômica, diversa da tese de abstenção do sistema Liberal, que não punia excessos ou abusos, mas sim um sistema que procura formar nova mentalidade nas elites administrativas, instrumentando-as para que se sobreponham os ideais de um melhor rendimento em favor do homem”.<sup>35</sup>

Na atual conjuntura social-econômica na qual está inserido o Estado brasileiro, não há mais espaço para o capitalismo puro, livre de qualquer influência do Estado e auto-regulador, uma vez que os valores sociais estão cada vez mais presentes no cenário nacional. Foi-se o tempo do liberalismo econômico do século XIX, que abriu espaço para a inserção de novos valores sociais, principalmente após a criação dos Estados Socialistas organizados sob o manto da União Soviética<sup>36</sup>, pois a

[...] saturação inerente ao próprio sistema capitalista liberal tendendo para a destruição por autofagia, ensinou que, na guarda da própria sobrevivência, os Estados modernos abraçassem determinados princípios de socialização econômica há bem poucos como demolidores ou, quando menos, ousados. É o suficiente para que se vislumbre o advento da democracia social no mundo contemporâneo”.<sup>37</sup>

Nessa nova era do capitalismo, a intervenção do Estado nas atividades econômicas faz-se fundamental para o respeito aos seus fundamentos e essencial para o cumprimento de seus objetivos, uma vez que esses valores, elevados à veste de princípio constitucional, orientam toda a produção normativa do Estado, na medida em que representam os anseios de toda a sociedade, uma vez que a

---

<sup>35</sup> PEREIRA, Afonso Insuela. *O direito econômico na ordem jurídica*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 200.

<sup>36</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 107-112.

<sup>37</sup> SIDOU, J. M. Othon. *A natureza social do tributo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 43.

[...] Constituição é o documento no qual são afirmados, através de princípios jurídicos, os valores fundantes e os objetivos e aspirações de uma sociedade. Os princípios jurídicos representam a afirmação e o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais e o exposto desejo de transformação da realidade, mediante a fixação, em sede constitucional, dos fins que devem ser buscados pelo próprio Estado e por toda a sociedade”.<sup>38</sup>

Por sua vez, a ordem econômica, prevista no Capítulo VII do Texto Constitucional, nada mais é do que instrumento de realização desses princípios, estabelecendo normas que irão versar sobre as práticas comerciais, buscando seu fundamento de validade nos princípios inseridos no art. 1º do texto constitucional, em especial nos princípios da valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e procurando alcançar os objetivos previstos no Art. 3º, CF, com ênfase na existência digna e na busca da justiça social.<sup>39</sup>

O Art. 170 ainda traz uma série de princípios referentes à Ordem Econômica, mas que, na verdade, são instrumentos de persecução dos objetivos e de cumprimento dos fundamentos do Estado brasileiro, como bem observa João Bosco Leopoldino da Fonseca: “[...] para que os fundamentos sejam concretizados e para que os fins sejam alcançados, se faz necessário adotar alguns princípios norteadores da atividade da ação do Estado”.<sup>40</sup> Desse modo, os princípios norteadores da Ordem Econômica determinam quais deverão ser as condutas dos particulares em suas práticas comerciais, sempre no intuito de se preservar os valores inseridos no Texto Constitucional e que representam os anseios de toda a sociedade.

Dentre as modalidades de intervenção do Estado nas atividades econômicas, a Constituição Federal possibilita duas modalidades de intervenção: direta e indireta.

A intervenção direta ocorre quando o Estado atua na atividade econômica como agente econômico, ou seja, passa a ser sujeito de direito, como se fosse um

---

<sup>38</sup> PONTES, Helenilson Cunha Pontes. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 31.

<sup>39</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

<sup>40</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 87-88.

particular. Atua de forma direta, quando “faz o papel de agente produtivo, criando empresas públicas ou atuando através dela, [...] de modo a não desequilibrar o mercado interno”. Como bem salientou o professor português, a intervenção do Estado na economia ocorre quando este atua como agente econômico, através de uma de suas formas de descentralização, seja pela empresa pública, seja pela sociedade de economia mista (Art. 173, § 1º, da Constituição Federal), sob o regime de direito privado.

Sua intervenção está condicionada a apenas duas hipóteses, previstas no texto constitucional: a) quando a intervenção for necessária aos imperativos de segurança nacional; e b) quando houver relevante interesse coletivo. Isto ocorre pelo fato de a atividade econômica ser destinada à iniciativa privada, e a presença do Estado na atividade econômica somente pode ocorrer em casos previamente determinados e específicos, no intuito de se preservar estes requisitos e, ainda, em alguns casos previamente ressalvados na própria Constituição.<sup>41</sup> O conceito de segurança nacional, como bem observa Eros Roberto Grau, “[...] no contexto da Constituição de 1988, é conceito inteiramente distinto daquele consignado na Emenda Constitucional n. 1/69. Cuida-se, agora, de segurança atinente à defesa nacional”.<sup>42</sup> Portanto, somente nos casos em que haja uma imperiosa ameaça à defesa nacional é que estará o Estado autorizado a intervir na economia como agente econômico. Já com relação ao que venha a ser relevante interesse coletivo, o tema também está eivado de uma grande abstração, constituindo-se em fatos que possam agredir alguns dos princípios previstos no Art. 170, que objetivam assegurar a existência digna e proporcionar a justiça social para todos os cidadãos.

A segunda modalidade de interferência do Estado na ordem econômica é a intervenção indireta na economia. Diferentemente da modalidade direta, onde o Estado atua como agente econômico, na intervenção indireta, sua atuação ocorre por meio externos, através da fiscalização, regulação e planejamento das atividades das pessoas de direito privado.

Para o professor Moncada,

[...] o Estado não se comporta como sujeito económico, não tomando parte activa e directa no processo económico. Trata-se de uma intervenção exterior, de enquadramento e de orientação

---

<sup>41</sup> Esses casos dizem respeito aos setores que constituem monopólio da União, como é o caso do petróleo e dos materiais radioativos, previstos nos Arts. 177 e 21, XXIII, CF e que, em razão de sua importância, são de exploração exclusiva da União. No mesmo sentido GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1998*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 293.

<sup>42</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1998*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 296.

que se manifesta em estímulos ou limitações, de várias ordens, à actividade das empresas”.<sup>43</sup>

Diferentemente da regulação direta, onde o Estado, ao atuar como empresário, cinge-se às normas de direito privado e deve necessariamente respeitar os princípios enrustidos no art. 170, da Constituição Federal, na atuação indireta, o Estado visa a preservar o respeito a esses princípios. Isto é, intervém de forma direta, quando há a necessidade imperiosa de manter a segurança nacional ou quando haja relevante interesse coletivo e, como agente econômico, está submetido ao regime de direito privado. Intervém de forma indireta, quando há a possibilidade da atividade econômica desrespeitar um dos princípios do art. 170, atuando como agente fiscalizador, regulador e planejador. Fiscaliza, através do seu poder de polícia, regula, concedendo incentivos ou tributando determinado setor e planeja, determinando quais serão os setores que merecem receber determinado investimento para o seu desenvolvimento.

O próprio Art. 173, § 4º, da Constituição Federal afirma que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, constituindo-se no fundamento primordial da intervenção indireta do Estado na atividade econômica, como bem observa o professor Calixto Salomão Filho:

O Art. 173 da Constituição Federal oferece todos os instrumentos para a afirmação também da necessidade do controle estrutural. A expressão ‘abuso do poder econômico’, ali utilizada leva necessariamente ao controle das concentrações. A razão é exatamente o fato de as concentrações que implicam aumento excessivo do poder no mercado poderem levar e/ou visar à dominação dos mercados”.<sup>44</sup>

Por conseguinte, sempre que houver uma ameaça aos princípios consignados no Art. 170, Constituição Federal, através de uma das previsões inseridas no § 4º do Art. 173, o Estado estará autorizado a intervir na atividade econômica de forma indireta, através da fiscalização, da regulação e do planejamento, almejando preservar os fundamentos do Estado Democrático de Direito e cumprir com os seus objetivos primordiais.

Nessa esteira, a Ordem Social, prevista no Capítulo VIII da Constituição Federal, também funciona como um instrumento normativo para se alcançar os

---

<sup>43</sup> MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. 2. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 285.

<sup>44</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 200, p. 84-85.



princípios inseridos nos arts. 1º e 3º, na medida em que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social (Art. 193). Observa-se que a posituação desses valores é influência dos Estados Socialistas, servindo como uma espécie de freio aos ideais liberais que regem as relações comerciais. Basear a Ordem Social no Trabalho nada mais é do que possibilitar ao trabalhador, à parcela mais frágil da sociedade, o direito de viver com dignidade. Nessa vertente, a Ordem Social objetiva fornecer a todos os indivíduos um completo bem-estar, possibilitando-lhes o acesso à seguridade social, à educação, à cultura, ao desporto, à ciência, à tecnologia, entre outras formas de integração social.

Essa integração entre a Ordem Econômica e Social é fundamental para se alcançar os ideais previstos no Texto Constitucional, já que a economia é a mola propulsora de toda a sociedade e possibilita ao Estado a geração de recursos para pôr em prática suas políticas sociais, oferecendo ao cidadão uma vida digna, fundada no seu completo bem-estar social, pois

[...] o próprio desenvolvimento social, cultura, educacional, todos eles dependem de um substrato econômico. Sem o desenvolvimento econômico dos meios e dos produtos postos à disposição do consumidor, aumentando destarte seu poder aquisitivo, não há forma para atingirem-se objetivos também nobres, mas que dependem dos recursos econômicos para a sua satisfação”.<sup>45</sup>

Cumprir ainda destacar sobre a eficácia dos princípios inerentes ao Estado sócio-econômico, uma vez que esses princípios buscam alcançar as finalidades do próprio Estado. Como bem observa José Afonso da Silva, “[...] não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada”.<sup>46</sup> Em consequência, todas as normas previstas no texto constitucional possuem uma importância para o ordenamento, pelo simples fato de estarem positivadas em um texto normativo. Por serem princípios informadores das finalidades do Estado, em especial no que se refere à Ordem Econômica e Social, esses princípios possuem uma grande importância, mas, exatamente por se referirem a essas finalidades, apresentam uma grande abstração. São, pois, normas programáticas, pois possuem eficácia limitada, de modo em que apenas informam para onde deverá ir o Estado. São programáticas as

---

<sup>45</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 110.

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 81.



[...] normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos [...], como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”.<sup>47</sup>

Apesar de essas normas serem programáticas, isto é, dotadas de eficácia limitada, possuem fundamental importância no estudo do direito constitucional,

[...] pois procuram dizer para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Essa característica teleológica lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda ordem jurídica, tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas a assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.<sup>48</sup>

E esses fins sociais devem estar equacionados de forma clara com o poder estatal e o poder econômico, que são responsáveis pela formação das receitas públicas, conforme ressalta José Afonso Silva, ao comentar sobre o sistema tributário. Segundo ele, o sistema tributário é o conjunto de instituições, regras e práticas tributárias, seja nas suas relações, seja quanto aos efeitos globalmente produzidos sobre a vida econômica e social. E que não basta a “mera enumeração de tributos para se ter um sistema”.<sup>49</sup> Compreende muito mais do isso, ou seja, que o sistema jurídico tributário esteja em harmonia com o ordenamento econômico e financeiro, com as propostas e metas de desenvolvimento nacional, visando uma mesma finalidade: satisfação das necessidades da população e o desenvolvimento econômico e social.

Por isso, destaca-se a importância do estudo da ordem econômica e da ordem social, e a importância da incidência e arrecadação tributária, para o desenvolvimento econômico e social do país. Assim, é possível aferir que por ordem econômica pode ser designado o conjunto de relações pertinentes à produção e à circulação da riqueza. Já, por sua vez, a ordem social é considerada como o conjunto de relações pertinentes à distribuição de riquezas.

Um dos instrumentos de intervenção do Estado na economia pode-se afirmar que é a atividade de tributação. Tal atividade tem por objetivo a interferência do Estado na economia. Com o tributo extrafiscal, pretende o Estado exer-

---

<sup>47</sup> Idem, *ibidem*. p. 138.

<sup>48</sup> *Op. cit.* p. 141.

<sup>49</sup> - SILVA, José Afonso da, *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*, p. 18.

cer influência nas relações de produção e circulação da riqueza ou ainda na circulação da riqueza.

Com efeito, a intervenção do Estado pode ocorrer com uma série de medidas tanto com tributação mais acentuada ou menos acentuada, inclusive com incentivos fiscais com finalidades de estimular a ampliação do parque industrial, o comércio de bens e serviços, entre outros, com políticas fiscais estabelecidas em conformidade com os ditames constitucionais. Daí a afirmativa de Hugo de Brito Machado de que “não constitui novidade a afirmação de que o tributo é uma arma valiosa de reforma social”.<sup>50</sup>

A tributação tem demonstrado que é excelente instrumento para o direcionamento da economia, vez que permite que sejam alcançados os fins sociais. O tributo é instrumento da economia de mercado, da livre iniciativa econômica.<sup>51</sup> Por isso, dizer-se que deve ser estimulada a iniciativa de industrialização, de exportação, de atração de novos investimentos de capital. Tudo isto, ressalvando que, através da efetiva aplicação dos princípios constitucionais, pode-se obter um maior resultado entre o desenvolvimento econômico e social, com maior tributação que alcance aqueles que suportam maior capacidade contributiva.

Enfim, no tocante às implicações da tributação com o desenvolvimento econômico, é patente de que a questão essencial não reside, somente, na menor ou na maior carga tributária, mas no modo pelo qual a carga tributária é distribuída. Todo tributo incide, em última análise, sobre a riqueza. Daí os dizeres de Aliomar Baleeiro: “Uma política tributária, para ser racional, há de manter o equilíbrio ótimo entre o consumo, a produção, a poupança, o investimento e o pleno emprego. Se houver hipertrofia de qualquer desses aspectos em detrimento dos outros, várias perturbações podem suceder com penosas conseqüências para a coletividade”.<sup>52</sup>

E neste patamar o Poder Público deverá verificar se é possível aumentar ou diminuir a carga tributária, e a possibilidade de redistribuir a renda sem prejuízo do desenvolvimento econômico. Nesta feita, sustenta Hugo de Brito Machado<sup>53</sup> que o Estado deve intervir no processo de desenvolvimento econômico, pela tributação, não para conceder incentivos fiscais à formação de riqueza individual, mas para ensejar a formação de empresas cujo capital seja dividido por número significativo de pessoas, de sorte que a concentração de capital se faça sem que necessariamente isto signifique concentração individual de riqueza. Na busca de

---

<sup>50</sup> MACHADO, Hugo de Brito. A Função do tributo nas ordens econômica, social e política. *Revista da Faculdade de Direito*, Fortaleza, 28 n. 2, p. 12, julh-dez, 1987.

<sup>51</sup> *Op cit* p. 13-14.

<sup>52</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 171.

<sup>53</sup> MACHADO, Hugo de Brito. A Função do Tributo nas Ordens Econômica, Social e Política. *Revista da Faculdade de Direito*. Fortaleza, 28 n. 2, p. 28, julh-dez, 1987.

uma sociedade que ofereça melhor qualidade de vida, deve ser definitivamente afastado o caminho da estatização da economia. O Estado, como órgão do poder político institucionalizado, certamente deve intervir na atividade econômica. Mas deve fazê-lo com o mínimo de sacrifício para a liberdade.

Ao lado das medidas de natureza tributárias, são indispensáveis medidas no plano da despesa pública. Isto requer que o produto da arrecadação de tributos seja empregado preferentemente nos setores sociais, de saúde pública, entre outros interesses da sociedade. E mais: um dos temas centrais da discussão da repercussão dos tributos está na justiça social, em cujo núcleo está o problema do justo tributário.<sup>54</sup>

## 6. Conclusões

O Estado é um ente criado para o atendimento do bem comum em prol de toda a sociedade que o constituiu. Dentre os principais valores pretendidos pela sociedade brasileira, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e a livre iniciativa encontram-se no topo da hierarquia dos valores preconizados pelo Estado.

Uma legítima política tributária deve ser fundada em diversos fatores e não apenas baseada na sua arrecadação procedida pelo Estado. Referida política deve atender os ditames constitucionais, visando ao desenvolvimento econômico e social, garantindo os direitos do contribuinte.

Na busca do bem comum, os princípios constitucionais funcionam como fundamentos de todo o sistema normativo. Os princípios constitucionais são de fundamental importância para a estruturação do Estado brasileiro, na medida em que traduzem quais são os fundamentos e principais objetivos do Estado, e, conseqüentemente, orientam toda a política sócio-econômica desenvolvida pelo Poder Executivo.

O princípio da justiça fiscal, aliado aos demais princípios constitucionais tributários, atua como um orientador das políticas governamentais, uma vez que determina uma igualdade tributária entre todos os contribuintes, buscando uma existência digna para todos os indivíduos.

---

<sup>54</sup> Vê-se então, como exemplo, que a progressividade cumpre um importantíssimo papel na caracterização do Imposto de Renda (pessoa física) como instrumento de Justiça Social. Com efeito, o uso de alíquotas progressivas além de assegurar, em grande medida, o respeito ao princípio da capacidade contributiva, auxilia na distribuição da renda e, por via de consequência, a garantir o mínimo social. A existência de poucas alíquotas faz com que o imposto de renda seja, na verdade, muito pouco progressivo. A timidez das alíquotas aqui praticadas, sendo que a maior delas alcança modestos 27,5%, também contribui para que a tributação da renda das pessoas físicas, na prática, se comporte quase como se o sistema adotado fosse o proporcional, que merece ser revisto para atender a função social do tributo.

Somente será possível buscar uma justiça fiscal se esta vier acompanhada pelo princípio da igualdade, já que tal justiça somente será caracterizada quando os contribuintes puderem viver com dignidade, através do pagamento de tributos compatíveis com suas possibilidades, igualando os iguais e desigualando os desiguais, segundo suas desigualdades. Tem-se, então que o princípio da igualdade tributária necessariamente deve ser acompanhado pelo princípio da capacidade contributiva.

Será confiscatório todo tributo que alcançar o patrimônio do contribuinte, de forma a impossibilitar o exercício do seu direito de propriedade, no sentido de retirar-lhe todo o seu patrimônio ou uma parcela considerável deste, sem uma justa indenização.

A intervenção do Estado na economia é reflexo do novo processo pelo qual, passa o capitalismo mundial, pois este sofre uma série de limitações em sua atuação, inserindo novos conceitos sociais, como forma de se alcançar os valores sociais previstos no texto constitucional.

Os princípios que regulam tanto a ordem econômica, quanto a ordem social são instrumentos previstos no texto constitucional, objetivando a preservação dos direitos sociais do cidadão, como forma de se alcançar a justiça social, a qual somente poderá ser atingida, se esta vier coadunada com o princípio da dignidade da pessoa humana e da justiça fiscal. O agente público deverá nortear a interpretação constitucional pelo princípio da razoabilidade, segundo o qual a atividade do Estado, seja no campo legislativo, seja administrativo, deve ser compatibilizada em função da finalidade de seus propósitos. E, através do princípio da proporcionalidade, deverá atender os requisitos de adequação e necessidade da população. A administração pública, ao cobrar tributos, deverá retornar esses valores à sociedade, através da execução de serviços públicos.

De igual modo, o Estado poderá atender suas finalidades através da distribuição de riqueza, satisfação das necessidades sociais, de políticas de investimentos, entre outras, que podem ser alcançadas por meio de uma política tributária e não necessariamente pela imposição tributária. Por isso, é necessário repensar o papel do Estado, na função arrecadatória e na prestação de serviços aos jurisdicionados.

Somente com a socialização dos tributos, mediante sua aplicação como instrumento social, é que será possível desenvolver uma política social justa e distributiva, como forma de se alcançar as finalidades que o Estado se prestou desenvolver.

Para que o Estado alcance suas finalidades sócio-econômicas e desenvolva uma política governamental em prol dessas finalidades, faz-se necessário o respeito ao princípio da justiça fiscal, o qual somente poderá ser atingido mediante a conjugação dos princípios da igualdade e seus corolários, em conjunto com o

princípio da função social do tributo, possibilitando aos cidadãos viver com dignidade.

Assim, pode-se afirmar que a tributação social é aquela que respeita o que é inerente à sociedade, no contexto social dos ditames constitucionais. Por isso, a tributação deve privilegiar as necessidades essenciais da sociedade, destacando-se entre elas a alimentação, a saúde, a moradia, a educação, o acesso ao trabalho, a livre iniciativa e a livre concorrência.

De certa forma, para o desenvolvimento econômico nacional neste contexto de globalização, deve ser salientada a redução dos gastos públicos, com um processo de diminuição da carga tributária, capaz de permitir uma maior disponibilidade de recursos para a poupança, investimento ou consumo.

Conclui-se que não é preciso nenhuma reforma constitucional para que os parâmetros da justiça social sejam alcançados. Ao contrário, o que se faz necessário é justamente o efetivo e integral respeito à Constituição Federal. O tributo, como eficaz instrumento de Justiça Social, depende da atuação conjunta do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, no cumprimento da Carta constitucional e na implementação das políticas públicas pertinentes.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- \_\_\_\_\_. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *Confisco tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

DERZI, Mizabel. Família e Tributação. A vedação constitucional de se utilizar o tributo com efeito de confisco. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. v.32, 1989.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Havard University Press, 1978.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e Mudança Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FLÓRIDO, Luiz Augusto Irineu. *A Repercussão Econômica dos Impostos*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1987.

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

GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1998*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

LEONETTI, Carlos Araújo. *Humanismo e tributação*. Disponível em: <http://www.idtl.com.br/artigos/68.html> , capturado em 14.08.04

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao código tributário nacional*. São Paulo: Atlas, 2003. v. I.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. A função social do tributo nas ordens econômica, social e política. *Revista da Faculdade de Direito*. Fortaleza, 28 n. 2, jul-dez, 1987.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito constitucional interpretado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. A Defesa do contribuinte na Constituição Federal. In: *A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro*. São Paulo: IOB, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Econômico e Tributário* – comentários e pareceres. São Paulo: Resenha Tributária, 1992.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Germana de Oliveira. Palestra ministrada no Seminário sobre “Reforma Tributária”, promovido pelo Conselho da Justiça Federal, do Superior Tribunal de Justiça. Fortaleza-CE, em março de 2003.

OLIVEIRA, João Marcos Domingues de. *Capacidade contributiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

PEREIRA, Afonso Insuela. *O direito econômico na ordem jurídica*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

PONTES, Helenilson Cunha Pontes. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *Considerações sobre o imposto de renda na constituição de 1988*. São Paulo: Resenha Tributária, 1990.

\_\_\_\_\_. O Efeito do Confisco no Imposto de Renda. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n. 1-2, v. 20, dezembro de 2001.

\_\_\_\_\_. Os Acordos com o FMI e seus reflexos no sistema tributário nacional. In : *O Brasil e os Acordos Econômicos Internacionais*. Coord. Roberto Luiz Silva e Valério de Oliveira Mazzuoli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Rafael Moreno. *Intributabilidade dos gêneros alimentícios básicos*. São Paulo: Resenha Tributária, 1981.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIDOU, J. M. Othon. *A natureza social do tributo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SILVA, Fernando A Rezende da. *O Imposto sobre a Renda e Justiça Fiscal*. Rio de Janeiro: IPEA, 14, 1974.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

WAGNER, José Carlos Graça. *Tributação social do trabalho e do capital*. São Paulo: Resenha Tributária, 1982.

\_\_\_\_\_. *Penalidades e acréscimos na legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1979.



# CONSIDERAÇÃO DO ISS COMO IMPOSTO *DIRETO* OU *INDIRETO*, PARA EFEITO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO: BREVE REVISITAÇÃO DO TEMA

CONSIDERATION OF ISS (TAX ON SERVICES) AS A *DIRECT* OR *INDIRECT* TAX, FOR REPETITION EFFECT OF THE UNDUE TRIBUTARY: BRIEF REVISITATION ON THE THEME

Francisco Pinto RABELLO FILHO<sup>1</sup>

## RESUMO

É examinada a questão da repetição do indébito no âmbito do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), especificamente no que diz respeito à aplicação, ou não, do disposto no artigo 166 do CTN, ao prescrever que para os tributos que por sua natureza comportem transferência do respectivo encargo financeiro, a restituição só será feita se o sujeito passivo provar que assumiu esse encargo ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, se estiver por este expressamente autorizado a recebê-la. Passa-se em revista à classificação dos impostos em diretos e indiretos, para constatar-se que do ponto de vista jurídico ela não fornece critério que permita fazer-se essa separação com segurança. A partir da verificação da cláusula “tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro” (CTN, art. 166), visando a apurar a que natureza se refere o dispositivo, investigam-se quais os tributos, no sistema jurídico-tributário brasileiro comportam transferência do encargo financeiro. O ISS, conclusivamente, não está encartado no rol dos tributos que por sua própria natureza jurídica admitem essa transferência, com o que, em consequência, havendo pagamento indevido, para sua restituição (ISS), não tem lugar a aplicação do disposto no mencionado artigo 166 do CTN.

**Palavras-chave:** repetição do indébito tributário; imposto sobre serviços de qual-

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito (UFPR). Professor do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Marília - UNIMAR - Marília/SP.

quer natureza; ISS; ISSQN; imposto direto; imposto indireto; tributo; pagamento indevido.

### ABSTRACT

In this paper, we analyze the reimbursement of undue payment of the ISS (Services Tax), specifically concerning the application of the Article 166 of the CTN (National Tax Code) which states that any tax whose financial burden is susceptible to transfer, it may only be reimbursed if the creditor can prove to have undertaken such burden or, if the subject has transferred it to a third party, and only if such third party has expressly authorized the creditor to receive it. We also analyze the classification of direct and indirect taxes and came to the conclusion that from a legal point of view, it provides no criteria that safely enables such division. Examining the clause “taxes that, due to their nature, enable transfer of the respective financial burden”(CTN, art. 166), aiming at ascertaining the exact nature to which the article refers, we look into which taxes – in the Brazilian legal-taxing system – allow for financial burden transfer. ISS – in conclusion – is not included in the list of taxes which, for their legal nature, allow for such transfer, and therefore, if unduly paid, may not be reimbursed based on any provision of the CTN 166article. **Key words:** reimbursement undue tax payment; ISS (Services Tax); ISSQN (Services Tax); direct tax, indirect tax; tax; undue payment.

## 1. Introdução

Os repertórios de jurisprudência revelam que, quando os contribuintes manejam ação de repetição do indébito tributário, por força de pagamento indevido – no todo ou em parte – de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), a grande maioria das decisões judiciais reputa essa espécie tributária como sendo *imposto indireto*, fazendo incidir, de tal arte, a prescrição contida no artigo 166 do Código Tributário Nacional (CTN), em conjugação com o verbete contido na Súmula nº 546, do Supremo Tribunal Federal (STF). Por aí, quando o autor da ação (sujeito passivo tributário) não faz prova de atender a uma das duas condições exigidas para a restituição, a pretensão deduzida em Juízo é rejeitada.

É que o artigo 166 do CTN estabelece: “A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-

la”. A Súmula n. 546 do STF, por seu turno, contém o seguinte verbete: “Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo”.

O que se tem, então, é que, quando o pagamento indevido disser respeito ao chamado *imposto indireto*, a restituição do indébito está condicionada a que o contribuinte satisfaça a uma de duas exigências: (I) provar que assumiu o encargo financeiro do tributo, ou (II) ter autorização expressa do terceiro, no caso de ter a este transferido dito encargo financeiro.

*A contrario sensu*, quando o caso for do assim rotulado *imposto direto*, não há lugar para tais exigências, abrindo-se para o contribuinte, sem mais, a porta que dá passagem ao reembolso do valor do tributo que indevidamente pagou (CTN, Art. 165).

Ainda hoje abundam as decisões que inscrevem o ISS no catálogo dos impostos *indiretos*, exigindo – como já mencionado – que o sujeito passivo tributário faça a prova indicada naquele artigo 166 do CTN. O assunto reclama revisitação, deitando-se-lhe contemporânea iluminação, assim doutrinária como jurisprudencial, a fim de que se possa saber se *juridicamente* o ISS é mesmo imposto *indireto* ou se de imposto *direto* é que se trata. O resultado dessa investigação porá a descoberto o acerto, ou não, do majoritário entendimento jurisprudencial, construído ainda presentemente com base no que se teceu outrora.

## 2. A classificação dos impostos em diretos e indiretos

Dentre as várias classificações apresentadas para os impostos, advindas da Ciência das Finanças, está a que os isola em *diretos e indiretos*.

*Imposto direto*, num falar, é aquele em que as qualidades de sujeito passivo *de fato* e de sujeito passivo *de direito* (contribuinte) estão reunidas na mesma pessoa, de modo que o ônus financeiro do tributo não é repassado a outrem, sendo suportado pelo próprio contribuinte (sujeito passivo *de direito*).

Fábio Fanucchi lecionava que “O imposto é *direto*, quando em uma só pessoa reúnem-se as condições de contribuintes de fato (aquele que arca com o ônus representado pelo tributo) e de direito (aquele que é responsável pelo cumprimento de todas as obrigações tributárias previstas na legislação)”. Como exemplo dessa espécie (imposto direto), indicava Fanucchi “[...] o de renda devido por declaração, onde a relação jurídico-tributária se estabelece diretamente entre sujeitos ativo e passivo, sem interferência de terceiros”.<sup>2</sup> (grifo do autor).

<sup>2</sup> FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*, 4. ed. São Paulo: IBET/Resenha Tributária (coedição), 1978, p. 73. v.I.

José Eduardo Soares de Melo observa que o imposto é “*direto*, quando o valor econômico é suportado exclusivamente pelo contribuinte, como é o caso do IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – Art. 155, III, *c*, da Constituição). O proprietário do automóvel arca com o ônus do tributo, cujo valor não é repassado a terceiro”.<sup>3</sup> (grifo do autor).

*Imposto indireto*, por sua vez, é aquele em que as qualidades de sujeito passivo *de fato* e de sujeito passivo *de direito* (contribuinte) estão reunidas em pessoas diferentes, com o que o sujeito passivo *legal* (de direito) transfere para o sujeito passivo de fato o ônus financeiro do tributo, sendo este (o sujeito passivo de fato), então, quem suporta, *de fato*, a carga tributária.

Fanucchi ensinava que “O imposto é *indireto*, quando existe uma pessoa que contribui e outra que, perante o sujeito ativo da relação, deve cumprir com as obrigações de controlar, arrecadar e recolher o tributo, ficando responsável pelo débito caso não proceda como a legislação lhe ordena”. Indicava Fanucchi como sendo desse jaez o “imposto de circulação de mercadorias, que tem como contribuinte de fato o consumidor final da mercadoria e como contribuinte de direito o comerciante, o industrial ou o produtor. [...]”.<sup>4</sup> (grifo do autor).

José Eduardo Soares de Melo explica que o imposto é

[...] *indireto*, quando a respectiva carga financeira tem condição de ser transferida a terceiro, como é o caso do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados – art. 153, IV, da Constituição). O contribuinte do tributo é o industrial, que fica obrigado a recolher o seu respectivo valor, mas pode vir a ser ressarcido (financeiramente) por ocasião do pagamento do preço por parte do adquirente.<sup>5</sup> (grifo do autor).

Essa classificação desenvolvida, como dito, no âmbito da Ciência das Finanças acabou penetrando no território do Direito Tributário e vem, a cada dia, sendo mais e mais criticada, progressivamente desprestigiada, exatamente porque *no âmbito jurídico* não fornece nenhum *critério* que permita fazer-se a *separação* dos impostos em diretos e indiretos.

É ver, por exemplo, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), tido pela doutrina tradicional como típico imposto *direto*. Por todos, Fábio Leopoldo de Oliveira assim se manifesta textualmente:

---

<sup>3</sup> MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2001, p. 51.

<sup>4</sup> FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*, 4. ed. São Paulo: IBET/Resenha Tributária (co-edição), 1978, p. 73.

<sup>5</sup> MELO, José Eduardo Soares de. *Op. cit.*, p. 51.

**Imposto Direto** é aquele que é suportado pelo contribuinte, sem possibilidade de transferência do ônus a outrem.

Exemplos:

Imposto Sobre a Renda

Imposto Predial

Imposto Territorial Rural e, em geral os impostos patrimoniais. <sup>6</sup>  
(grifo do autor).

Se, se tiver em conta o que se passa amiúde na realidade cotidiana, resta inaceitável essa proposição. Com efeito, é o caso de tomar-se em consideração a situação comuníssima em que o imóvel venha a ser alugado, pagando o locatário o valor do imposto, seja porque incluído no importe do aluguel, seja porque previsto no contrato que o inquilino pagará o IPTU. Pronto! Em casos assim, o IPTU passa, irremediavelmente, de imposto *direto*, a ser *indireto*: haverá um sujeito passivo *de direito*, o proprietário do imóvel (locador), e um sujeito passivo *de fato*, o locatário. Uma *mesma* espécie tributária (o IPTU), parece demasiadamente claro que, ora pode ser alojada no sítio dos impostos *diretos*, ora no dos *indiretos*.

No âmbito dos chamados impostos *indiretos* não se passa diferente, porque casos há, freqüentes, em que não ocorre a repercussão (transferência). No invariavelmente mencionado ICMS, é lembrar das situações em que a mercadoria se quebra, se deteriora ou se perde, para que se tenha presente, indiscutivelmente, que não se fala em transferência do ônus do tributo. Tido e havido como imposto *indireto*, mas não repercute.

Certamente não é exagero afirmar que afora a situação do imposto sobre a renda relativo ao trabalho assalariado, em todas as demais hipóteses, é possível transformar-se qualquer imposto tido como *direto* em *indireto* e vice-versa. A classificação, como se vê, não resiste.

Aliás, Aliomar Baleeiro já advertia, corretamente, que “do ponto de vista científico, os financistas ainda não conseguiram, depois de 200 anos de discussão, desde os fisiocratas do século XVIII, um critério seguro para distinguir o imposto direto do indireto”. É que, como observava, “O mesmo tributo poderá ser direto ou indireto, conforme a técnica de incidência e até conforme as oscilantes e variáveis circunstâncias do mercado ou a natureza da mercadoria ou a do ato tributado”.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. *Curso expositivo de direito tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1976, p. 155.

<sup>7</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro* 11. ed. atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 884.

Por isso, a autoridade de Gilberto de Ulhôa Canto o levou a refletir sobre esse ponto e concluir: “Em suma, qualquer tributo pode ser transferido, ainda que alguns deles sejam mais suscetíveis de o serem do que outros”.<sup>8</sup>

Hugo de Brito Machado assim se pronuncia sobre o assunto:

A classificação dos tributos em *diretos* e *indiretos* não tem, pelo menos do ponto de vista jurídico, nenhum valor científico. É que não existe critério capaz de determinar quando um tributo tem o ônus transferido a terceiro, e quando é o mesmo suportado pelo próprio contribuinte. O imposto de renda, por exemplo, é classificado como imposto direto; entretanto, sabe-se que nem sempre o seu ônus é suportado pelo contribuinte. O mesmo acontece com o IPTU, que em se tratando de imóvel alugado é quase sempre transferido para o inquilino.<sup>9</sup>

Eduardo Domingos Botallo verbera que “A falsidade e artificialidade dessa classificação é hoje reconhecida pela unanimidade da doutrina, mas, não obstante, continua ela a influenciar poderosamente administradores, legisladores e magistrados [...]”.<sup>10</sup>

Roque Antônio Carrazza é mais incisivo:

Esta classificação, em rigor, não é jurídica, já que, perante o Direito, é despidendo saber quem suporta a carga econômica do imposto. O que importa, sim, é averiguar quem realizou seu fato imponible, independentemente de haver, ou não, o repasse do valor do imposto para o preço final do produto, da mercadoria, do serviço etc.

De qualquer modo, na prática, infelizmente, esta distinção entre impostos diretos e indiretos (ou que repercutem e que não repercutem) tem sido prestigiada inclusive pelo Poder Judiciário, que, apesar das contundentes críticas da melhor doutrina [...] tem mandado cumprir o malfadado e esdrúxulo Art. 166 do CTN [...].<sup>11</sup>

Crítica contundente e enérgica é a de Alfredo Augusto Becker:

<sup>8</sup> CANTO, Gilberto de Ulhôa. Repetição do indébito. *Caderno de pesquisas tributárias*, n. 8, v. 9, p. 1-16.

<sup>9</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 13. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 137.

<sup>10</sup> BOTALLO, Eduardo Domingos. Restituição de impostos indiretos. In *Revista de direito público*, v. 22, p. 314-332, (316) out/dez.1972

<sup>11</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 466.

Esta aceitação da tradicional classificação de um tributo na categoria direta ou indireta e esta ‘obviedade’ da repercussão econômica do tributo classificado como indireto, desencadeiam reflexos condicionados que contaminam a atitude mental de juízes, advogados, ministros e legisladores. Por incrível que pareça, esta classificação dos tributos em diretos e indiretos baseada no critério da repercussão econômica, é a classificação que, em todos os países, serve de fundamento *óbvio* para as decisões dos tribunais; para os relatórios sobre pesquisa político-fiscal; para a estruturação dos projetos de reforma tributária; para a discussão dos legisladores; para a classificação das leis orçamentárias; para o planejamento do órgão executivo; e para a terminologia e estruturação das leis tributárias num sistema orgânico.

A erronia das decisões dos tribunais em matéria tributária e a irracionalidade das leis tributárias são devidas, em grande parte, à classificação dos tributos em diretos e indiretos segundo o critério da repercussão econômica. Hoje, praticamente a totalidade da doutrina condena o critério da repercussão, considerando-o absolutamente artificial e sem qualquer fundamento científico. A Ciência das Finanças Públicas e a Política Fiscal têm demonstrado que aquele critério repousa na *simplicidade da ignorância*.<sup>12</sup> (grifo do autor)

Aí está, por conseguinte, como não se tem absolutamente nenhum *critério*, no âmbito *jurídico*, que permita classificar os impostos em diretos e indiretos. Por essa via, é completamente inseguro e insustentável dizer-se que o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) é *direto* ou *indireto*. Como reconhece Hugo de Brito Machado:

Na verdade, se o imposto direto pode, ainda que excepcionalmente, ensejar a repercussão, e esta pode não ocorrer, em certos casos, mesmo em se tratando de imposto indireto, a definição de um imposto como direto, ou como indireto, não pode ser útil para o deslinde da questão da repetição do indébito”.<sup>13</sup> (grifo do autor).

Sucede, de todo modo, que, embora imprestável, *juridicamente*, essa classificação, o órgão jurisdicional não pode, de maneira nenhuma, pronunciar um

---

<sup>12</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, n.º 142, São Paulo: Saraiva, 1963, p. 489.

<sup>13</sup> MACHADO, Hugo de Brito. “Repetição do indébito tributário”. In: *Caderno de Pesquisas Tributárias*, n. 8, p. 231-251 (235).

*non liquet*, porque assim estaria irremissivelmente rasgando o princípio da indeclinabilidade da Jurisdição, vá lá esta obviedade.

Para mais, há, de qualquer sorte, o artigo 166 do CTN, que, para o caso de pagamento indevido de “tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro”, estabelece alternativamente duas *condições*, para que haja a restituição, tais sejam, a de que o sujeito passivo (*i*) prove ter assumido referido encargo ou (*ii*) se o transferiu a terceiro, estar por este expressamente autorizado a receber o valor pago indevidamente.

O que é preciso, então, é verificar se o ISS pode, *juridicamente*, ser ou não ser assim considerado (imposto *indireto*), para que se possa saber se a ele é aplicável, ou não, o disposto no apontado artigo 166. É o que será feito em seguida.

### 3. Releitura do Artigo 166 do CTN

Muito bem. A pergunta a ser primeiramente respondida é: que interpretação deve ser dada à cláusula “tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro”, contida no Artigo 166 do CTN? A que *natureza* se refere esse dispositivo?

Mais recentemente a doutrina unânime do Direito Tributário assentou que esse Artigo 166 só pode estar referido no sentido de natureza *jurídica* do tributo. A natureza *econômica* ou mesmo *financeira* do imposto não tem aqui a mais mínima prestabilidade; ou, não sendo assim, haverá inevitavelmente um regresso à imprestabilidade (*jurídica*) da classificação dos impostos em diretos e indiretos, porque feita com base unicamente em teorias econômicas. A referência do artigo 166 do CTN, então, é a tributos que comportem, por sua natureza *jurídica*, transferência do respectivo encargo financeiro.

José Carlos Graça Wagner aponta essa necessidade de se “fixar se o Artigo 166 se refere à natureza econômica ou à natureza jurídica dos referidos tributos”. E assegura:

No nosso modo de ver, refere-se à natureza jurídica, pois é inadmissível pretender que a lei dê um efeito jurídico tão amplo quanto o instituído na norma em exame, a partir de uma consideração meramente econômica, que, como tal, estará sujeita a variações decorrentes não só de mudanças no quadro econômico e em sua estrutura básica, como de teorias mutáveis que se vão alternando, tanto como ocorre nos demais campos pré-jurídicos.

A norma, por sua vez, não se refere à natureza do fenômeno econômico que dá base à tributação, mas se refere **aos tributos**,



cuja natureza, ou seja, refere-se à natureza do tributo e, portanto, à sua própria definição jurídica – aquilo que o identifica juridicamente.<sup>14</sup> (grifo do autor).

Nesse sentido, de que a natureza a que se refere o Artigo 166 do CTN é natureza *jurídica* e não *econômica*, é também, entre outros tantos, o magistério de Sacha Calmon Navarro Coêlho<sup>15</sup>, Misabel Abreu Machado Derzi<sup>16</sup> etc.

Significa, essa indicada análise da natureza *jurídica* do tributo, que é preciso verificar se a exação, por sua própria feição *jurídica*, comporta a transferência do ônus financeiro; é necessário, então, examinar se há, no sistema, prescrição *normativa* estabelecendo expressamente que o encargo financeiro do tributo seja transferido a terceiro.

Somente na hipótese de a resposta ser afirmativa é que será o caso, então, de aplicar-se o disposto no mencionado Artigo 166 do CTN. Diversamente, se não houver previsão legal no sentido de que o ônus financeiro do tributo seja transferido, não terá incidência o disposto naquele Artigo 166.

Essa diretriz interpretativa já vem sendo adotada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). É o caso, por exemplo, do Recurso Especial n.º 179.154-SP, em que, no acórdão, ficou isso registrado:

Na verdade, o Art. 166, do CTN, contém referência bem clara ao fato de que deve haver pelo intérprete sempre, em casos de repetição de indébito, identificação se o tributo, por sua natureza, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, quando a lei, expressamente não determina que o pagamento da exação é feito por terceiro, como é o caso do ICMS e do IPI.<sup>17 18</sup>

E esse acabou sendo o entendimento consolidado no STJ, na medida em que firmado no âmbito de sua Primeira Seção:

---

<sup>14</sup> WAGNER, José Carlos Graça Wagner. Restituição de tributos e repercussão econômica. In: *Caderno de Pesquisas Tributárias*, n. 8, p. 87-103 (93-94) – os destaques são do original.

<sup>15</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 708-709.

<sup>16</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. In: BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 11. ed. Atualizadora: Misabel Abreu Machado Derzi. Rio: Forense, 1999, (esp. p. 886).

<sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: 1.ª Turma. REsp 179.154-SP. Fazenda Nacional *versus* Wolfit Peças e Serviços Ltda. Relator: ministro José Delgado. Acórdão de 03/9/1998. Unânime. DJU 26/10/1998, p. 73.

<sup>18</sup> No mesmo sentido, *v.g.*: STJ, EREsp 154.918-PE, EREsp 154.620-CE, EREsp 149.154-SP, EREsp 135.167-SE, REsp 110.017-PR, REsp 199.586-SP, REsp 149.860-BA, REsp 193.853-RS, REsp 189.188-PR, REsp 172.441-MG, REsp 190.201-SP, REsp 181.738-SP, REsp 178.663-SP, REsp 179.154-SP, REsp 184.611-MG, REsp 171.058-SP, REsp 166.115-SP, REsp 160.966-PA, REsp 110.017-PR.

[...]

2. Tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro são somente aqueles em relação aos quais a própria lei estabeleça dita transferência.

3. Somente em casos assim aplica-se a regra do art. 166, do Código Tributário Nacional, pois a natureza, a que se reporta tal dispositivo legal, só pode ser a jurídica, que é determinada pela lei correspondente e não por meras circunstâncias econômicas que podem estar, ou não, presentes, sem que se disponha de um critério seguro para saber quando se deu, e quando não se deu, aludida transferência. [...].<sup>19</sup>

5. A Egrégia Primeira Seção desta Corte firmou entendimento no sentido de que os tributos que, por sua natureza, comportem transferência do respectivo encargo financeiro, são somente aqueles em relação aos quais a própria lei estabeleça dita transferência. [...].<sup>20</sup>

Certo, como é, que para aplicação (ou não) do que está no Artigo 166 do CTN é preciso examinar-se a natureza *jurídica* do tributo, para com isso verificar-se se o sistema normativo contém disposição determinando que o encargo financeiro do tributo seja transferido a terceiro, surge necessariamente nova pergunta, daí decorrente: quais são, no Brasil, os impostos que por sua própria natureza *jurídica* comportam transferência do encargo financeiro? A resposta vem em seguida.

#### **4. Impostos que por sua natureza jurídica comportam transferência do encargo financeiro**

O exame da situação, a partir do altiplano constitucional, põe desde logo a descoberto, sem maior esforço, que somente no que diz respeito ao ICMS e ao IPI<sup>21</sup> é possível falar-se em impostos que por sua natureza jurídica comportam transferência do encargo financeiro.

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: 1.ª Seção. EREsp 168.469-SP. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS *versus* Ramires e Companhia Ltda. Relator: ministro José Delgado. Acórdão de 10/11/1999. Maioria. DJU 17/12/1999, p. 314.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: 1.ª Turma. EDcl no REsp 416.333-PR. Hydronorth S.A. *versus* Fazenda Nacional. Relator: ministro Luiz Fux. Acórdão de 21/11/2002. Unânime. DJU 03/02/2003, p. 274.

<sup>21</sup> Pelo que será dito em seguida (não-cumulatividade), também assim no que atina aos impostos da chamada *competência residual* da União e a *outras* contribuições sociais que vierem a ser criadas.

É que, nesse assaz *superior* patamar jurídico, está consagrado o princípio da *não-cumulatividade*, assim para o IPI (CF, Art. 153, § 3.º, inc. II), como para o ICMS (CF, Art. 155, § 2.º, inc. I), sem falar, porque refoge *demais* do que aqui imediatamente pertine, que esse primado é constitucionalmente determinado também para os impostos incluídos na competência residual da União (CF, Art. 154, inc. I) e para as outras contribuições sociais a que se refere o Artigo 195, § 4.º, da Constituição da República.

A referida não-cumulatividade, então, plasmada na própria Constituição Federal, impõe que o contribuinte desses impostos (sujeito passivo de direito), nas operações que efetuar, transfira ao adquirente (sujeito passivo de fato) o ônus do imposto que adiantará ao Estado e, ao mesmo tempo, possa creditar-se (direito de crédito) do imposto que pagou (suportou) nas operações anteriores. O encargo financeiro do tributo, de tal arte, não é suportado pelo contribuinte, que o transfere, ao revés, ao agente seguinte da cadeia (“terceiro”).

Na doutrina *contemporânea*, não há registro de oposição a esta constatação de que somente<sup>22</sup> no que respeita ao IPI e ao ICMS é possível falar-se em impostos que comportam, por sua própria natureza jurídica, transferência do respectivo encargo financeiro.

Sacha Calmon Navarro Coelho assim refere:

Quando o CTN se refere a tributos que, pela sua própria natureza, comportam a transferência do respectivo encargo financeiro, está se referindo a tributos que, pela sua *constituição jurídica*, são feitos para *obrigatoriamente* repercutir, casos do IPI e do ICMS, entre nós, idealizados para serem transferidos ao consumidor final. A natureza a que se refere o artigo é *jurídica*. A transferência é juridicamente possibilitada. A abrangência do art. 166, portanto, é limitada, e não ampla.

Misabel Derzi tem o mesmo entendimento:

Juridicamente, somente existem dois impostos ‘indiretos’ por presunção: o imposto sobre produtos industrializados – IPI – de competência da União, e o imposto sobre operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS – de competência dos Estados. [...] Portanto, a presunção de transferência somente se coloca em relação àqueles impostos, cabendo ao *solvens* que fez o pagamento indevido, demonstrar que tem legitimidade para pleitear a devolução, por ter suportado o encargo, relati-

---

<sup>22</sup> Com as duas ressalvas aditivas feitas anteriormente.

vamente ao ICMS e ao IPI. Tem assim o Art. 166 aplicação muito restrita, pois, juridicamente, apenas esses dois tributos presumem-se ‘indiretos’, ou seja, juridicamente transferíveis. Segundo o Art. 166, o ônus de provar para o contribuinte somente existe em relação aos ‘tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro’...

Mas que natureza? Evidentemente a natureza jurídica. E somente existem dois tributos que, de acordo com sua peculiar natureza jurídica, desencadeiam a transferência do respectivo encargo financeiro, ou seja, o ICMS e o IPI.<sup>23</sup>

Logo adiante, após desenvolver analiticamente sobre esse ponto, assim resume Derzi:

É dentro desse contexto que deve ser compreendido o Art. 166 do CTN. Tributos que, por sua natureza *jurídica*, sujeitam-se à transferência ou translação são apenas o IPI e o ICMS. É de se presumir de sua natureza, a repercussão. [...] Afirmar que tributos como o [...] Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) [...] são indiretos ou suportados pelo consumidor, é uma conclusão de cunho econômico [...].<sup>24</sup>

Ives Gandra Martins, que vai ao ponto de reputar o Artigo 166 do CTN, “um primor de inconstitucionalidade”, lamenta:

Sua interpretação política [do Art. 166 do CTN], através das súmulas 71 e 546, tem sido restringida à discussão dos tributos indiretos somente, no sistema nacional, ou seja, do IPI e do ICM.

O mau Direito, entretanto, gera vícios e aspirações viciosas, razão pela qual já se prenuncia a tentativa de se estender a torpeza de seu conteúdo imoral para outras quantias exigidas a título de tributo, mesmo que não rotuladas de IPI e ICM.<sup>25</sup>

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, de época relativamente recente a esta parte, vem sistematicamente decidindo na trilha apontada pela dou-

<sup>23</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. In: BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 11. ed. atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio: Forense, 1999. p. 886.

<sup>24</sup> *Op. Cit.* p. 890.

<sup>25</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Repetição do indébito. In: *Caderno de Pesquisas Tributárias*, n. 8, p. 155-194 (176).

trina contemporânea, de que é somente no que atina ao IPI e ao ICMS<sup>26</sup> que se aplica o Artigo 166 do CTN:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 3º, I, DA LEI Nº 7.787-89, E ART. 22, I, DA LEI Nº 8.212/91. AUTÔNOMOS, EMPREGADORES E AVULSOS. COMPENSAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE ENCARGO FINANCEIRO. ART. 166, DO CTN. LEIS NºS 8.212/91, 9.032/95 E 9.129/95.

[...]

2. Tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro são somente aqueles em relação aos quais a própria lei estabeleça dita transferência.

3. Somente em casos assim aplica-se o art. 166, do Código Tributário Nacional, pois a natureza, a que se reporta tal dispositivo legal, só pode ser a jurídica, que é determinada pela lei correspondente e não por meras circunstâncias econômicas que podem estar, ou não, presentes, sem que se disponha de um critério seguro quando se deu, e quando não se deu, aludida transferência.

4. Na verdade, o art. 166, do CTN, contém referência bem clara ao fato de que deve haver pelo intérprete sempre, em casos de repetição de indébito, identificação se o tributo, por sua natureza, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, quando a lei, expressamente, não determina que o pagamento da exação é feito por terceiro, como é o caso do ICMS e do IPI. [...].<sup>27</sup>

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. TRIBUTO INDIRETO. TRANSFERÊNCIA DE ENCARGO FINANCEIRO AO CONSUMIDOR FINAL. ART. 166, DO CTN. ILEGITIMIDADE ATIVA. CORREÇÃO MONETÁRIA. SALDOS CREDORES ESCRITURAIS. MATÉRIA DE DIREITO LOCAL. PRECEDENTES.

[...]

3. Tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro são somente aqueles em relação aos quais a própria lei estabeleça dita transferência. Somente em casos assim aplica-se a regra do art. 166, do CTN, pois a natureza, a que se reporta tal dispositivo legal, só pode ser a jurídica, que é

---

<sup>26</sup> Para além dos dois outros tributos mencionados anteriormente.

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: 1.ª Seção. EREsp 168.469-SP. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS *versus* Ramires e Companhia Ltda. Relator: ministro José Delgado. Acórdão de 10/11/1999. Maioria. DJU 17/12/1999, p. 314.

determinada pela lei correspondente e não por meras circunstâncias econômicas que podem estar, ou não, presentes, sem que se disponha de um critério seguro para se saber quando se deu, e quando não se deu, a aludida transferência.

4. O art. 166, do CTN, contém referência bem clara ao fato de que deve haver pelo intérprete sempre, em casos de repetição de indébito, identificação se o tributo, por sua natureza, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, quando a lei, expressamente, não determina que o pagamento da exação é feito por terceiro, como é o caso do ICMS e do IPI. [...].<sup>28</sup>

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ICMS. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 17% PARA 18%. COMPENSAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO INDIRETO. TRANSFERÊNCIA DE ENCARGO FINANCEIRO AO CONSUMIDOR FINAL. ART. 166, DO CTN. ILEGITIMIDADE ATIVA.

[...]

II – O Art. 166, do CTN, contém referência bem clara ao fato de que deve haver pelo intérprete, sempre, em casos de repetição de indébito, identificação se o tributo, por sua natureza, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, quando a lei, expressamente, não determina que o pagamento da exação é feito por terceiro, como é o caso do ICMS e do IPI.

III – Essa posição consolidou-se por considerar que o art. 166, do CTN, só tem aplicação aos tributos indiretos, isto é, que se incorporam explicitamente aos preços, como é o caso do ICMS, do IPI, etc. [...].<sup>29</sup>

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IPI. TRIBUTO INDIRETO. TRANSFERÊNCIA DE ENCARGO FINANCEIRO AO CONSUMIDOR FINAL. ART. 166, DO CTN. ILEGITIMIDADE

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: 1.<sup>a</sup> Turma. AgRg no REsp 406.778-SP. Cibié do Brasil Ltda. *versus* Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: ministro José Delgado. Acórdão de 02/5/2002. Unânime. DJU 10/6/2002, p. 152.

<sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: 1.<sup>a</sup> Turma. AgRg no REsp 457.567-SP. Mavi Máquinas Vibratórias Ltda. e Filial *versus* Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: ministro Francisco Falcão. Acórdão de 13/5/2003. Unânime. DJU 30/6/2003, p. 143.

ATIVA. PRECEDENTES.

[...]

4. Tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro são somente aqueles em relação aos quais a própria lei estabeleça dita transferência.

5. Somente em casos assim aplica-se a regra do art. 166, do Código Tributário Nacional, pois a natureza, a que se reporta tal dispositivo legal, só pode ser a jurídica, que a determinada pela lei correspondente e não por meras circunstâncias econômicas que podem estar, ou não, presentes, sem que se disponha de um critério seguro para saber quando se deu, e quando não se deu, a aludida transferência.

6. Na verdade, o art. 166, do CTN, contém referência bem clara ao fato de que deve haver pelo intérprete, sempre, em casos de repetição de indébito, identificação se o tributo, por sua natureza, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, quando a lei, expressamente, não determina que o pagamento da exação é feito por terceiro, como é o caso do ICMS e do IPI.[...].<sup>30</sup>

Nesse mesmo sentido, há vários outros pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça.<sup>31</sup>

## 5. Conclusão

É rematar: o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) tem feição *direta*, para ainda uma vez empregar o dito ao gosto da hoje em dia abandonada classificação. Este tributo, indubitavelmente, não se inclui entre aqueles (IPI e ICMS) que por sua própria natureza *jurídica* comportam transferência do respectivo encargo financeiro, na medida em que *a lei* não determina que o ônus financeiro dessa exação (ISS) seja transferido a terceiro.

Pela característica *legal* desse imposto (ISS), as qualidades de sujeito passivo de fato e sujeito passivo de direito estão concentradas *na mesma pessoa*, o prestador do serviço (contribuinte). É consideração de matiz exclusivamente *econômico*, completamente irrelevante no campo da repetição do indébito, a que

---

<sup>30</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: 1.<sup>a</sup> Turma. AgRg no REsp 433.171-RS. Telasul S.A. *versus* Fazenda Nacional. Relator: ministro José Delgado. Acórdão de 27/8/2002. Unânime. DJU 23/9/2002, p. 282.

<sup>31</sup> P. ex.: EDcl nos EDcl no REsp 449.118-SC, EDcl no REsp 416.333-PR, REsp 411.478-PR, AgRg no REsp 406.778-SP, AgRg no REsp 327.245-SP, REsp 300.156-SP, AgRg no AI 365.142-SP etc.

pretender argumentar com a circunstância de que *de fato* o prestador do serviço incorpora, no valor deste, o do imposto.

A conseqüência que se extrai, por conseguinte, é no sentido de que, no caso de pagamento indevido de ISS, para a sua restituição não tem lugar a aplicação do disposto no Artigo 166 do Código Tributário Nacional, que há de efetuar-se, portanto, sem que do sujeito passivo seja exigida prova de que não efetuou transferência do ônus financeiro do tributo a terceiro, ou, tendo isso ocorrido, a apresentação de autorização deste, para obter a restituição.

## REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro Forense, 1999.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

BOTALLO, Eduardo Domingos. Restituição de impostos indiretos. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, out./dez. 1972.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. Repetição do indébito. *Caderno de pesquisas tributárias*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária/Resenha Tributária (co-edição), n.8, 1983.

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

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 3. ed. Rio: Forense, 1999.

DERZI, Misabel Abreu Machado. In: BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Atualizadora: Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4. ed. São Paulo: IBET/Resenha Tributária (co-edição), 1978, v. I.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 13. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. Repetição do indébito tributário. In: *Caderno de pesquisas tributárias*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária/Resenha Tributária (co-edição), n. 8, 1983.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Repetição do indébito. In: *Caderno de pesquisas tributárias*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária/Resenha Tributária (co-edição), n. 8, 1983.



MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2001.

OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. *Curso expositivo de direito tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

WAGNER, José Carlos Graça. Restituição de tributos e repercussão econômica. In: *Caderno de pesquisas tributárias*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária/Resenha Tributária (co-edição), n.8, 1983.



# DO TRABALHO TERCEIRIZADO: POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA SUA FUNÇÃO SOCIAL NA NOVA DINÂMICA EMPRESARIAL?

ABOUT OUTSOURCED WORK: POSSIBILITY OF ACCOMPLISHING ITS SOCIAL FUNCTION IN THE NEW DYNAMICS OF AN ENTERPRISE?

Lourival José de OLIVEIRA<sup>1</sup>

## RESUMO

A reestruturação pós-fordista, envolvendo novas tecnologias, novos métodos de gestão da produção, novas formas de utilização da força de trabalho e a transformação do Estado, com novos modos de regulação da atividade empresarial, contém elementos que acabam delineando a chamada reestruturação produtiva. Nesta nova ordem, a terceirização da força de produção pode representar a dispersão do núcleo empresarial, desagregando trabalhadores e limitando a sua força de representação. No entanto, dentro da mesma reestruturação produtiva, desponta a empresa como instituição, tomando a terceirização nova compreensão a partir do momento em que participa de uma estrutura horizontalizada, com a participação efetiva dos trabalhadores nos seus destinos, tendo como resultado a socialização da empresa, que acaba expandido e gerando contribuições para toda a coletividade externa.

**Palavras-chave:** terceirização; reestruturação produtiva; a instituição empresarial; estrutura horizontalizada.

## ABSTRACT

The post fordist renovation, involving new technologies, new methods of management production, new ways of using the workforce and the transformation of the State, with new ways of companies' activity regulation, are elements that

---

<sup>1</sup> Professor do Programa Mestrado em Direito da Unimar- Marília-SP. Professor do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Professor do Curso de Graduação da UNOPAR (Universidade Norte do Paraná) e FBCCAR (Faculdade Paranaense)

outline what we call productive re-structure. In this new order, the outsourcing of production force can represent the spread of the enterprise core, disaggregating workers and limiting their representation power. However, in the same productive re-structure, a company as an institution rises, having the outsourcing a new comprehension, as it takes part of a horizontal structure, with the effective participation of the workers in their destinies. The result is the socialization of the company, which grows and produces contributions for all the external collectivity. **Key words:** outsourcing; productive re-structure; company institution; horizontal structure.

## 1. Introdução

A discussão em torno da terceirização tem obtido grande importância, principalmente por parte dos defensores dessa forma de desconcentração de trabalho e de flexibilização, que apontam para a produção de bons resultados por parte das empresas que a adotaram. Trata-se de uma técnica de organização empresarial, a ponto de serem encontrados vários estudos sobre suas vantagens e desvantagens.

Para Pedro Vidal Neto:

A terceirização pode aplicar-se, portanto, quer à produção de bens, é dizer de componentes do produto final, quer à execução de serviços, mas somente se caracteriza quando inserida como etapa regular no processo de produção de uma empresa, poupando-a de obtê-los com a utilização de seus próprios equipamentos e de seu próprio pessoal. Não se perfaz pelo simples cometimento da execução de certas tarefas, a terceiros, de modo eventual e esporádico.<sup>2</sup>

Não obstante os defensores do processo de terceirização, têm-se em conta também os resultados não muito vantajosos a ela atribuídos. A título de exemplo, vale citar o desastre ocorrido em uma das plataformas marítimas da Petrobrás de extração de petróleo denominada de P-36.<sup>3</sup> Naquela oportunidade, descobriu-se

---

<sup>2</sup> VIDAL NETO, Pedro. A Terceirização Perante o Direito do Trabalho. In: MALLET, Estevão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (coord.) *Direito e Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 91.

<sup>3</sup> O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Alerj) sobre o afundamento da plataforma P-36 pede que o Ministério Público analise a tragédia, ocorrida em março, como "crime culposo" (não intencional). Onze petroleiros morreram. A CPI pede a responsabilização criminal dos diretores da Petrobrás que contrataram e acompanharam a construção da P-36 - o que inclui a gestão anterior e a atual de Philippe Reichstul.

que uma grande percentagem dos trabalhadores que exerciam a função de petroleiros estavam vinculados a empresas interpostas, empresas de terceirização, verificando-se que as empresas fornecedoras de mão-de-obra não cuidavam suficientemente dos treinamentos necessários dos seus petroleiros, podendo esse fator ter contribuído para o acidente ocorrido.

Em face das denúncias, recentemente a Petrobrás assumiu o compromisso de redução do trabalho terceirizado nas plataformas exploradoras de petróleo<sup>4</sup>.

Por outro lado, a terceirização, no momento atual, ou que se procede à chamada reestruturação produtiva, já não pode ser mais estudada nos termos simplistas apresentados no final da década de 80 e parte da década de 90, não se tratando mais da execução de certas tarefas esporádicas ou atividades que não estão incluídas no núcleo empresarial.

Não se pretende, neste estudo, caminhar para algo casuístico, no sentido de destacar vantagens, desvantagens da terceirização ou as variadas formas de terceirização. Pretende-se explicar esse fenômeno, que está ligado à questão histórica primeiramente e à própria reordenação dos diferentes modos de produção, concebendo-a como fator de reorganização estrutural produtiva com uma evolução própria, que começou no Brasil pela sua permissão para as chamadas atividades-meio e, no momento atual, em alguns setores produtivos, foi introduzida na consecução das próprias atividades-fins da empresa.

---

A CPI concluiu também que a terceirização da mão-de-obra na Petrobrás foi um dos itens que pesaram para o acidente da P-36. O relatório será encaminhado ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas da União, além da Agência Nacional de Petróleo (ANP), Marinha, Polícia Federal e à própria Petrobrás.

<sup>4</sup> **Petrobras assinará convênio para reduzir trabalho terceirizado.** O secretário de Energia, Indústria Naval e Petróleo, Wagner Victor, anunciou na sexta-feira que o presidente da Petrobrás, Henri Phillippe Reichstul, assina na quarta, às 18 horas, com o presidente da Confederação Nacional de Trabalhadores em Transportes Aquaviários, Severino Almeida, protocolo de intenções para reduzir o número de trabalhadores terceirizados em plataformas e navios petroleiros. O objetivo é também de melhorar e aumentar a quantidade de acordos coletivos de trabalho para o setor. A decisão foi tomada durante o encontro Offshore Taks Force Group, promovido no Rio de Janeiro pela ITF (Federação Internacional de Trabalhadores em Transportes Aquaviários).

Reunindo duas dezenas de representantes sindicais dos mais de 300 mil trabalhadores marítimos e petroleiros que atuam em embarcações de apoio (offshore) e nas plataformas de prospecção e exploração petrolífera em todo o mundo, o encontro representou avanço nas relações de trabalho deste segmento da indústria de petróleo em águas profundas, que detém as mais altas taxas de crescimento do setor.

“Aproveitamos o evento para estabelecer nossos alvos, apontar as empresas que trazem mais problemas aos trabalhadores em todo o mundo, aquelas que insistem em manter comportamentos condenáveis em suas relações com os trabalhadores”, anunciou o representante dos países da América Latina no Comitê, o presidente da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Aquaviários e Aéreos, na Pesca e nos Portos, Severino Almeida. Disponível em: [www.lneves.com.br/terceiri.html](http://www.lneves.com.br/terceiri.html). Acesso em: 29.10.03.

## 2. Da questão histórica nas relações de trabalho

O Direito do Trabalho não pode ser estudado sem levar em consideração os variados modos de produção, que trouxeram uma gama de variações na organização produtiva, tendo como conseqüência as diversas formas com que o homem se relacionou com o seu meio.

Modo de produção é a própria relação do homem com a natureza, levando-se em conta os mecanismos de produção, as variadas técnicas empregadas para a produção do trabalho, as formas de prestação de trabalho e o próprio produto obtido dessas relações.

A contar principalmente dos Estados Unidos, iniciou-se o desenvolvimento do chamado modelo fordista de produção, cuja base era um conjunto de ações, que iam desde o controle do trabalho até a criação de hábitos de consumo. Significou a busca do pleno emprego, com a conseqüente integração da população na economia de mercado, de que resultaria uma crescente acumulação de riquezas e o desenvolvimento das forças produtivas, com a intervenção reguladora do Estado financiador.

Na década de 90 o mundo passou por rápidas transformações no modo de produção, fazendo com que a vida tomasse uma dimensão planetária e o Estado passasse a representar um outro papel, deixando por assim dizer de ser um Estado financiador ou centralizador e passando para o papel de regulador, sendo as funções do Estado nacional ocupadas por organismos internacionais, a ponto de poder ser afirmado que o modelo anterior, centralizador, de Estado passava pela seguinte fórmula: industrialização-urbanização- militarização-concentração econômica-integração social-consumo em massa. A nova fórmula pode ser representada como: acumulação com domínio supramercado - não intervenção estatal-domínio do coletivo através da fragmentação da produção e dos interesses dos trabalhadores.

Segundo Reginaldo Melhado:

O apogeu do desenvolvimento tecnológico e das lentas e subliminares transformações no plano da economia, com a empresa capitalista pouco a pouco sobrepujando a oficina artesanal, coincidem com o paroxismo da crise do antigo remímen político e econômico feudatário. Não obstante, os ideários da revolução burguesa restam alijados da fábrica capitalista, no que tange à conformação organizativa da produção e ao controle do trabalho.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição*. São Paulo: LTr. 2003, p. 144 -145.

Dentro da nova estrutura, aqui chamada de globalizante, tem-se a fragmentação do coletivo, com diferentes resultados, de acordo com o local da incidência e o setor de produção em que se operam as políticas globalizantes. Para visualizar melhor essas variáveis ocorridas nos modos de produção, vale citar o setor automotivo.

As grandes empresas automotivas passaram a adotar um conjunto de estratégias de produção que atingiram o mundo do trabalho. São estratégias tidas como de avanços qualitativos e quantitativos de produção, com inovações tecnológicas e organizacionais, atingindo o próprio núcleo da produção. Trata-se de um complexo de ações que podem ser resumidas em um processo de reestruturação produtiva, com a criação de novas plantas organizacionais, com determinados padrões de flexibilização do trabalho, permitindo que empregados de várias empresas diferentes, que antes eram empresas fornecedoras simplesmente de peças para a montadora, se associassem e criassem novos métodos de gerenciamento e de organização de produção.

Esse novo complexo produtivo gerou a chamada descentralização produtiva, caracterizada principalmente pela chamada terceirização em um segundo estágio de desenvolvimento. Na medida em que se constituiu uma nova rede de produção, atendendo-se aos princípios da racionalização da produção e das novas técnicas de gestão da produção, houve a necessidade da transferência de atividades produtivas para outras empresas, mudando conseqüentemente a concepção do chamado espaço-território da produção. Antes a terceirização atingia os serviços de apoio à produção, como os serviços de limpeza, transportes, vigilância e etc. A contar dessa nova reestruturação produtiva atingiu-se os trabalhos ligados a atividade fim da empresa, vinculados aos principais setores da produção, com trabalho qualificado, oferecendo uma nova divisão do processo produtivo aliado à manutenção do nível tecnológico.<sup>6</sup>

Enquanto resultados desse processo de desconcentração na produção, constituindo uma nova terceirização, podem ser observados os seguintes: a aproximação geográfica das empresas de terceirização com a empresa tomadoras; a própria desconstituição da empresa centralizadora, passando as antigas empresas de terceirização a ocuparem o núcleo da produção;<sup>7</sup> a dificuldade de se ter o conceito

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Lourival José. *Direito do Trabalho: organizações de trabalhadores e modernização*. Curitiba: Juruá. 2003, p. 169-170.

<sup>7</sup> Trata-se da instituição do chamado condomínio industrial. No setor automobilístico, vale citar o exemplo da fábrica de caminhões da Volkswagen, em Resende/RJ, onde as antigas fornecedoras de peças tornaram-se as verdadeiras montadoras, todas irmanadas pela responsabilidade solidária da produção. A organização da produção em Resende já foi planejada desde o início de funcionamento da fábrica para que a própria operação de montagem das peças no veículo fosse realizada por empresas terceiras na linha de produção “supervisionada” pela Volkswagen. Não há ali nenhum trabalhador direto da própria VW nessa tarefa produtiva de montar os componentes dos veículos.

de categoria profissional diante desse novo quadro de inter-relacionamento empresarial e de trabalho; e, a geração de um novo coletivo.

É justamente esse novo coletivo no ambiente de trabalho que se apresenta enquanto carente de uma melhor reflexão, principalmente em torno da nova noção que se deve ter sobre esse novo ambiente empresarial.

### 3. A terceirização e o novo coletivo empresarial.

A terceirização, por pelo menos duas décadas, passou a ser tida como um dos elementos de flexibilização do direito do trabalho. Uma verdadeira estratégia de “modernização” para fins de ser alcançada a competitividade empresarial.

No Brasil, inexistia até o atual momento uma legislação própria que regule a terceirização, com exceção dos serviços de vigilância e o trabalho temporário.<sup>8</sup> O Enunciado nº 256/86<sup>9</sup> do Tribunal Superior do Trabalho (TST) foi a primeira referência importante sobre ações judiciais. Com o Enunciado nº 331/83 do T.S.T., estabeleceu-se que a contratação de mão-de-obra por empresa interposta era ilegal, com exceção do trabalho temporário, de serviço de vigilância, conservação e limpeza e aqueles serviços especializados ligados à atividade-meio da tomadora. Criou-se assim a discussão sobre os critérios a serem adotados para se ter o conceito de atividade-meio e de atividade-fim, ressaltando-se que é essencialmente difícil, principalmente, em face do processo de reorganização produtiva, que com as novas formas de gerenciamento empresarial, atinjam-se pontos de dificuldade de identificação da atividade-meio e da atividade-fim, em dado contexto empresarial.

Em várias situações, a expansão do processo de terceirização acabou inserindo-se nos planos gerenciais de determinadas organizações produtivas, levando à redução de serviços, à desverticalização empresarial, à composição de verdadeiros consórcios, que escapam à visão simplista da caracterização de atividade-meio ou atividade-fim, justamente porque os conceitos transcritos estão inseridos em dada organização verticalizada, onde permanece o chamado núcleo empresarial, com atividades acessórias circundando esse núcleo. A partir do momento em que as atividades ou serviços antes acessórios acabam por compor o núcleo, cresce a dificuldade de se localizar as atividades-meio e as atividades-fim.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Leis ns. 7.102/83 e 6.019/74, respectivamente.

<sup>9</sup> CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.01.74 e 7.102, de 10.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresas interpostas, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

<sup>10</sup> Maria da Consolação Vegi da Conceição explica, em seu artigo “A terceirização e o direito no Brasil”: “Por sua vez, a fábrica de caminhões da Volkswagen de Resende-RJ, fundada em 1996, vem sendo



Essa nova concepção de terceirização acaba levando a sérias indagações. Dentre elas, tem-se: a organização sindical dentro desse novo contexto; a questão salarial, principalmente a equiparação ou não das remunerações dos empregados vinculados às demais empresas que participam conjuntamente do núcleo empresarial; a qualificação profissional e a solidariedade empresarial diante de possíveis ações trabalhistas promovidas pelos empregados, em relação às várias empresas que se encontram agrupadas na produção comum.

No que diz respeito à organização sindical especialmente, já foi examinado em obra recente a questão do “núcleo de representação direta”, ficando assim demonstrada a questão:

A grande reforma ou reestruturação do sindicalismo no Brasil deve passar pela representação efetiva dos trabalhadores nos locais de fábrica, através dos núcleos de representação direta. Esses núcleos seriam pontos de aglutinação de trabalhadores dentro da fábrica, podendo, ou não, vir a constituir-se em pessoa jurídica de direito privado. A necessidade de um ou mais núcleos na mesma empresa estaria dependente da necessidade e voluntariedade dos trabalhadores, de acordo com o quadro organizacional da empresa, a associação dessa empresa com outras empresas. Seria a participação efetiva dos trabalhadores, opinando, reagindo, integrando-se à atividade empresarial, sem se despir dos seus interesses próprios e individualizados.

Os núcleos de representação seriam caracterizados como política de trabalhadores e de empresa interagindo internamente, de forma coordenada e, após, agindo e recebendo da coletividade externa os reflexos das ações empregadas, de maneira a fazer que a atividade empresarial, como um todo, esteja apta para atender a esta mesma comunidade.<sup>11</sup>

---

considerada por muitos como a fábrica do futuro. Lá, a Volkswagen estabeleceu parceria com dez empresas fornecedoras de componentes. Estes fornecedores, além de responsáveis pelo suprimento de componentes (módulos), são também encarregados pela montagem dos módulos do veículo, logística e abastecimento. A Volkswagen cabe a função de projetar o veículo, supervisão da produção (o que inclui o controle de qualidade) e a venda final do produto. A organização da produção em Resende já foi planejada desde o início de funcionamento da fábrica para que a própria operação de montagem das peças no veículo fosse realizada por empresas terceiras na linha de produção “supervisionada” pela Volkswagen. Não há ali nenhum trabalhador direto da própria VW nessa tarefa produtiva demonstrar os componentes dos veículos.” Disponível em <http://www.foconet.com.br> Acesso em 20.10.03.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Lourival José de. *Direito do Trabalho: organizações de trabalhadores e modernização*. Curitiba: Juruá, 2003, p.218-219.

No que tange à garantia para os empregados das diversas empresas participantes do núcleo, na hipótese da busca da responsabilização, parece que não há dificuldade em se concluir pela solidariedade entre as empresas com relação a todos os empregados, diante da concentração das atividades havidas. Há de se reconhecer que efetivamente se pode gerar até uma maior garantia para os empregados diante do desenvolvimento da terceirização em face da reorganização produtiva, levando-se em conta que as empresas se apresentam com maior idoneidade, ganhando-se uma espécie de fusão administrativa.

No caso da qualificação profissional, podem ser vislumbradas duas situações: a trazida com a tragédia da plataforma P-36, cuja responsabilidade foi atribuída, em parte, às empresas de terceirização, que não qualificavam os seus trabalhadores de forma satisfatória e, no caso da nova terceirização em face da reestruturação produtiva, em que as empresas que se apresentam integradas possuem idoneidade suficiente e comprovada para participarem do consórcio produtivo, inclusive, com políticas de recursos humanos e níveis salariais idênticos.

Como alinhar a reestruturação produtiva, o crescente fenômeno da terceirização e a responsabilidade social empresarial?

#### **4. A terceirização e a responsabilidade social empresarial**

A responsabilidade social da empresa está vinculada diretamente ao conceito de cidadania aplicada ao contexto empresarial. Em outras palavras, trata-se de articular os projetos empresariais com os da coletividade. Para a sua concretização, a empresa deve estar voltada para a construção de uma realidade social, percebendo as necessidades do mundo e agindo de forma a fazer com que o seu desenvolvimento se realize de uma forma sustentada, não se pautando somente em valores econômicos.

Em outras palavras, dentro do projeto individual da empresa deve estar contida a sua relação com o contexto coletivo, partindo de uma ética de responsabilidade, em que o seu crescimento deve estar respaldado com o crescimento da sociedade, especificamente dos indivíduos (trata-se do plano coletivo de desenvolvimento).

Evaristo de Moraes Filho, tratando sobre a função social da empresa, ensina:

Mais tarde a sociologia industrial e a sociologia do trabalho, nos Estados Unidos, na França, na Inglaterra, haveriam de retomar a empresa para tema de seus estudos e pesquisas, considerando-a como sistema social, não só em sua organização interna, como igualmente em suas relações com a sociedade global em seus

efeitos sobre o nível de vida, a concentração ou dispersão populacional, sobre a vida doméstica, cultural e mesmo política da comunidade circundante. E aqui já se manifesta de maneira flagrante a imensa função social da empresa que não é uma ilha perdida e isolada em seu tempo e em seu espaço. Pelo contrário, faz parte de um todo global inexplicável, nacional e internacional. Com os estudos da sociometria, das relações humanas, da organização e da administração, hoje comuns e necessários, alcançou a empresa a posição de um dos grupos mais bem estruturados e organizados para a pesquisa sociológica.<sup>12</sup>

Dentro de uma visão meramente empresarial, econômica, o elemento humano não é predominante, diante da possibilidade de um lucro e mesmo quando toma alguma importância, no caso de a empresa possuir trabalhadores qualificados de difícil substituição; ainda assim, o que prevalecerá é a busca do lucro através desses trabalhadores.

Para o Direito do Trabalho, a situação não funciona assim. O seu interesse maior é o homem, voltando-se principalmente para as relações que se estabelecem entre as pessoas. No caso, o interesse social da empresa deve ser, em um primeiro momento, com o seu ambiente interno, com a melhoria das condições de vida para a sua comunidade interna. Num segundo momento, é fazer com que a melhoria das condições de vida alcance o ambiente externo, vindo daí a compreensão da sua função social.

A função social não está restrita apenas à empresa. Segundo o artigo 170 da Constituição Federal:

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: [...] II- propriedade privada; **III- função social da propriedade;**[...] V – defesa do consumidor; [...] **VIII – busca do pleno emprego.**

Não poderia ser diferente em relação à empresa, considerada parte da sociedade, que tem como obrigação empregar suas forças em favor do coletivo social. A cultura de uma organização moderna, de uma empresa cidadã, tem de integrar-se ao espírito da coletividade, ligando-se a outros sistemas sociais, acompanhando as conquistas tecnológicas, culturais, científicas, políticas e administra-

---

<sup>12</sup> MORAIS FILHO, Evaristo de. A função social da empresa. In: MALLET, Estevão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim.(Coord) *Direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 141.

tivas. Em seus novos comportamentos coletivos, a empresa abre-se para a construção de um novo meio ambiente de trabalho, sujeitando-se às leis sociais, desempenhando um papel de valorização do cidadão, com o investimento em novas tecnologias, a adoção de novas formas de gerenciamento, visando ao aumento da produtividade e do bem-estar dos empregados, sempre engajada com o compromisso social de contribuir com o desenvolvimento de toda a sociedade de maneira duradoura. Sob essa ótica é que devem ser observadas as novas formas de reestruturação produtiva, principalmente a questão da terceirização enquanto fazendo parte dessa reestruturação.

### **5. A terceirização, reorganização produtiva e a empresa social**

A tendência das empresas modernas deve ser a de organizar o processo produtivo com base na iniciativa dos seus empregados e na capacidade para eliminar custos, ao mesmo tempo em que procuram atender a dinâmica e a necessidade do mercado, normalmente produzindo em lotes de pequena dimensão e mantendo baixos estoques. A característica central e diferenciadora do chamado método japonês foi abolir a função de trabalhadores profissionais especializados, para torná-los especialistas multifuncionais, ou seja, a organização da produção em células e não em linhas rígidas.

Essa nova forma de gerenciamento, interagindo-se empresas em uma escala evoluída de terceirização necessita da estabilidade do seu pessoal, que é elemento extremamente importante para a implementação desse modelo. Nessas condições, está-se consolidando um sistema de produção planejado, sob a premisa do controle relativo do mercado pela grande empresa. Assim, o que é importante nesse modelo é a “desintegração vertical da produção”, compondo um conjunto de empresas, substituindo a integração vertical de departamentos dentro da mesma estrutura empresarial, normalmente burocratizada. Também é provável que gere maiores incentivos e mais responsabilidade para os empregados, sem necessariamente alterar o padrão de concentração do poder industrial, da inovação tecnológica, do poder financeiro e do controle do negócio propriamente dito.

A habilidade organizacional em aumentar as fontes de conhecimentos torna-se a base das inovações anunciadas, exigindo estabilidade da força de trabalho, porque apenas dessa forma é racional que um indivíduo transfira seus conhecimentos para a empresa, e a mesma difunda conhecimentos explícitos entre seus trabalhadores. Esse mecanismo aparentemente simples envolve uma transformação profunda das relações entre os gerentes e os trabalhadores, alterando a ordem de poder, com o empregado participando da vida empresarial de forma interativa, com a finalidade de alcançar internamente a valorização do trabalhador, a sua

qualificação, a sua participação, desmistificando-se o aspecto privatístico que cercava o ambiente empresarial. Dessa maneira, tem-se a chamada empresa social, que deverá exportar esses conhecimentos e a participação para outras esferas de poder.

Nesse contexto, tem-se a participação do Estado enquanto fonte reguladora das relações de trabalho e ao mesmo tempo, da criação de um campo autônomo de participação do empregado nas atividades empresariais, que irá gerar um espaço reservado para os trabalhadores sem que com isso precise desregular as relações de trabalho, eliminando as normas protetivas mínimas, principalmente para aquela outra gama de empregados que não possuem ainda o privilégio de trabalharem nesse novo conceito de empresa ou de atividade empresarial, apenas pelo controle rígido, verticalizado e com pouca qualificação no trabalho.

Trata-se em outras palavras da implementação da chamada autonomia privada coletiva dentro do novo contexto empresarial, onde principalmente a terceirização alcançou diferente grau de desenvolvimento, passando pelo processo de socialização da empresa, com a participação efetiva do trabalhador.

Portanto, é possível pensar nas novas formas de terceirização, através do estudo do processo de reorganização produtiva, sem que com isso seja gerada necessariamente a desagregação dos trabalhadores. De forma contrária, pode ser obtida a efetiva inclusão deles no processo de produção, de participação empresarial, em que a reorganização produtiva poderá em muito contribuir para o alcance desse resultado.

## **6. A reforma trabalhista e a garantia do processo de socialização nas relações de trabalho**

Quando do surgimento do direito do trabalho, o crescimento da produção implicava necessariamente a geração de novos postos de trabalho. Nos dias atuais, com a produção devidamente globalizada, o crescimento econômico não quer significar necessariamente o aumento desses. Muito pelo contrário, pode resultar na deterioração ou precarização dos postos de trabalho existentes, pois, a cada dia, tem-se com maior intensidade o aumento do nível de exclusão social.

O Estado, por sua vez, nos dias atuais, não detém mais a força necessária para impedir que a exploração e a exclusão social deixem de acontecer. Inclusive, o que prepondera são as propostas de não intervenção do Estado no domínio econômico, de modo a deixar que as forças econômicas possam calibrar por si próprias o ambiente de trabalho e, por conseqüência, as condições de vida dos trabalhadores.

Por conta disso, a luta não mais é travada entre o capital e o trabalho. Nesta nova organização, o capital já venceu o trabalho há muito tempo. Deve-se

assim insurgir-se na participação do empregado nesta nova ordem produtiva. A forma integrativa com participação do trabalhador nos destinos da empresa deve preponderar, se comparada á política de confronto.

Dessa maneira, o que se propõe, com amparo na premissa da socialização da empresa, é ter o direito do trabalho, em seu processo renovador, baseado em outras premissas. Para tanto, vale a defesa de alguns pontos de extrema importância. São eles: a proteção contra a informatização e a automação abusiva, estabelecendo-se procedimentos que regulem os processos de automação, a fim de que a eliminação dos postos de trabalho não ocorra de forma inconseqüente. Juntamente com essa proteção, a defesa da requalificação da mão-de-obra que será eliminada, através de incentivos fiscais e reintegração em postos de serviço com o apoio direto da empresa geradora das demissões; a implementação de uma legislação própria de direito à informação, de forma a fazer com que os trabalhadores de dada empresa tenham efetivamente condições de conhecer a real situação econômica, administrativa e gerencial da empresa; o impedimento de práticas desleais de negociação e de contratação, de sorte a não criar a discriminação no ambiente de trabalho, com medidas repressivas e desmotivadoras; a fixação de metas sociais para serem alcançadas pelas empresas, que não sejam simplesmente na busca de doações com vistas a propagandas publicitárias.

Nota-se que são outros os ideais perseguidos pelo Direito do Trabalho, que não mais estão circunscritos na proteção das garantias mínimas do trabalho na relação de emprego. Muito pelo contrário, estão voltados a incentivar a efetiva participação social da empresa no plano interno e externo, na comunidade em que está inserida, através de projetos de reestruturação produtiva pautados na valorização do homem.

## **7. Conclusão**

O Estado nacional, neste momento, não poderá ser retirado da área de regulação entre o capital e o trabalho. O Direito do Trabalho deve passar por uma mudança de concepção, deixando a visão dualística e buscando fazer com que o empregado se incorpore efetivamente à empresa, de forma a sociabilizá-la. Deste processo, existe a possibilidade de compatibilizar a reorganização produtiva, o avanço dos processos de terceirização e a nova tecnologia aliada com as novas formas de gerenciamento, sem que com isso se tenha necessariamente o desemprego e a desvalorização do homem. Exercendo o Estado a sua função reguladora, dinamizando-se o Direito do Trabalho segundo essas novas premissas, tornando-se possível alcançar resultados excelentes de humanização da empresa e do espaço externo em que ela está localizada.

Na verdade, tudo isso poderá significar o rompimento evolutivo do direito do trabalho, que não deverá mais estar a serviço do empregado. Deverá, sim, objetivar o meio ambiente do trabalho em busca da socialização da empresa e da sua contribuição ao meio social (contribuição externa), caracterizando-se assim a chamada desconcentração do poder, que deixa de estar concentrado no Estado, passando a localizar-se em outras esferas do social.

## REFERÊNCIAS

CONCEIÇÃO, Maria de. *A terceirização e o direito no Brasil*. Disponível em: <http://www.foconet.com.br>.

MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição*. São Paulo: Ltr, 2003, p. 144-145.

MORAIS FILHO, Evaristo de. A função social da empresa. In: MALLET, Estevão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. (coord.) *Direito do trabalho*. São Paulo: Ltr. 1996, 141.

OLIVEIRA, Lourival José de. *Direito do trabalho: organizações de trabalhadores e modernização*. Curitiba: Juruá, 2003, p.169-70.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Trabalho terceirizado e composição industrial*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SEGURANÇA nas plataformas da petrobrás é questionada. Disponível em: <http://www.gustavorcs.hpg.ig.com.br/materias.htm>. Acesso em 29.10.03.

VIDAL NETO, Pedro. A terceirização perante o direito do trabalho. In: MALLET, Estevão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (coord.) *Direito do trabalho*. São Paulo: Ltr., 1996, p. 91.





# CONTRIBUIÇÕES AO ESTUDO DO DEVER DE CONTINUIDADE NOS PRINCIPAIS SERVIÇOS ESSENCIAIS

## CONTRIBUTIONS TO THE STUDY OF CONTINUITY DUTY IN THE MAIN ESSENTIAL SERVICES

Oscar Ivan PRUX<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo aborda a problemática dos serviços essenciais, em especial o conteúdo do dever de continuidade ao teor do Art. 22, da Lei nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor). Para esse desiderato, refere-se brevemente ao contexto social e jurídico que levou à aprovação do CDC e trata de conceituações e elementos relativos aos serviços de interesse geral ou coletivo (públicos e privados sob forte controle estatal), até adentrar e concentrar-se em seu foco principal, que é o estudo da possibilidade ou não de suspensão do fornecimento de serviços essenciais (exemplo: água, luz, esgotos etc.) diante de descumprimento de obrigação contratual (principalmente falta de pagamento), por parte do usuário. Traçando considerações que levam em conta a legislação vigente e os fatores inerentes a viabilidade econômica das empresas envolvidas nos fornecimentos, bem como os aspectos sociais decorrentes da questão, apresenta conclusões palpáveis para a atual conjuntura, sem deixar de indicar soluções ideais para uma sociedade melhor.

**Palavras-chave:** Serviço essencial, serviços de interesse geral ou coletivo, dever de continuidade, suspensão do fornecimento de serviço essencial.

### ABSTRACT

This article deals with the problems of the essential services, specially the contents of the continuity duty, which is presented in the article 22 Law number 8.078/90 (Consumer's Code). To achieve this goal, it refers briefly to the social and juridical

---

<sup>1</sup> Advogado, Economista, Mestre em Direito, Doutor em Direito pela PUC/ São Paulo, Coordenador do Curso de Direito da FACNOPAR, Professor do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Marília - UNIMAR - Marília / SP.

context, which led up to the approval of the Consumer's Code and also refers to concepts and relative elements of general and collective interest services (public or private ones under strong State control). This article also comprehends and focus on the study of whether it is possible or not to suspend essential services supply (for example: water, light, energy, drain etc) as the users does not accomplish their contractual obligation (mainly lack of payment). Considering some issues that take into account the current law and the economical viability concerning the supply companies, as well as the social aspects related to this matter, the present article presents concrete solutions to the current system and indicates ideal solutions for a better society.

**Key words:** essential service, general or collective interest services, continuity duty, essential service supply suspension.

## 1. Aspectos introdutórios

O final do século XX apresentou profundas modificações, no cenário econômico e jurídico nacional. Sob o ponto de vista econômico, o processo de privatização que se instaurou no país retirou do Estado o monopólio do fornecimento de várias espécies de serviços, transformando substancialmente a realidade nacional desse tipo de mercado de fornecimento de serviços. Utilizando-se dos mecanismos de concessão, permissão, autorização ou outras formas jurídicas foi implementada a participação da iniciativa privada, no fornecimento de determinados serviços que antes eram prestados exclusivamente por empresas estatais. Desde, então, muitas empresas privadas passaram a provisionar o mercado e a se relacionar contratualmente com os consumidores desses serviços. Concomitantemente, sob o ponto de vista jurídico, a entrada em vigor do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), veio trazer, para o contexto social, uma nova visão impregnada positivamente da ininterrupta obrigação de qualidade nos fornecimentos e de boa-fé objetiva nas relações contratuais. Implícita e expressamente, a referida norma veio consolidar a visão que leva em conta o fato de que não se pode olvidar o número imenso de relações de consumo que são realizadas todos os dias, a sua complexidade, os valores envolvidos e, principalmente, que da qualidade dessas relações de consumo depende a qualidade de nossas vidas e, muitas vezes, até a sua duração. Tivemos, então, de um lado, a transformação da conjuntura econômica implementada pelo processo de privatização e, de outro, o direito fazendo o seu papel de adequar-se às novas realidades sociais, o que aconteceu, dentre outras formas, ao ser instituído, no direito positivo, que o CDC é estabelecido como norma de ordem pública e interesse social, conforme com muita propriedade temos inscrito em seu Artigo 1º.

A década passada se constituiu em época de profundas mudanças para a sociedade brasileira que, aos poucos, passou a contar com instrumentos de indução eficientes para uma modernização social outrora visualizada como utopicamente distante. A conscientização, por parte do cidadão, de direitos outrora ignorados (desconhecidos ou não-reclamados), marcou uma mudança de rumos. E, como uma das boas surpresas dessa transformação, tivemos a inclusão dos serviços públicos<sup>2</sup> entre aqueles que são abrangidos pelo CDC. Importante lembrar que, embora os posicionamentos contrários de muitos, provocando acalorados questionamentos na época de discussão do projeto, que redundou na referida norma, incluir o fornecimento de serviços públicos no rol das relações de consumo era soberanamente necessário, uma vez que, na segunda metade do século passado, o grau de interferência direta do Estado na economia era tamanho (algo em torno de 70%), que rivalizava com o das nações socialistas componentes da extinta União Soviética. E a vinda do processo de privatização não foi suficiente para deslustrar a importância dos serviços públicos, que além de ainda se manterem bastante numerosos, são normalmente ligados a fornecimentos sabidamente essenciais para a população. Dessa forma, deixar esses serviços alheios a tal regramento (CDC) seria condenar os consumidores a suportar um número enorme de relações contratuais tipicamente ultrapassadas, eivadas de práticas desrespeitosas para com os direitos mais elementares das pessoas. E isso não se coadunaria com o ideal de termos, nas relações contratuais de fornecimento, aquele equilíbrio e harmonia que construtivamente se almeja para esse mercado. Portanto, mesmo diante do processo de privatização, continuou oportuno incluir como sendo relação de consumo - com todos os deveres atinentes a essa condição - os serviços prestados a destinatário final e remunerados individualmente, considerada a dimensão e poderio de atuação das empresas estatais que continuam presentes na prestação de serviços a consumidor. Acrescente-se, inclusive, que vivenciamos agora um período em que diversos segmentos de nossa sociedade estão questionando severamente a atuação das agências reguladoras (que controlam e fiscalizam essa fatia de mercado, que passou a ser suprida por empresas privadas) e como resposta a isso, muitos governantes já acenam com ameaças de retomada, por parte do Estado, de certas atividades que foram privatizadas. De toda sorte, é indubitável que incluir o fornecimento de serviços públicos como espécie de relação de consumo regida pelo CDC representou a via prática capaz de contribuir para implantar verdadeiramente o Código, independente do processo de privatização que foi e está sendo implantado.

---

<sup>2</sup> Neste trabalho propomos que a adoção de uma classificação denominada de serviços de interesse geral ou coletivo, a qual é gênero que tem como espécies, além dos serviços públicos prestados diretamente pelas empresas públicas, também os serviços privatizados (concedidos, autorizados ou permitidos) e os serviços privados sob forte controle estatal.

A nosso ver, então, estabeleceu-se, a partir dessa conjuntura, o inequívoco enquadramento, como relação de consumo, de todos os serviços públicos fornecidos *uti singuli*, compondo junto com os serviços concedidos, permitidos ou autorizados e os serviços privados sob forte controle estatal (desde que fornecidos a consumidor), o elenco dos serviços de interesse geral ou coletivo.

A virada do milênio se fez com destaque para o clima de conscientização entre a população, cansada de séculos convivendo e sofrendo com um número elevado de atendimentos rotineiramente deficientes e descompromissados com a qualidade, tal como era comum nos fornecimentos por parte das empresas estatais. Com o CDC, de outra forma, o descaso para com o consumidor passou, desde então, a ter conseqüências sérias e por isso, como outro lado da moeda, aconteceu toda uma preocupação dessas empresas em tentar compreender e implementar a nova ordem proporcionada pela norma consumerista. De uma forma ou de outra, empresas estatais e aquelas em que o Estado manteve o controle e fiscalização da atividade, passaram a envidar esforços na tentativa de melhorar a eficiência nos fornecimentos, instaurando, tanto quanto possível, o sentido de proporcionar serviços de qualidade, vez que a população passou a se utilizar cada vez mais da via judicial para fazer valer os seus direitos. Não remanesce dúvida, portanto, de que a inclusão dos serviços públicos (e aqueles sob controle/fiscalização do Estado) dentro do rol das relações de consumo foi realmente uma vitória da sociedade e veio cumprir o desiderato buscado pela Constituição Federal (Art. 5º, inc. XXXII e Art. 170, inc. V), raiz fundamental do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

## **2. Conceito e rol dos principais serviços essenciais**

Dentro de uma concepção ideal, o Estado só deveria prestar serviços que fossem essenciais para a coletividade. Todavia, tal nunca aconteceu na realidade brasileira. O Estado, através de suas empresas, continuamente se imiscuiu em áreas que deveriam pertencer à iniciativa privada. Essa tendência de intervenção do Estado na economia (participando direta ou indiretamente dela) gerou para a população uma impressão falsa de que serviços públicos e serviços essenciais seriam a mesma coisa. A própria doutrina jurídica nacional, com frequência, alimentou essa confusão, especialmente quando, ao compor a conceituação do que sejam “serviços públicos”, habitualmente se valeu da expressão “serviços relevantes”, assemelhando esses aos “serviços essenciais”. Entretanto, já em primeiro momento deve ser afastado esse equívoco. O conceito de serviço essencial ainda está em construção na doutrina pátria, mas é possível afirmar seguramente que ele não coincide exatamente com serviços públicos. Alguns serviços essenciais como, por exemplo, o fornecimento de água, em algumas cidades,

são relevantes, essenciais e públicos, porque a companhia que fornece tem essa condição (de empresa pública). De outra forma, é comum vermos serviços essenciais sendo fornecidos por empresas particulares, podendo tal acontecer através de concessão, permissão ou autorização do Poder Público ou mesmo através de empresa privada sob forte controle estatal, como acontece com os serviços de planos privados de assistência à saúde e o fornecimento de serviços educacionais por escolas privadas. Há que se distinguir, portanto, o que é “serviço público” e o que, sob o ponto de vista jurídico, é considerado “serviço essencial”, ainda mais que essas conceituações precisam levar em conta a realidade econômica e social do país.

Objetivamente, “serviços essenciais” são aqueles dispostos para satisfazer necessidades vitais para a população e para o bom funcionamento social. Contam em sua caracterização, com a marca indelével da relevância, imprescindibilidade, inadiabilidade e, mesmo, da indispensabilidade que apresentam para a maioria da população, no desenvolvimento de suas atividades e convivência social. Sua falta representa potencialidade imensa em dificultar e, muitas vezes, até inviabilizar a qualidade de vida das pessoas que são seus usuários e mesmo da coletividade. Certo é, portanto, que a má qualidade ou a ausência de fornecimento de serviço essencial representa prejuízos enormes para o bom desenrolar da vida daqueles que, necessitam dele e para a própria convivência social, com todos os seus impositivos contemporâneos.

O rol de serviços essenciais é difícil de precisar com exatidão, em especial diante da imensa problemática trazida por uma sociedade dita “de serviços”, muito urbanizada e complexa e, muitos aspectos colaboram para isso. Em primeiro lugar, cabe observar que aquilo que na área da prestação de serviços se revelam como essencial, considerado o âmbito nacional visto como um todo, pode não o ser localmente, ou mesmo representar muito pouco para uma pequena comunidade. Em decorrência, a caracterização de um serviço como sendo essencial tem alguns parâmetros fundamentais que se embasam em aspectos gerais, como o fato de ser vital para a população, mas, no caso concreto, deve ser encontrada e fixada de forma cambiante, vez que necessita ser condizente com a realidade social do local que se está observando. Sob o ponto de vista jurídico, serve, então, como bom indicativo geral, o elenco enunciado pelo artigo 10 da Lei 7.783/89 (lei de greve), que enumera como essenciais os seguintes serviços: a) de tratamento e abastecimento de água; b) produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; c) assistência médica e hospitalar; d) distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; e) serviços funerários; f) transporte coletivo; g) captação e tratamento de esgoto e lixo; h) telecomunicações; i) guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; j) processamento

de dados ligados a serviços essenciais; k) controle de tráfego aéreo; l) compensação bancária.<sup>3</sup>

Feitas essas considerações introdutórias, vamos centrar nossos comentários no exame da problemática de serviços essenciais, fazendo referência principalmente ao fornecimento dos principais serviços com essa característica (exemplo: fornecimento de água, luz, esgoto etc.). E com base nesses serviços essenciais mais utilizados pela população, pretendemos adentrar a análise jurídica das questões relativas ao dever de continuidade, desiderato primordial deste nosso trabalho. cremos, inclusive, que esse tipo de abordagem afigura-se como apto e suficiente para apresentar os elementos básicos e indicar vetores capazes de serem estendidos para os demais serviços essenciais prestados no mercado de consumo nacional. Considere-se que há muito em comum entre os fornecimentos de água, de energia elétrica, de esgotos etc., cujas semelhanças na problemática resultante do fornecimento demonstram que efetivamente merecem estar numa categoria marcada pelo traço comum da essencialidade. Não existe, portanto, necessidade de um estudo específico de cada tipo de serviço essencial, para que se adentre apropriadamente a seara de discussão do dever de continuidade, previsto no geral para os serviços essenciais. É seguindo por esse caminho que vamos passar aos elementos centrais deste comentário.

### **3. O dever de continuidade na prestação dos serviços essenciais**

Diz o CDC, em seu Art. 22: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias, ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos” (grifo nosso).

Superada a questão do que seja serviço essencial, cabe, então, avançar para o estudo da problemática relativa à continuidade do fornecimento deles. Começamos chamando atenção para um aspecto interessante. Pela leitura literal do texto constante no referido dispositivo legal, em especial a determinação de que o fornecimento de serviços públicos essenciais deva ser contínuo, somos impelidos a fazer uma indagação prévia: o fato de a norma especificar esse dever de continuidade do fornecimento, apenas para os serviços essenciais, pode ensejar a que se pense que quanto aos demais (os não-essenciais), esse princípio não vingaria? Ora, a primeira conclusão a que se deve chegar é que o Estado, quando direta ou indi-

---

<sup>3</sup> Em rol sensivelmente mais restrito, quicá devido à cultura e à realidade daquele país, a Lei nº 23/96, de Portugal, considera serviços essenciais apenas os de fornecimento água, de energia elétrica, de gás e de telefone.

retamente adentra o mercado e, na qualidade de autêntico empresário, atua no fornecimento de serviços a consumidor, independente dos mesmos serem essenciais ou não, existe sempre o inevitável dever de cumprir seus contratos, tal como qualquer outro fornecedor. Assim, se o contrato estabelece a continuidade do fornecimento, tanto faz que o serviço seja essencial ou não - e independentemente o fato de o fornecedor ser uma empresa pública ou privada -, o dever assumido através de contratação é idêntico e deve ser cumprido. Note-se, ainda, que a questão de continuar ou não com o contrato (rescindi-lo imotivadamente ou não renová-lo) e em razão disso, naturalmente interromper o fornecimento, encontra-se regrada no CDC e outras leis de cunho econômico.<sup>4</sup>

Dentro de suas disponibilidades, o fornecedor (salvo o profissional liberal cujo contrato é *intuitu personae*, baseado na confiança) não pode deixar de contratar com todos aqueles que se apresentarem com esse desejo e cumprirem os requisitos constantes das condições pelas quais a empresa contrata com outros consumidores. Ora, por lógica, se o fornecedor não pode se furtar a contratar, por evidente, também não pode rescindir imotivadamente a contratação ou deixar de renová-la, enquanto se mantenha no mercado com o respectivo tipo de fornecimento. Isso nada mais é do que a materialização do respeito elementar ao princípio do direito a igualdade nas contratações, incluindo o acesso a elas, o que vale para serviços públicos da mesma forma que para as empresas privadas. Desse modo, desde que o consumidor se mantenha portador das condições necessárias (e lícitas) que são estabelecidas pela empresa pública (ou concessionária, permissionária, autorizada etc.) para os demais consumidores em geral, a manutenção do contrato, onde esteja previsto o fornecimento contínuo de determinado serviço, condiciona-se apenas à vontade desse (consumidor).

Resumindo: por esses argumentos, entendemos nítido que mesmo serviços não-essenciais devem ser mantidos contínuos, quando as condições contratuais assim o prescreverem, sendo que o texto legal sob exame apenas desejou dar ênfase à questão da indispensabilidade desse fornecimento naqueles serviços de maior notória relevância para a população (por isso, considerados essenciais) sem levar a que se conclua que os demais não precisam ter essa característica. Outro detalhe prévio muito importante: este dever de continuidade dos serviços essenciais, cujo conteúdo vamos detalhar mais à frente, não pode ficar restrito exclusivamente aos serviços públicos, mas deve ser inferido como importante para abranger todos os serviços de interesse geral ou coletivo (de participação direta ou controladora por

---

<sup>4</sup> Veja-se essa obrigatoriedade de fornecimento (dever de contratar ou de continuidade do contrato) nos seguintes dispositivos legais: a) inciso II, do Artigo 6º e incisos II e IX todos do CDC; b) inciso III, do Artigo 5º, e no inciso I, do Artigo 7º, ambos da Lei n. 8.137/90; c) e, principalmente, no inciso XIII da Lei n. 8.884/94 e no inciso III do Artigo 12 do Decreto n. 2.181/97.



parte do Estado, ou mesmo de atividade privada sob forte controle estatal), desde que caracterizado no serviço o seu caráter vital (a essencialidade) para a população.

Vencidas essas etapas iniciais, cabe analisar o teor do Art. 22 do CDC, o que significa dizer que os serviços públicos essenciais devam ser contínuos. Teria o legislador inserido na norma o ideal de que, depois de contratados esses serviços, por uma questão de manutenção da qualidade da prestação, devam os mesmos ser fornecidos com aquela continuidade unguida pelo sentido de estarem disponibilizados de forma ininterrupta? Ou será que o sentido desse dever de continuidade quer significar que eles (serviços essenciais), por força do referido dispositivo, não podem jamais ter o fornecimento interrompido? Ou, ainda, será que o constante no Art. 22 do CDC representa disposição apta a impedir a suspensão do fornecimento de água e de luz (notoriamente serviços essenciais), mesmo quando o usuário não pague as faturas vencidas?

Quanto à primeira indagação, cremos que realmente o objetivo da lei é evitar descontinuidade que comprometa a qualidade do serviço. Quem já viveu o flagelo das oscilações e interrupções de energia elétrica que estragam eletrodomésticos e outros aparelhos, assim como aqueles que já sentiram as interrupções no fornecimento de água (sendo que quando o fornecimento é retomado, devido à pressão da água, o usuário acaba pagando o ar que faz girar o relógio controlador de consumo) sabem o quanto isso é danoso. Por evidente, a lei traz esse sentido de que o fornecedor não pode, em detrimento do usuário, fornecer seus serviços quando quer (com interrupções) e como quer (com oscilações), sem respeitar a necessária qualidade no fornecimento. Trata-se do dever de disponibilização permanente do serviço, no âmbito geral e não de cada consumidor visualizado sob o aspecto individual.<sup>5</sup> Essa disponibilização permanente do serviço, esse fornecimento contínuo sob o aspecto geral, só encontra amparo legal para ser interrompido por razões específicas e previstas legalmente, entre elas as de segurança que incluem razões técnicas impositivas como instalação, substituição ou manutenção do equipamento.

Já no tocante à segunda e demais indagações, essa é uma questão bastante tormentosa<sup>6</sup>, que está gerando polêmica onde se confrontam posturas muito diversas, seja na doutrina, seja nos Tribunais. Trata-se de um problema complexo

---

<sup>5</sup> Em certos casos, como o de serviços de telefonia, essa disponibilização vai além da possibilidade de fazer ligações imediatas e poder desfrutar de outros serviços prestados pela companhia telefônica (teleconferência, serviço despertador, transferência de chamadas para outros números etc.), mas também inclui a oferta de linhas em número suficiente para que todos os consumidores que busquem adquirir uma, consigam ter seu pleito atendido em tempo breve, obtendo então, o acesso deles (consumidores) ao serviço.

<sup>6</sup> “O não pagamento desses serviços, por parte do usuário, tem suscitado hesitações da jurisprudência sobre a legitimidade da suspensão de seu fornecimento. Há que distinguir entre o serviço obrigatório e o facultativo naquele, a suspensão do fornecimento é ilegal, pois se a Administração o considera essencial, impondo-o coercitivamente ao usuário (como é a ligação domiciliar à rede de esgoto e da água), não pode



que se infere como pertinente à maioria dos serviços essenciais, a ponto de, em razão da brevidade do presente trabalho, não podermos nos referir a todos. Desse modo, como forma de começar a análise da questão, escolhemos um Acórdão<sup>7</sup> que, à guisa de exemplo, foi selecionado para servir de referencial no exame do problema. Referimo-nos ao REsp 201.112/SC - 1ª T. – STJ - j. 20.04.1999, cuja ementa diz, textualmente:

A Companhia Catarinense de Água e Saneamento negou-se a parcelar o débito do usuário e cortou-lhe o fornecimento de água, cometendo ato reprovável, desumano e ilegal. Ela é obrigada a fornecer água à população de maneira adequada, eficiente, segura e contínua, não expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento.

O mencionado caso concreto refere-se à situação específica de usuário pobre, casado e com filhos, que passava por sérias dificuldades, tendo em vista ter tido queimados o seu barraco e a sua mobília. Após tentar sem sucesso parcelar o seu débito junto à Companhia, diante do não pagamento, esta acabou praticando o corte ou suspensão do fornecimento de água, em razão do inadimplemento das contas vencidas. E, para que se entenda melhor os fundamentos da decisão e os argumentos de quem não aceita a suspensão do fornecimento, nesses casos, convém observar o contido no voto vencedor do Ministro Garcia Vieira, que atuou como relator no referido julgamento. Disse, na íntegra, o ilustre julgador:

VOTO – O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): - Sr Presidente – Comprovada a divergência, conheço do recurso pela letra “c”.

O impetrante, pessoa humilde, pobre litigando sobre o pálio da assistência judiciária, teve o seu barraco de madeira incendiado e todos os seus móveis queimados (fls. 08/09) e, por isso, atrasou

---

suprimi-lo por falta de pagamento; neste, é legítima, porque, sendo livre a sua fruição, entende-se não essencial, e, portanto, suprimível quando o usuário deixar de remunerá-lo. Ocorre, ainda, que, se o serviço é obrigatório, sua remuneração é por taxa (tributo) e não por tarifa (preço), e a falta de pagamento de tributo não autoriza outras sanções além de sua cobrança executiva com os gravames legais (correção monetária, multa, juros, despesas judiciais)”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 293).

<sup>7</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 152. Ainda, apresenta um julgado interessante do Tribunal de Justiça do Paraná, o qual, com fundamento no CDC, decidiu contra a suspensão de serviço de utilização de telefone, apesar do não-pagamento da conta respectiva.

o pagamento de água à Companhia Catarinense de Água e Saneamento que, se negando a parcelar o débito, cortou o fornecimento do precioso líquido, deixando o impetrante, sua mulher e seus filhos sem poder usá-lo. Com isso, a Companhia Catarinense de Água cometeu um ato reprovável, desumano e ilegal. É ela obrigada a fornecer água à população de maneira adequada, eficiente, segura e contínua e, em caso de atraso por parte do usuário, não poderia cortar o seu fornecimento, expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento (CDC, arts. 22 e 42). Para receber os seus créditos, tem a impetrada os meios legais próprios, não podendo fazer justiça privada porque não estamos mais vivendo nessa época e sim do império da lei e os litígios são compostos pelo Poder Judiciário e não pelo particular. A água é bem essencial e indispensável à saúde e higiene da população. Seu fornecimento é serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade, sendo impossível a sua interrupção e muito menos por atraso no seu pagamento. A questão já é conhecida desta Egrégia Turma que, no Recurso em Mandado de Segurança n. 8.915-MA, DJ de 17.08.1998, relator, Ministro José Delgado, decidiu que: 'A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.

Os arts. 22 e 42, do CDC, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.

Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.

O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza'.

Com razão o v. aresto hostilizado (fls. 142) ao decidir que:

'O fornecimento de água, por se tratar de serviço público fundamental, essencial e vital ao ser humano, não pode ser suspenso pelo atraso no pagamento das respectivas tarifas, já que o Poder Público dispõe dos meios cabíveis para a cobrança dos débitos

dos usuários. Ademais, se os serviços públicos são prestados em prol de toda a coletividade, é medida ilegal sua negação a um consumidor, tão-somente, pelo atraso no seu pagamento'. Nego provimento ao recurso.<sup>8</sup>

Essa decisão, dentre outras, representa bem os argumentos de uma tendência doutrinária que, aos poucos, foi “plantando”, nas manifestações exaradas por alguns de nossos Tribunais, a afirmação de que o corte de fornecimento de serviço essencial (em especial, água, luz, esgoto etc.), não pode ser utilizado como mero instrumento de coação para forçar os pagamentos dos valores devidos em razão do fornecimento. Essa postura evoluiu, finalmente, para a adoção por parte de muitos estudiosos do direito, da idéia de que esses serviços não podem ser suspensos, mesmo quando o usuário deixe de pagá-los.<sup>9</sup> Segundo essa corrente, para a cobrança do serviço, a companhia deve se valer dos meios judiciais e extrajudiciais comuns a todos os credores, sem usar, de forma unilateral e automática, da cessação do fornecimento, medida extremamente dura para a sobrevivência da família envolvida. E, mesmo, que tal situação de inadimplemento persista, o corte do fornecimento não se justificaria. Note-se, também, que as posições nesse sentido consideram fatores como: a) o fato de os serviços serem disponibilizados com adesão obrigatória por parte do consumidor (como nos casos de rede de água e esgoto), de modo que, se o consumidor está obrigado a aderir ao fornecimento público do serviço, não pode ser privado dele, quando não consegue adimplir as contas advindas da utilização; b) a crise econômica com altos índices de desemprego que, muitas vezes, têm gerado descompasso nos pagamentos das contas por parte dos usuários; c) as freqüentes falhas das companhias estatais que, lamentavelmente, cometem equívocos de cortar fornecimentos de consumidores pontuais nos pagamentos, ou que, mesmo tendo atrasos, já tenham adimplido a fatura. Tudo sem contar que essas companhias são contumazes em efetuar o corte sem sequer cobrar efetivamente o consumidor e, muito menos, avisá-lo de que vai ser privado do serviço. E fazem isso, normalmente, sem que depois ocorra qualquer reparação efetiva do dano provocado pela sua má conduta (da companhia fornecedora).

---

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 20 abril 1999. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 31, p. 244-245, jul./set. 1999.

<sup>9</sup> Deve-se referir a tendência cada vez maior de tentar positivar, em nível municipal, essa posição contrária ao corte de água dos inadimplentes. Assim, inúmeros projetos nesse sentido tramitam atualmente nos Poderes Legislativos de diversos Municípios, assim como, algumas dessas leis acabaram promulgadas, sendo que só poderemos saber de sua constitucionalidade quando a questão chegar às mais altas esferas da Justiça, o que não deverá demorar para acontecer, pois as empresas fornecedoras não vão aceitar submeter-se inertes a esses diplomas legais. No mesmo sentido, representantes do Ministério Público têm impetrado Ações Cíveis Públicas, no intuito de evitar o corte de fornecimento de água em caso de inadimplência dos usuários (AÇÃO proíbe corte de água. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 08/dez/1999, p. 15).

Todo esse movimento inovador, embora fundado em argumentos discutíveis, fez por contrariar posições doutrinárias tradicionais, bem como a inúmeros julgados, que, rotineiramente, foram em direção oposta, entendendo caber o corte do fornecimento sempre que configurada a inadimplência do consumidor. A idéia básica dessa corrente doutrinária e jurisprudencial embasa-se no princípio de que nenhum contratante está obrigado a continuar a fornecer a quem, comprovadamente, não paga pelo fornecimento. E como esses serviços são fornecidos *uti singuli*, com o consumo devendo ser custeado pelo respectivo consumidor, uma vez que eles não sejam pagos, a suspensão do fornecimento representa um direito legítimo da empresa fornecedora do serviço público. Para quem assim se posiciona, portanto, trata-se de uma relação de consumo que, impositivamente, sujeita o consumidor ao pagamento do serviço fornecido, sob pena de poder ser privado do fornecimento. Note-se que havendo permissivo expresso ou tácito para a inexistência de pagamento, retiraria do contrato a condição de ser relação de consumo (pois ausente a remuneração), subtraindo-o da esfera regida pelo CDC. Assim, a circunstância da suspensão do fornecimento nada mais é do que o exercício de um direito legítimo da empresa fornecedora, desde que respeitadas certas condições estabelecidas na lei e nos deveres anexos existentes para contratações dessa espécie.<sup>10</sup>

Fixa muito apropriadamente essa posição o estudo de João Augusto Alves de Oliveira Pinto quando, amparando-se em substanciosos argumentos, tece considerações incisivas e que assim resumem seu posicionamento quanto à questão da suspensão dos serviços aos usuários que deixarem de pagar por eles: “Os serviços universais a todas as pessoas indistintamente, e **os singulares às pessoas que preencherem as normas técnicas, dentre elas a remuneração**”.<sup>11</sup> (grifo nosso)

<sup>10</sup> Veja-se o contido na Lei no 23/96 de Portugal:

Artigo 5º - Suspensão do fornecimento do serviço público”.

1 – A prestação do serviço público não pode ser suspensa sem pré-aviso adequado, salvo caso fortuito ou de força maior.

2. Em caso de mora do utente que justifique a suspensão do serviço, esta só poderá ocorrer após o utente ter sido advertido, por escrito, com a antecedência mínima de oito dias relativamente à data em que ela venha a ter lugar.

3. A advertência a que se refere o número anterior, para além de justificar o motivo da suspensão, deve informar o utente dos meios que tem ao seu dispor para evitar a suspensão do serviço e, bem assim, para a retoma do mesmo, sem prejuízo de poder fazer valer os direitos que lhe assistam nos termos gerais.

4 – A prestação do serviço público não pode ser suspensa em consequência de falta de pagamento de qualquer outro serviço, ainda que incluído na mesma fatura, salvo se forem funcionalmente indissociáveis.

5 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, o governo regulamentará, mediante decreto-lei no prazo de 120 dias, as questões relativas aos serviços de valor acrescentados.

Artigo 6º. Direito a quitação parcial”

Não pode ser recusado o pagamento de um serviço público, ainda que facturado juntamente com outros, tendo o utente direito a que lhe seja dada quitação daquele, salvo o disposto na parte final do nº 4 do artigo anterior.

<sup>11</sup> PINTO, João Augusto Alves de Oliveira. *A responsabilidade civil do Estado-fornecedor de serviços ante o usuário-consumidor*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997, p. 76.

E mais à frente prossegue, desta vez amparando-se em abalizada doutrina nacional, conforme comprova:

E corroborando ainda mais esse entendimento, está o posicionamento de DIÓGENES GASPARINI, em 'Direito Administrativo', p. 149, *in verbis*:

‘Os usuários dos serviços, remunerados por taxa ou tarifa, devem satisfazer as obrigações concernentes ao pagamento e, ainda, observar as normas administrativas e técnicas da prestação, sob pena de sanções que podem chegar à suspensão do fornecimento.

Ora, se não for efetuado o pagamento, desobedecida está uma norma administrativa concernente à prestação do serviço, autorizando por certo o não-fornecimento [...]’.

Por conseguinte, vemos que o bem lançado parecer do representante do *Parquet* da terra de Tobias Barreto coaduna-se com o nosso entendimento, nada havendo a acrescentar, a não ser, como reforço, chamar a atenção que inexistente norma constitucional assegurando a gratuidade dos serviços singulares, entre os quais inserem-se os ‘essenciais’.

Ademais, a Medida Provisória nº 890, de 13.2.1995, que define as atividades econômicas disciplinadas pela Lei de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), põem ponto final na questão que motivou precipitadas interpretações do Judiciário brasileiro, inclusive aqui na Bahia, onde simples e sistematicamente eram concedidas liminares entendendo que o Estado-fornecedor estava impedido de suspender o fornecimento de serviços essenciais por força do disposto no art. 22 do CDC, ao estabelecer a aludida Medida Provisória no inc. II, do § 3º, do art. 6º, *ipsis litteris*:

§ 3º - Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - [...]

II - por inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade’.

Ora, o dispositivo, *supra*, consagra a nossa tese. Agora o direito positivo justifica que o fornecedor suspenda o serviço posto à

disposição do usuário diante de sua inadimplência, não se caracterizando como descontinuidade do serviço, desde que haja pré-aviso, essa suspensão. É evidente o interesse da coletividade na manutenção do fornecimento dos serviços essenciais e tal interesse não se harmoniza com a premiação do inadimplente, pois este, em escala crescente, comprometeria a viabilização do fornecimento, em detrimento dessa própria coletividade, onde a maioria honra com os pagamentos devidos como contraprestação dos serviços recebidos.<sup>12</sup>

Conforme as novas normas foram sendo aprovadas, a referida corrente doutrinária foi se adaptando ao longo do tempo, porém sempre manteve as mesmas posições básicas que serviram para amparar muitas decisões judiciais, dentre as quais, também por brevidade, selecionamos apenas uma que foi distinguida para ser transcrita considerando a magnitude de sua origem:

Do Supremo Tribunal Federal.

Serviço de Água. É legítima a suspensão do fornecimento de água por falta de pagamento da conta apresentada pela Companhia de Saneamento, de acordo com a lei que a criou (RTJ 81/930). No mesmo sentido RTJ 81/171).<sup>13</sup>

A decisão recém-mencionada é exemplo claro do posicionamento tomado pela mais alta Corte do país, embora essa controversa questão tenha vindo à baila no exato momento em que, dentro de uma crise social e econômica<sup>14</sup>, provocada principalmente pelo desemprego e pela péssima distribuição de renda de há muito vigorante no país, tanto existe uma consciência cada vez maior quanto ao respeito aos direitos dos consumidores, quanto acontece uma acirrada discussão sobre qual o exato papel que deve ser desempenhado pelo Estado e pelas empresas que prestam serviços públicos, dentro desse contexto.

Posta uma visão panorâmica dessa problemática que versa sobre o dever de continuidade no fornecimento de serviços essenciais, vamos analisá-la contando com o exame de valores vigentes e a realidade que enfrentamos, no nosso cotidiano.

---

<sup>12</sup> PINTO, João Augusto Alves de Oliveira. *A responsabilidade civil do Estado-fornecedor de serviços ante o usuário-consumidor*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997, p. 76-78.

<sup>13</sup> *CD JURISPLENUM – Jurisprudência e Legislação*. Caxias do Sul: Plenum, 2000. v. 1/51.

<sup>14</sup> Que neste momento histórico tem produzido altas taxas de desemprego, proporcionando, além da conhecida faixa da população que normalmente vive abaixo da linha de pobreza, também um contingente imenso de pessoas que antes participavam de classes melhores, mas que agora estão sem renda pela falta de vagas de trabalho.

De fato, determinados serviços como o fornecimento de água potável e energia, por exemplo, são tão importantes que a sua falta realmente inviabiliza uma vida digna para as pessoas. Ideal seria que esses serviços, pela sua exacerbada indispensabilidade, pudessem ser fornecidos *uti universi*, custeados pela contribuição geral arrecadada através de tributos, cabendo aos usuários do serviço tão-somente fazer sua parte no sentido de utilizar, rigorosamente, apenas o suficiente às suas necessidades (uso racional, sem qualquer desperdício), visto que, em geral, se está tratando de recursos finitos. Contudo, isso é uma utopia. Temos que laborar com a realidade de que esses serviços, de fato, são imprescindíveis para uma vida digna, assim como não podemos ignorar que, se eles forem disponibilizados sem fórmulas indutoras ao controle do grau de utilização, incluindo a imposição de pagamento individualizado conforme o uso, a maioria das pessoas não terá a consciência de economizar devidamente o consumo e, muito menos, se preocupar, mesmo que minimamente, em contribuir direta ou indiretamente para o custeio do fornecimento.<sup>15</sup>

Nesse contexto, convém considerar não só aspectos estritamente jurídicos, mas igualmente os aspectos práticos da vida social. E, nessa conjuntura, temos que laborar com a realidade efetivamente existente e não com ideais utópicos e sem concretude prática ou viabilidade de aplicação. Sabemos que a gratuidade pura e simples do serviço é impossível, não basicamente porque os recursos do Estado sejam insuficientes para arcar com eles (o que é verdade), mas efetivamente porque o Estado não cria renda e só distribui o que arrecada. Se esses serviços forem fornecidos graciosamente, haverá uma injusta socialização do seu custo. A coletividade de contribuintes de impostos gerais (é claro, excluindo-se os isentos e sonegadores), se verá forçada pagar, de forma indireta e desproporcional, também por esses serviços. Parece-nos óbvio não ser justo socializar um consumo sob o qual apenas o utente individualmente considerado, terá pleno domínio da quantidade utilizada, podendo gerir a seu livre arbítrio e talante, a quantidade que a coletividade terá que sustentar.

Diante da realidade palpável de que esses serviços não podem ser fornecidos gratuitamente, a imposição de seu pagamento transcorre como consequência natural, nesse processo, até para que o consumidor só os utilize dentro dos limites da racionalidade e de suas disponibilidades financeiras. Como faremos mais à frente, pode-se até sugerir outras fórmulas para evitar os cortes de fornecimento por ausência de pagamento, mas não se deve ignorar que, no caso dos serviços públicos fornecidos *uti singuli*, a continuação do fornecimento, independente de adimplemento das contas respectivas, implicaria verdadeira gratuidade tácita. Se isso se concretizasse, a carência material e a falta de consciência e cultura cívica de

---

<sup>15</sup> Objetivamente, em boa parcela da população, o desperdício vai campear e muitos simplesmente deixarão de contribuir com o custeio do serviço, pouco se importando com as consequências disso.



boa parte da população, lamentavelmente, levariam a que milhares de pessoas simplesmente abandonassem o pagamento das contas resultantes da utilização do serviço, pouco se importando com os resultados disso. Não é ser pessimista, mas sim, ser realista o suficiente para perceber que, havendo uma válvula de escape para não pagar essas contas de fornecimento de serviços públicos, milhares de pessoas acabarão deixando de fazê-lo, porque esse tem sido um comportamento típico de considerável parcela de nossa população. E, nessa condição, o serviço encareceria para aqueles que pagam seu consumo corretamente, pois apenas dos pagamentos desses usuários adimplentes é que teriam que sair os recursos para compensar o custeio dos gastos daqueles que não pagam. Relembre-se que qualquer empresa (Estatal ou não) pratica o processo econômico denominado de *internalização*, o que implica contabilizar os prejuízos sofridos, acrescentando-os no custo global que será dividido nos valores cobrados daqueles consumidores que efetivamente pagam pelos serviços. Assim, quando a autoridade responsável anuncia que fornecerá água ou energia a custo zero para os mais carentes, sempre se entenda que o restante da população pagará, inserido dentro das tarifas de seu consumo, todo o custo desses fornecimentos. Especialmente em se tratando de empresa estatal (repetimos: o Estado não gera renda, só arrecada para poder gastar), é evidente que o custo da utilização do serviço por parte daqueles que não pagam, seja por benesse, seja por inadimplência, será sempre arcado pelos demais que pagam regularmente pelos serviços.

Considerando a legislação vigente (em especial a Lei n. 8.987/95) e a gravidade dessa conjuntura, Maria D'Assunção C. Menezello posicionou-se em favor da suspensão do fornecimento do serviço aos inadimplentes, mencionando, inclusive, a possibilidade de responsabilização do administrador público, caso isso não venha a acontecer. Vejamos o que disse a referida autora:

Legalizou-se, pois, aquilo que grande parte da doutrina já havia consagrado desde a publicação do Código de Defesa do Consumidor. O corte do fornecimento de um serviço público pelo inadimplemento das obrigações do usuário é plenamente lícito. Não nos olvidemos que pertence à hermenêutica jurídica o princípio que: Não se presumem na lei palavras inúteis. Não poderá causar espanto, a qualquer usuário inadimplente o corte do fornecimento, baseando-se a concessionária de serviço público nas razões previstas na legislação.

Convém aqui consignar que um contrato bilateral de fornecimento de um serviço público só será interrompido por questões técnicas, de segurança ou de inadimplemento do usuário. Facilmente se constata que a empresa prestadora de serviço público



só será responsável civilmente pelo corte no fornecimento se não preexistirem estes três pressupostos.

Parece-nos inquestionável, até pelo próprio princípio da continuidade dos serviços públicos, a possibilidade do prestador de serviços, após comunicação prévia ao consumidor, efetuar o desligamento quando este não efetuou o devido pagamento. Porque, se assim não ocorrer, gera-se para o consumidor inadimplente um benefício financeiro ilícito à custa dos demais usuários do serviço.

Em nenhum momento o sistema jurídico privilegia o mal pagador. Porque, se assim fosse, o concessionário do serviço não poderia em nenhum momento realizar manutenção, melhoria, modernização ou ampliação das instalações ou da rede.<sup>16</sup>

Observe-se o quanto de razão existe nesses argumentos e, reiterando, reafirma-se que a prestação de serviço como forma de relação de consumo pressupõe remuneração, mesmo que indireta. Assim, isentar de pagamento descaracterizaria a condição de consumo e levaria esses serviços para a condição de *uti universi*, o que já demonstramos ser impraticável, neste momento, consoante a condição econômico-financeira do país.

E, como complementa a recém-citada doutrinadora:

Acrescente-se mais, se a concessionária do serviço for uma empresa da qual o Estado detenha o controle acionário, a sua Direção tem o dever de zelar pela coisa pública. Porque se não for eficiente no desligamento do serviço, os usuários adimplentes poderão cobrar essa omissão, a qual poderá ser objeto de responsabilidade subjetiva do agente público.

Face a todo exposto, podemos concluir com fundamento nos preceitos constitucionais e legais acima que a responsabilidade objetiva do Estado, ou de uma concessionária ou permissionária na prestação do serviço público, só poderá ocorrer se o nexo causal demonstrar o prejuízo sofrido pelo consumidor ou por terceiro. Ao contrário, se este consumidor estiver inadimplente com o prestador de serviço, a legislação prevê a possibilidade de efetuar o desligamento do serviço com a conseqüente ação de cobrança administrativa ou judicial.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> MENEZELLO, Maria D'Assunção C. Código de defesa do consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 19, p. 234-235, jul./set. 1996.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 235.

A suspensão do fornecimento, então, não transgride e sim segue o disposto na lei.

E não se alegue que a suspensão do fornecimento serve apenas para cobrar através de meio vexatório e coativo, capaz de ferir a dignidade do consumidor e o expô-lo ao ridículo. Não se trata de justiça privada. Embora o usuário sintam-se instado a pagar seus débitos, quando o fornecimento do serviço é cortado, na verdade, esse efeito não pode ser suficiente para retirar da empresa o direito legítimo de não fornecer mais a quem, reconhecidamente, persiste em não pagar pelo serviço que já utilizou. Repetimos: não se trata de uma forma de justiça privada, pois a medida do prestador é apenas defensiva e volta-se preventivamente para ampará-lo quanto ao futuro do contrato e não como uma represália pelo passado. Na prática, a suspensão do fornecimento serve mais para evitar novos prejuízos e não, basicamente, para os fatos que aconteceram em momentos passados da contratação (consumo e posterior inadimplência). Apesar desse efeito indireto, a suspensão do fornecimento não se liga, precipuamente, à cobrança das contas inadimplidas, mas sim, contra a realização de novos prejuízos injustos para o prestador. Não é válida, portanto, a tese apontada por alguns de que, diante do inadimplemento do usuário, a empresa não pode suspender o fornecimento do serviço, já que pode recorrer à Justiça para obter o pagamento dos débitos. Só quem não conhece a realidade brasileira acredita que, de regra, se consegue receber judicialmente dessa espécie de devedores, sejam vítimas eventuais de conjunturas adversas, sejam maus pagadores habituais. Colabora com essa realidade o fato de que, em nosso país, a absoluta maioria das pessoas não possui nível de renda compatível para amealhar patrimônio e, não sendo permitida a penhora de verbas consideradas como de natureza alimentar (como salários, aposentadorias, pensões, etc.), tudo acrescido do fato de que a Lei nº 8.009/90<sup>18</sup> está sendo interpretada nos Tribunais de modo a inferir que quase tudo que pode existir numa casa é bem de família e, portanto, impenhorável, evidente que, na prática, só paga contas quem quer. Isso pode parecer natural quando a empresa tem o pleno domínio da concessão ou não do crédito. Contudo, no fornecimento de serviços públicos, principalmente os essenciais, quando o usuário solicita a contratação, salvo impossibilidade técnica, a empresa não pode se negar a firmar o contrato, bastando, portanto, que a pessoa se apresente necessitada ou desejosa de obtê-la. Como o fornecimento é antecipado (naturalmente o pagamento é sempre posterior à utilização do serviço), até o vencimento da fatura e seu inadimplemento, a empresa não pode negar-

---

<sup>18</sup> Os operadores do Direito que estão impelindo a jurisprudência nesse sentido não sabem o mal que estão fazendo à sociedade. Pensando em proteger direitos dos menos afortunados, com suas interpretações, na verdade arrumam formas de os caloteiros desonestos não pagarem suas contas, imputando o custo dessa má

se ao fornecimento para quem buscar obtê-lo, mesmo que a ficha dele nos serviços de cadastro de inadimplentes demonstre que é um caloteiro contumaz.

Dentro dessa realidade, é de se salientar, também, que não consideramos boa solução impor à empresa fornecedora dos serviços públicos que, diante do inadimplemento do usuário, consiga primeiro uma autorização judicial para só depois poder suspender o serviço. Se esse pré-requisito fosse instalado na conjuntura nacional, diariamente teríamos milhares de novos feitos judiciais, cujo deferimento demoraria longo tempo, ocasionando um “entulhamento” da Justiça, já assoberbada de trabalho, além dos custos das contas seguintes decorrentes do consumo auferido até que a ordem judicial para corte fosse expedida. Nunca esquecendo que todos esses custos, evidentemente, iriam recair sobre os demais consumidores, que corretamente pagassem suas contas. Acrescente-se que o usuário inadimplente e desonesto, com sua típica inconseqüência, tão logo soubesse que iria ter o serviço interrompido, normalmente deixaria de ter comportamento responsável, ignorando a necessária preocupação em controlar e limitar o consumo nesse derradeiro período de utilização (que ele, naturalmente, buscaria postergar o

---

prática social para os demais, que são corretos. Ou alguém acredita que exista má prática sem que ninguém tenha que pagar o preço disso? Quem convive nos escritórios de advocacia conhece bem essa realidade, e sabe a quais pessoas servem essas leis como a de impenhorabilidade do bem de família e demais que impedem a constrição de salários e aposentadorias; bem como interpretações que estendem essa benesse até para subsídios de Vereador, que nem profissão é. Evidentemente, elas amparam uma parte da população que, em tese as merece, mas fornecem escudo para outra grande parcela que as usa para fins puramente espúrios. Para proteger as condições mínimas de sobrevivência digna das famílias, não há necessidade de pagar um preço tão caro. Sob uma visão mais ampla da realidade social, a proteção do carente e a proteção dos direitos legítimos dos credores não são incompatíveis, embora tal esteja parecendo ser pela visão desfocada e estreita de muitas decisões judiciais que temos visto. Está evidente que a forma como a questão está sendo conduzida atinge, de maneira gravosa e injusta, tanto quem luta e não consegue receber seus créditos legítimos, como quem paga corretamente suas dívidas e arca com um crédito caro para suprir os prejuízos causados pelos desonestos. Veja-se que, atualmente, na área cível, a pior posição que alguém pode ter na Justiça brasileira é a de credor na busca de seus créditos. Até televisor colorido (mesmo luxuoso e comprado muito depois da dívida feita, inclusive e naturalmente, utilizando dinheiro que poderia ou deveria pagá-la, o que não é sequer levado em consideração na imensa maioria das decisões judiciais) “transformou-se” em bem indispensável para a sobrevivência digna da família, sob o argumento de que é veículo insubstituível de transmissão de informações e cultura. Ora, quanto às informações, é notório que um pequeno “rádio de pilha” é suficiente para receber aquelas (informações) realmente úteis e imprescindíveis. A mera presença de imagem nada acrescenta de substancial para a informação cumprir seu objetivo. A valorização desmesurada da televisão, apesar dos evidentes prejuízos que ela tem trazido à formação das crianças e à família brasileira, mostra a falta de consciência do momento que estamos vivendo e dos valores mais valiosos que, para nosso próprio bem, jamais deveríamos descuidar. Já quanto à transmissão de cultura pela via televisiva, convém indagar: com a qualidade da programação veiculada em nossas televisões, gostaria de saber de que cultura falam nossos juízes que assim decidem?

Nesse contexto, estamos absolutamente certos de que é importante proteger as condições mínimas de sobrevivência digna das pessoas, mas que numa visão mais ampla e consentânea com o interesse da sociedade, educa e forma muito mais, tanto pessoal, como profissional e civicamente, que nos valhamos de instrumentos e práticas tendentes a demonstrar a importância de ser responsável ao contrair dívidas e correto ao adimpli-las; afinal não se trata de proteções incompatíveis.

mais possível, através de seguidos recursos judiciais). Com base nessa ótica, entendemos que o corte do fornecimento não representa uma forma de justiça privada, pois qualquer contratante pode deixar de adimplir sua obrigação, quando o outro não cumprir com a sua. E isso é mais acentuado, nos casos, em que a obrigação contratual suspensa por parte do fornecedor caracteriza-se como atual ou futura, enquanto que o motivo para a suspensão do fornecimento vem do passado através das contas vencidas e não pagas, ou seja, de obrigações já anteriormente inadimplidas pelo consumidor. E quem garante que aquele que, no passado, se utilizou, mas não pagou pelo fornecimento, virá a pagar por ele no futuro?

Ainda dentro do exame da prática social, temos que retomar e considerar o aspecto fundamental e inevitável de que ninguém pode garantir a utilização racional de um serviço, se o usuário souber que, pagando ou não, vai poder continuar a desfrutar dele. Esse objetivo de utilização racional do serviço, observe-se, é muito mais de interesse coletivo do que do próprio fornecedor. Boa parte dos serviços públicos fornecidos à população envolve a utilização de recursos finitos na natureza, como a água potável, a energia, o gás etc. Dessa forma, a utilização sem um controle adequado e um compromisso inexorável de pagamento (ou seja permissivo a ponto de incitar tacitamente a um consumo livre, sem racionalidade), pode conduzir a gastos impróprios ou exagerados, vindo a impor racionamentos para os demais usuários adimplentes e, principalmente, no que pode ser mais grave, vir a comprometer o fornecimento futuro para as próximas gerações.<sup>19</sup>

Dentro dessa problemática, aceitando-se a idéia de que, mesmo em casos de inadimplência, não deve haver interrupção no fornecimento do serviço essencial, sendo as contas cobradas pelas vias extrajudiciais e judiciais, temos que perguntar: e se o usuário persistir simplesmente em não pagar os novos consumos, até quando isso deve persistir? Será que os demais consumidores devem suportar indefinidamente os custos de um consumo que, sem qualquer controle prático, poderá ser de qualquer nível? A resposta óbvia só pode ser: evidentemente que não!

---

<sup>19</sup> Observe-se que a Lei n. 9.074/95 que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, dispõe expressamente, em seu Art. 3o, inciso V, que a empresa concessionária ou permissionária deve, nos seus fornecimentos, zelar pelo uso racional dos bens coletivos, inclusive os recursos naturais. Entendo a expressão “bens coletivos” expressando não só aqueles de propriedade coletiva, mas também aqueles de interesse coletivo. Acrescento, ainda, que o CDC, em seu Art. 4o, caput, menciona a importância da melhoria da qualidade de vida, sendo que o inciso VII insere, como princípio basilar, a racionalização e melhoria dos serviços públicos, enquanto o Art. 51, inciso XIV, considera abusivas cláusulas contratuais que possibilitem a violação de normas ambientais, o que entendo, vale também para as violações tácitas ocorridas em contratos nas quais o uso irracional do serviço conduza a certo exaurimento da quantidade ou da qualidade de determinado recurso natural finito.

Assim, sob o ponto de vista que considera a prática social, só podemos concluir que a continuidade do serviço, quando não há o pagamento respectivo, além de não incentivar o uso racional dos bens fornecidos, só faria transferir para os demais consumidores essa despesa da inadimplência, de modo que não é viável ou recomendável para uma boa convivência social. Permitir o uso com pagamento tacitamente facultativo nos levaria à aplicação deveras distorcida do princípio socialista de “a cada um segundo suas necessidades, de cada um segundo sua capacidade”, e se quiser<sup>20</sup>; o que realmente não tem reais possibilidades de funcionar a contento em nossa sociedade. Como sabemos, ao longo do tempo, o ser humano normalmente superdimensiona suas necessidades e costuma ser econômico no esforçar-se para dar sua contribuição, a fim de que o fornecimento do serviço seja viabilizado.

Já sobre o ponto de vista eminentemente jurídico, temos a considerar que:

- os serviços cujo fornecimento caracterizam relação de consumo, apresentam a característica da remuneração e são prestados mediante leis específicas que autorizam a cobrança dos mesmos, bem como, não vedam a suspensão do fornecimento em caso de não-pagamento respectivo;
- a Lei nº 8.987/95, em seu artigo 6º, parágrafo 3º, inciso II, permite à empresa concessionária ou permissionária fornecedora do serviço público, que realize a suspensão do fornecimento quando verificada a inadimplência do consumidor. E se existe essa autorização para as empresas concessionárias e permissionárias, por evidente, o Estado que detém o controle dos serviços públicos, também tem essa faculdade através de suas próprias empresas fornecedoras;
- no mesmo sentido e de forma idêntica, a Lei nº 9.074/95, que trata da outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, em seu art. 3º, inciso V, prescreve para as respectivas empresas, o dever de uso racional dos recursos naturais (bens coletivos que, conforme já mencionamos antes, entendemos incluir os de interesse coletivo e não apenas os de propriedade coletiva). Assim, repetimos a afirmação que consideramos lógica, no sentido de que se essas empresas tem esse dever, naturalmente lhes

---

<sup>20</sup> A aplicação desse princípio, com a repartição social do custo das contas daqueles que não pagam pelo serviço que utilizam, não importando isso aconteça via impostos ou via inclusão no preço cobrado daqueles que pagam, não dar certo. Os países desenvolvidos não adotam esse sistema nem mesmo o sistema socialista evidencia que ele possa ser eficiente e proporcionar o cumprimento da função social desse tipo de contrato ou mesmo a justiça social que se deseja para essa área.

são vedadas todas as práticas que, direta ou indiretamente, propiciem ou dêem ensejo a qualquer uso irracional de recursos naturais incluídos nos serviços prestados;

- e, por derradeiro, é fundamental considerar para o direito pátrio, o mesmo princípio inscrito no art. 5º da Lei nº 23/96 da República portuguesa (instituída exatamente para proteger o utente de serviços públicos essenciais), no sentido de existirem procedimentos acautelatórios que devem ser praticados pelos fornecedores antes da suspensão do serviço por inadimplemento. Essa circunstância de, por exemplo, avisar o consumidor antes de realizar o corte do fornecimento, o que já está sendo praticado pela maioria dos fornecedores, traz, implícita, a própria permissão para que essa suspensão venha acontecer. Ao que se acrescenta, a observação de que o próprio CDC (art. 4º, inciso VII), para proteção dos próprios consumidores encarados como coletividade, impõe a racionalidade e melhoria, como princípios a serem observados no fornecimento de serviços públicos, de modo que se deve evitar todas as formas, diretas ou implícitas, que possam levar a práticas que contrariem esse objetivo.

Em todo esse contexto, temos que considerar que o espírito inscrito em nossa legislação, com certeza, não é o de proporcionar gratuidade tácita do serviço aos inadimplentes. Sem que o operador do direito tenha que se valer de complexos recursos de interpretação, nossa legislação, de forma prática e serena, indica quais são os serviços universais que devem ser fornecidos para todas as pessoas, indistintamente e independente de pagamento direto, e quais são os singulares, a serem fornecidos apenas para aqueles que preencherem certas condições, incluindo-se o pagamento respectivo.

Então, resumindo, de um lado, temos que considerar a situação aflitiva de muitos pobres e desempregados, pessoas realmente necessitadas do fornecimento de determinados serviços públicos essenciais. E, independente de tudo isso, o fato de que, por razões de proteção social, alguns serviços essenciais são de utilização impositiva ou obrigatória para o consumidor que dele não pode se furtar, tal como é o caso da coleta de esgotos, que, se não utilizada, pode colocar em risco a saúde da população<sup>21</sup>. De outra parte, temos que encarar as peculiaridades que envolvem esse tipo de fornecimento e enfrentar essa realidade, não apenas com a

---

<sup>21</sup> E como grave complicador para essa conjuntura, temos a patente oneração do consumidor que, entre 1995 e maio de 2003 teve que suportar aumentos que elevaram as tarifas em 202%, enquanto a inflação medida pelo IPCA ficou em 114%, conforme denunciou a *Revista Consumidor S.A.*, de agosto-setembro de 2003, p. 30.

legislação vigente, mas sob um prisma coletivo, numa visão que contemple também o longo prazo e, principalmente, considere a rotina de nossas práticas sociais.

Entendemos, portanto, que nas situações em que é impositiva a adesão ao fornecimento do serviço público, assim como, naquelas em que o interesse coletivo recomenda que o serviço seja mantido<sup>22</sup>, mesmo em casos de inadimplência, o fornecimento do serviço não deve ser suspenso. Nos demais casos, ao contrário, considerando-se todas as razões já expostas, mesmo o serviço público caracterizando-se como essencial, acreditamos consultar melhor ao interesse social, que o serviço seja suspenso quando ausente o pagamento da utilização realizada.<sup>23</sup> Saliente-se, entretanto, que essa posição não radicaliza ou se incompatibiliza com soluções alternativas e socialmente mais justas, como a criação de norma segundo a qual, após caracterizada a inadimplência, exista para benefício do consumidor, um prazo mais longo até a realização da suspensão do fornecimento<sup>24</sup> e, ainda, imponha para as empresas fornecedoras, o dever de negociar os débitos sob certas con-

<sup>22</sup> Como nos casos dos serviços fornecidos pela rede de esgotos, onde razões de saúde pública recomendam que, tanto considerando o interesse individual, quanto e, principalmente, o interesse coletivo, se mantenha o fornecimento do serviço, mesmo ausente o pagamento, evitando-se o sistema de esgotos “a céu aberto” ou o sistema de fossas que poluem os nossos mananciais de água.

<sup>23</sup> A inadimplência de que falamos pode ser direta (simples não pagamento da conta) ou indireta, como nos casos de ligações clandestinas ou fraude na aferição do consumo. Veja-se que a fraude também configura uma forma de não-pagamento ou de inadimplência disfarçada. Assim, mostra-se oportuno apresentar decisão elucidativa e acertada que corrobora esse entendimento, quando diz: “Apelação Cível em Mandado de Segurança. Energia elétrica. Suspensão do fornecimento. Fraude. Recurso Provido. A utilização de artifício, ardil, ou qualquer meio fraudulento, que provoque alterações nas condições de medição da energia consumida, desde que devidamente apurada, dá ensejo a que o concessionário do serviço suspenda o seu fornecimento. (Apelação Cível em Mandado de Segurança no 3.702, 1ª Câmara Cível do TJSC, Balneário Camboriú, Rel. Des. Álvaro Wandelli, 24.02.93)”. Como o tema é polêmico, vamos citar uma decisão divergente que diz: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. “É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente. 2. Essa violação, contudo, não resulta em reconhecer como legítimo, ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma. 3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção. 4. Os arts. 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público. 5. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade. 6. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente quando exercida econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa. 7. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade, deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza. 8”. Recurso improvido. POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. STJ – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA (ROMS) – NO 8915- MA – RIP: 624471 – REL. JOSÉ DELGADO – TURMA: PRIMEIRA TURMA – J. 12/05/1998 – DJ. 17/08/1998, p. 23.

<sup>24</sup> Tal como nos planos de saúde cuja rescisão do contrato não pode ocorrer de imediato, tão logo aconteça a inadimplência do consumidor. Há um prazo mínimo de 60 dias de inadimplência (consecutivos ou não, dentro dos últimos 12 meses) para que o contrato possa ser cancelado.



dições. Não se olvide, também, a possibilidade concreta de instituição de um seguro incluído na conta dos usuários, o qual poderia custear temporariamente um consumo estipulado para o consumidor que, sazonalmente e sem culpa, estiver em comprovadas dificuldades financeiras.<sup>25</sup> Ou, ainda, a instituição de uma cota limitada de consumo a ser franqueada aos consumidores independente de pagamento, sendo custeada por recursos públicos ou de custo *internalizado* nos valores pagos pelos demais usuários.

Com essas soluções, não se protegeriam os maus pagadores habituais, amparando-se as pessoas corretas e responsáveis, eventualmente castigadas por circunstâncias ruins, com as quais não colaboraram.<sup>26</sup>

Nesse sentido, a melhor leitura que se pode fazer do art. 22 do CDC no tocante ao preceito que estabelece a continuidade do fornecimento dos serviços públicos essenciais, visualiza esse dispositivo como seguidor da vertente advinda da Constituição Federal, quando: - recrimina a omissão do Estado em vir prestar a atividade de fornecimento que a população está necessitando<sup>27</sup>; - reprime aquele fornecimento intermitente, esporádico ou oscilante, além de vedar a interrupção geral (temporária ou permanente) do fornecimento, com base apenas em aspectos mercadológicos ligados a estratégia empresarial, incluindo-se a perda de atração para o fornecimento.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> A exemplo do seguro desemprego, que socorre o trabalhador honesto, temporariamente privado de renda por falta de vagas para trabalhar.

<sup>26</sup> As situações restantes, envolvendo pessoas extremamente pobres de forma praticamente permanente, embora aflitivas, terão que ser resolvidas, na esfera macro-econômica, através de melhor distribuição de renda e acesso a emprego e, na esfera micro-econômica, pelos serviços sociais de apoio a carentes. Infelizmente, a realidade força a contrariar o ideal de que todos os serviços públicos possam ser gratuitos e usados racionalmente. Em nome do interesse social maior, a sistemática geral da política de fornecimento de serviços públicos não pode ser condicionada para priorizar o atendimento dessas parcelas minoritárias da população.

<sup>27</sup> E, quanto a isto, insisto que o dever do Estado não se restringe a manter o fornecimento que já pratica, mas também que, uma vez configurada a necessidade essencial não suprida ou suprida deficientemente pela iniciativa privada, remanesce para ele (Estado) o dever de adentrar ao mercado para fornecer convenientemente o respectivo serviço. Essa é uma função institucional do Estado, a qual, inclusive, transcende ao CDC e está implícita no nosso próprio sistema jurídico, com base na Constituição Federal. Em sentido sensivelmente diverso, Antônio Hermen de Vasconcellos & Benjamin, restringindo-se a análise do art. 22 do CDC, diz: “Ressalte-se que o dispositivo não obriga o Poder Público a prestar serviço. Seu objetivo é mais modesto: uma vez que o serviço essencial esteja sendo prestado, não mais pode ser interrompido”. (MUKAI, Toshio et al. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 110)

<sup>28</sup> Nesse sentido, embora escrevendo dentro do contexto da época em que ainda não havia sido implantada a privatização dos serviços de telefonia, mesmo assim, Antônio Hermen de Vasconcellos & Benjamin foi muito apropriado ao dizer: “Não pode a Administração, p. ex., de uma hora para outra, decidir que não mais prestará serviços de telefonia, sob o pretexto de que o próprio mercado deles se encarregará. Uma vez que a iniciativa privada não esteja habilitada a atender, com eficiência, as necessidades dos consumidores, o Poder Público acha-se, então, obrigado a dar continuidade ao serviço que prestava anteriormente”. (MUKAI, Toshio et al. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 111).



## 4. Conclusões

Diante dos elementos fundamentais dessa problemática aqui discutida, uma vez tecidas nossas considerações e argumentações, temos em conclusão, que a concepção a ser acolhida deve pautar-se no sentido de entender que esse **dever de continuidade** é de caráter coletivo e consistente em dois pilares mestres: a) o primeiro, em haver a disponibilização geral do serviço para ser acessado por aqueles que desejarem e cumprirem as condições necessárias; b) e, o segundo, consistente na permanência dele (serviço) no mercado de fornecimento, para que seja prestado com qualidade, sem interrupções ou oscilações (descontinuidades) que não as motivadas por questões de segurança (fatores técnicos justificáveis/aceitáveis de manutenção indispensável ou substituição de equipamento)<sup>29</sup>, por caso fortuito ou força maior, ou ainda, finalmente, por inadimplência do consumidor. c) e, o terceiro a ser considerado, posto que revela-se substancialmente importante, consiste em atender que não deve haver suspensão do fornecimento do serviço, quando tal puder vir prejudicar a saúde de número expressivo de componentes da população (e não apenas aos consumidores inadimplentes), como é o caso da suspensão do serviço de esgotos que pode provocar o surgimento de epidemias, prejudiciais tanto para a população, quanto para os gastos com custeio da saúde pública.

Importante considerar o fato de que muitos dos serviços essenciais são fornecidos em regime de monopólio e através de contratos cativos de longa duração, onde se propiciam oportunidades várias de abusos por parte das companhias fornecedoras. Todavia, todo esse contexto possui regramento com sistemática específica de proteção ao consumidor contra tais práticas desvirtuadas, não devendo estas questões, serem misturadas com o dever de continuidade dos serviços essenciais. Existe todo um conjunto de disposições legais aptas para bem reger as práticas de mercado e os demais aspectos da relação contratual, inclusive, reprimindo seus desvios. E, nesse aspecto, sobressai à importância do CDC, como norma moderna, adequada e suficientemente abrangente.

Enfatizamos que o exame das soluções para a problemática relativa ao dever de continuidade dos serviços essenciais há que contemplar sempre a questão sob o aspecto macro, ou seja, do bem-estar da maioria da população, e para isso devem ser respeitados critérios técnicos que visualizem o jurídico, o econômico e o social como elementos basilares para o bom funcionamento e convivência das

<sup>29</sup> Frise-se que a Medida Provisória nº 890 de 13/02/1.995, já disse expressamente dentro do texto de seu Artigo 6º que:

“[...]”

§ 3º - Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em **situação de emergência** ou após prévio aviso, quando:

I - [...]

II - por **inadimplemento do usuário**, considerando o interesse da coletividade.[...]” (grifos nossos).

pessoas em sociedade. Por isso, considerando o melhor para a sociedade, é de se repudiar a adoção do sistema pré-pago, bem como de permitir-se a suspensão de fornecimento de serviços à saúde pública, mas tudo sem perder o foco de que mesmo sem ele existe uma problemática a ser solucionada.

E, nesse sentido, existe muita sabedoria nas palavras do eminente Enzo Roppo, quando diz:

‘Contrato’ é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. Mas como acontece com todos os conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autónoma, dotada de autónoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprio, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade económico-social que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de ‘contrato’ (o qual, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com um conceito pura e exclusivamente jurídico).<sup>30</sup>

E, a esta necessidade de consideração do lado económico e social (no aspecto mais amplo), é muito oportuno e apropriado adicionar a orientação elementar de que não se deve usar princípios contratuais para justificar “assistencialismos” que, embora a possível pureza de intenções, possa socorrer necessitados ao preço de abrir portas para que muitos desonestos se aproveitem da situação e acabem prejudicando a maioria da população, que paga, regularmente, as tarifas dos serviços essenciais que utiliza. Igualmente, não se deve incentivar certos consumidores para que se comportem de maneira prejudicial ao direito quase sagrado de que os recursos finitos na natureza (como, por exemplo, água e energia eléctrica), sejam usados racionalmente e preservados para esta e as próximas

---

<sup>30</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1988. p. 7-8.

gerações. Situações extremas têm sido e, enquanto perdurar este panorama legal, precisam continuar sendo resolvidas pela solidariedade humana das pessoas, ou pela atuação dos órgãos e entidades dedicadas a serviços sociais, naturalmente dentro das suas peculiaridades. Entretanto, tal não é suficiente para justificar uma ampliação, como regra - proveniente de fonte doutrinária ou jurisprudencial de direito - de formas atípicas e extralegais de realizar uma socialização dos custos para apoiar os inadimplentes, mesmo que eles se enquadrem como carentes sob o aspecto econômico.

Em se podendo evitar o dilema entre suspender ou não o serviço essencial, ter-se-á ganho desde que se consiga manter a viabilidade econômica do fornecimento. E, nesse sentido, ao longo deste breve texto, mencionamos que alguns serviços nunca devem ser suspensos (exemplo: esgotos, para evitar riscos à saúde pública que pode ter nas epidemias um grave risco à população) e fórmulas como um seguro (incluído na conta de todos os usuários) para amparar aqueles que por desemprego, problemas de saúde, ou situações emergenciais, estejam passando por dificuldades financeiras ou, mesmo, um consumo máximo<sup>31</sup> que seja garantido independente de pagamento direto pelo usuário<sup>32</sup>, de modo a atender aspectos humanitários<sup>33</sup> que merecem elevada consideração. Todavia, enquanto não materializadas, algumas delas - já que todas são dependentes da via legislativa e da vontade política das autoridades - as circunstâncias que temos não deixam outro caminho senão o da necessidade de aplicação rigorosa daqueles princípios que apresentamos, como os que melhor representam o desiderato da legislação, além de atender aos componentes sócio-econômicos indispensáveis para que se obtenham bons resultados na prática social. Quando a suspensão do fornecimento do serviço essencial, segundo a legislação vigente, representa a forma menos gravosa de proteger a coletividade e atender aos ditames da legislação, é a ela que se deve recorrer, em caso de inadimplemento por parte do usuário.

Cabe enfatizar que a atualidade nas relações de consumo deve ser do prestador de serviços eficiente, cumpridor da lei e grande interessado em respeitar os direitos dos consumidores que com ele se relacionam, especialmente quando se tratar de fornecimento de serviço essencial. O respeito à boa-fé objetiva na contratação fazem parte desse contexto, que impele o fornecedor a contribuir para que seus contratos de fornecimento venham a cumprir sua função social. Paralelamente, também é o momento da presença do consumidor-cidadão, ou seja, do consumidor consciente, responsável e atuante, esclarecido em suas prer-

<sup>31</sup> Por exemplo: o programa “Luz Fraterna” instituído no Estado do Paraná isenta de pagamento os usuários que gastarem até 100 (cem) quilowatts por mês.

<sup>32</sup> Custeado, repetimos, por recursos públicos ou através de *internalização* nas tarifas que são pagas pelos demais usuários do serviço, já que, de regra, todos somos consumidores dos serviços essenciais.

<sup>33</sup> Contemplando de forma mais cuidadosa, por exemplo, o direito vida consoante a dignidade humana almejada pelo inscrito no inciso III, do artigo 1º, da nossa Constituição Federal.

rogativas, mas dotado de uma dimensão contributiva e enriquecedora para o aprimoramento das relações de consumo e mesmo da convivência social. Só assim, poderemos ter a concretização dos ideais preconizados pelo legislador quando, na busca do equilíbrio e da harmonia no mercado de consumo, propositadamente incluiu a defesa do consumidor no art. 5º de nossa Constituição Federal<sup>34</sup>.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 20 abril 1999. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 31, jul./set. 1999.

CD JURISPLENUM – *Jurisprudência e Legislação*. Caxias do Sul: Plenum, 2000. v. 1/51.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MENEZELLO, Maria D'Assunção C. Código de defesa do consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 19, jul./set., 1996.

PINTO, João Augusto Alves de Oliveira. *A responsabilidade civil do Estado-fornecedor de serviços ante o usuário-consumidor*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

---

<sup>34</sup> Exatamente o dispositivo constitucional que contém o maior elenco dos principais direitos do cidadão.

# REFLEXÕES SOBRE A NÃO-INTERVENÇÃO DO ESTADO NA “ATIVIDADE ECONÔMICA”, NOS TERMOS DO ART. 173 DA VIGENTE CONSTITUIÇÃO FEDERAL

REFLECTIONS ON THE NON INTERVENTION OF THE STATE IN THE “ECONOMIC ACTIVITY”, IN THE TENORS OF ARTICLE 173 OF THE CURRENT FEDERAL CONSTITUTION

Ruy de Jesus Marçal CARNEIRO<sup>1</sup>

## RESUMO

Cuida-se de analisar a Constituição Federal de 1988, no que diz respeito ao seu Título VII – “DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA”, tratando-se, mais especificamente, da não-intervenção do Estado na atividade econômica, posto que esta prerrogativa está mais voltada para a iniciativa privada, cabendo ao Poder Público federal, de forma extraordinária, aí se envolver, quando se tratem de condições excepcionais, quais sejam, cuidar dos “imperativos da segurança nacional” e atender aos “relevantes interesses coletivos”, situações em que o particular não há de demonstrar interesse mais efetivo, pois o seu móvel na área econômica é aquele em que esteja presente o lucro, enquanto que no âmbito das duas situações anteriores, como tais nominadas no Texto Maior, há de vicejar, primacialmente, o interesse público.

**Palavras-chave:** Estado; atividade econômica; constituição

## ABSTRACT

Care oneself of to analyse the Federal Constitution of the 1988, in the that says respect with the arts its title VII – “ Of the order economic and financial”, treat oneself, more especific , of the non intervention of the State in the economic activity put than these prerogative is more around to the privy iniciative to be contaneid with the arts Public Federal Power, of the form extraordinary, in that

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP e Professor do Programa Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR – Marília/SP.

palce wraponeseif, when oneself treat of the exceptionals conditions, which are, to care for of the “imperatives of the national securith” and to attend with the arts “relevant collectives interests”, situations in the that the particular no has of to demonstrate interests more real, because these movable in the economic area is that one are present the profit,while than in the ambit of the two situations anteriores, as such nominatives in the greater texto, has of to grow rannk, primatial, the public interest.

**Key works:** State; economic activity; constitution.

Todos sabem que a atual Constituição Federal traz estampada nas suas regras que a “atividade econômica” é para ser exercitada, preferencialmente, pelos particulares, devendo o Poder Público dela afastar-se, evitando que ocorra o que acontecia antes da promulgação do atual Texto vigente, onde o Estado de tudo participava, inclusive sendo proprietário até de atividades hoteleiras.

Isso fica muito claro ao se ler o contido no “Título VII” do Texto Constitucional, que trata da “Ordem Econômica e Financeira”, quando diversos princípios voltados para essa realidade avultam firmemente. Assim é que o Art. 170 explicita no seu “caput” que: “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:”.

Nessa linha de raciocínio, seguindo a esteira da citada dicção constitucional acima transcrita, verifica-se que, além de ter a livre iniciativa como um dos fundamentos da já comentada “ordem econômica”, a principiologia trazida pelo mesmo dispositivo faz registrar, com intensidade, que a “livre concorrência”(Art. 170, IV) é fator determinante para o exercício de tal atividade neste País, além de prestigiar outros princípios, como, por exemplo, a “propriedade privada”(Art. 170, II), a “defesa do consumidor”(Art. 170, V), o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”(Art. 170, IX). Vê-se, por conseguinte, que o particular é constitucionalmente prestigiado, valendo salientar, para reforçar o ponto, que o parágrafo único do dispositivo em comento fixa, fortemente, que: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Está, pois, definitivamente estampado na Lei Maior que não compete ao Poder Público, de quaisquer dos componentes da Federação brasileira, outro caminho senão o de afastar-se da “atividade econômica”, que deve ser impelida e

exercitada pelos particulares no âmbito da “livre iniciativa”, pois esta é fundamento, tanto da República quanto do Estado Democrático de Direito, conforme se encontra preceituado no corpo da Constituição Federal, tal como a seguir se transcreve:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**. (grifos nossos)

Com esse apontamento, numa interpretação do sistema constitucional, aliando o seu primeiro dispositivo, de forma mais genérica, àquele do seu Art. 170, que fala da “Ordem Econômica e Financeira”, particularizando-a, observa-se com clareza que a intenção do legislador constituinte foi a de dar um novo viés às atividades produtivas no Brasil. De um lado, afastando o Estado-empresário, com todas as mazelas que carrega no seu corpo dinossáurico, parafraseando, neste ponto, o Embaixador Roberto Campos, e, de outro, permitindo que a brasilidade, por intermédio dos seus empresários, possa fazer com que a Economia, mercê da “livre iniciativa”, bem como da “livre concorrência”, permita que o homem comum exercite a sua vocação nesse tão importante segmento social, que é a atividade empresarial.

Poder-se-ia, noutro ponto, perguntar-se se o mercado seria, face aos apontamentos anteriores trazidos para este texto, o grande articulador desse processo, agindo livremente, descurando-se dos princípios éticos e tornando o meio empresarial uma selva onde reinaria o interesse pessoal de cada qual em prejuízo, por conseguinte, do homem-consumidor. Claro que não, pois, se de um lado a “livre iniciativa” é um princípio de ordem constitucional, por outro, não há de esquecer-se que a “livre concorrência” é também componente de uma principiologia voltada para a já referida “Ordem Econômica e Financeira”.

Verifica-se, ante o exposto, que se pode ter, em algum momento, a colidência principiológica de dois vetores constitucionais: a “livre iniciativa” e a “livre concorrência”. Em razão disto, face aos valores que permeiam ambos os princípios constitucionalmente consagrados, é dever do Estado estar atento fiscalizando as condutas dos particulares e os caminhos trilhados pelas suas empresas. Tanto isso é verdade, que, atualmente, neste País, tem-se a participação ativa e diligente de um órgão do Poder Executivo, o qual se localiza no âmbito do Ministério da Justiça, que é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Por diversas vezes, instado a manifestar-se, o fez de maneira incisiva e concludente, como, para registrar apenas um exemplo, no “affaire” da

[...] aquisição da KOLYNOS do Brasil S/A, atual KOLYNOS do Brasil Ltda., pela Colgate-Palmolive Company, em decorrência de compra realizada no exterior, através (sic) de processo privado de leilão, no qual a Colgate-Palmolive Company e sua subsidiária KAC Corporation adquiriram parte dos negócios mundiais de saúde bucal da American Home Products Corporation (AHP).

Nesse episódio, ficou assentado que se tratava de “ato de concentração econômica”, razão pela qual tal feito foi submetido ao CADE, para que, no âmbito de sua competência, pudesse manifestar-se a respeito do tema e garantir o direito dos consumidores, mantendo-se o reinado das dicções constitucionais, a fim de que o princípio constitucional da “livre concorrência” não se visse afrontado.

Cumprindo a sua obrigação funcional, a Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva teve a oportunidade de trazer à colação, no seu relatório, que dele, aqui, é trazido um excerto, dados importantíssimos acerca dos formidáveis números que envolviam a citada transação comercial.

Registrou a nominada Conselheira tratar-se de ato de concentração econômica, submetido ao CADE na forma do Art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e que, por isto,

A Colgate-Palmolive Company, doravante denominada simplesmente COLGATE COMPANY, sediada nos EUA, mantém operações em mais de 75 países e exporta para mais de 100. Atua no segmento de higiene e limpeza, destacadamente higiene bucal, higiene pessoal, produtos para limpeza doméstica, cuidados com tecidos, bem como em segmentos da indústria de nutrição animal. É no segmento de higiene bucal (creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante bucal) que a COLGATE COMPANY detém liderança mundial. Sendo a única empresa global voltada prioritariamente para a higiene bucal, a COLGATE COMPANY possui 47 fábricas de produtos de higiene bucal no mundo inteiro, número superior ao de qualquer concorrente. De acordo com as informações prestadas às fls.11 e 13, os negócios realizados em 1994 pela COLGATE COMPANY no segmento de higiene bucal foram da ordem de US\$ 2,4 bilhões, o que representa 24% do faturamento bruto mundial, estimado em US\$ 10 bilhões.” Nos últimos cinco anos, a COLGATE COMPANY investiu cerca de US\$ 1,894 bilhão (excluída a operação KOLYNOS) em aquisições ou em joint-ventures, dos quais



19,61% envolvem negócios de higiene bucal (fls. 508, Apenso III). Nestes termos, é importante destacar que a aquisição da KOLYNOS representa o maior investimento realizado pelo Grupo, ou seja, 55% dos investimentos realizados pela COLGATE COMPANY. A COLGATE COMPANY no Brasil opera através de suas subsidiárias C-P Têxtil Industrial Comércio Ltda. (100%) e Colgate-Palmolive Ltda. (100%), doravante denominada simplesmente COLGATE LTDA., que, por sua vez, detém 50% da Dental Pack Ind. Comércio Ltda. e, no Uruguai, 100% da Alexandria S.A. (fls. 245 a 246, Apenso III). Cabe ressaltar que a empresa Dental Pack Ind. Comércio Ltda., fabricante de tubos laminados usados como recipiente de cremes dentais, iniciou suas operações a partir de uma joint-venture entre COLGATE LTDA. e Itap Embalagens S.A., sendo sua produção vendida exclusivamente à COLGATE LTDA. Em 06/09/95, o CADE foi notificado da aquisição da Dental Pack Ind. Comércio Ltda. pela COLGATE LTDA. O valor da transação foi de US\$ 2,4 milhões (fls. 505, Apenso III). Em 1990, a COLGATE LTDA. adquiriu, por aproximadamente US\$ 11 milhões, a linha de produtos Pinho Sol, da Clorox Company.

Como se tratava de aquisição de uma empresa que fabricava os produtos “Kolynos”, tão conhecidos da população brasileira, por parte de uma outra, a que fabricava os produtos “Colgate”, também altamente do gosto dos consumidores, poder-se-ia antever que o mercado ficaria restrito a um só fabricante, com duas marcas de nomeada nas mãos, condição que poderia vir a dano dos consumidores e, por consequência, ferir o princípio constitucional da “livre concorrência” (Art. 170, IV).

Todavia, isto não ocorreu, já que houve a manifestação do organismo público responsável em evitar ofensa aos meios éticos nas atividades comerciais do País, respeitando, por conseguinte, as prescrições da Constituição Federal e de sua norma integradora, a Lei Nacional nº 8.884, de 11 de junho de 1994, norma que, de acordo com o seu Art. 1º, “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. (grifos do autor).

Assim, pois, o Estado veio e colocou cobro a tal anomalia, determinando, por intermédio do CADE, que na “natureza da concorrência do mercado de creme dental – por diferenciação de produto – tem na marca a sua principal arma”<sup>2</sup>, que era a tese havida na representação em comento, a seguinte decisão:

<sup>2</sup> Grifos do autor

A natureza da concorrência no mercado de creme dental - por diferenciação de produto - tem na marca a sua principal arma. A concorrência intermarcas, por meio da construção de reputação e laços de lealdade com o consumidor é a forma predominante assumida pela concorrência nesse mercado. De todo o exposto ao longo do voto, conclui-se que é o controle simultâneo das duas marcas mais importantes do mercado, em particular da marca dominante *KOLYNOS*, a barreira à entrada significativa e, por conseguinte, a fonte do poder de mercado agora detido pela adquirente. Assim, é sobre o controle de marcas que deve se concentrar a decisão deste Conselho. A empresa deverá suspender a utilização da marca *KOLYNOS* e extensões para a fabricação e comercialização de creme dental voltadas para o mercado interno pelo prazo de quatro anos ininterruptos, a contar da aprovação por este Conselho do plano de suspensão a ser apresentado pela empresa. Inclui-se na suspensão qualquer material de embalagem, propaganda e promoção relacionado à marca do produto creme dental. As extensões referidas nesta decisão são *Kolynos Super Branco*, *Kolynos Ação Total*, *Kolynos Fresh*, *Kolynos Clorofila*, *Kolynos Anti-placa*, *Kolynos Star Gel*, *Kolynos Prevent*, *Kolynos Tandy*, *Kolynos Fluor2 Gel*, *Kolynos Bicarbonato de Sódio* e todas as que pudessem ser criadas a partir da marca *KOLYNOS*.

Em outras palavras, aqui se encontra presente com a citada decisão o respeito integral à determinação constitucional, quando ela preceitua no § 4º, do seu Art. 173, que **“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”**.(grifos do autor)

O que se quis, nessa rápida notícia, era dar conta de que o Estado, mesmo devendo estar fora da exploração da “atividade econômica”, não pode estar alheio às determinações da Constituição Federal, que o obriga a tutelar o interesse público e, nele, cuidar para que o seu administrado não fique à mercê da selvageria do mercado, sendo ele, o Estado, obrigado a obstaculizar tal prática.

Por outro norte, mister é que se pergunte se esse impedimento de que o Estado insira-se na “atividade econômica” é de fato absoluto ou se comporta algum temperamento na sua aplicação.

Sabe-se que o Estado deve ser prestador de muitos serviços públicos, que devem ser fruídos pela sociedade, a fim de que esta atinja, o que é dever dele próprio: o bem-comum de todos os componentes do tecido social.

Tais serviços públicos, bem assim as suas titularidades estão preconizadas no Texto Constitucional, ora adjudicando-se à União, ora aos Estados-Federados, ora aos Municípios, ora ao Distrito Federal. Cabe a tais entes federados a sua

execução ou não. Se for do seu interesse pode prestá-los diretamente; em não o sendo, isso pode ser feito pelo particular, respeitada a autorização legislativa, em cada caso, bem como os procedimentos licitatórios, a fim de que não se veja ferido o princípio da isonomia. Este é o jogo. Nas mãos do Poder Público, não se há de falar em lucro, mas tão só dos meios para a sobrevivência do sistema; nas mãos do particular, que se transforma em agente público, sendo, como sua espécie, colaborador da Administração Pública em tal atividade, o lucro é o seu objetivo principal, quando executor de um serviço público, cumprindo, por consequência, ao poder concedente, fazer com que esse objetivo seja integralmente respeitado.

O que a Constituição Federal não permite é que o Poder Público, em quaisquer das esferas da Federação – União, Estados-Federados, Municípios e Distrito Federal -, insira-se na exploração da “**atividade econômica**”, buscando o lucro, que é o objetivo de qualquer negócio. Não, aqui o Estado não deve intervir, tampouco participar de **maneira ordinária**, sob pena de o fazendo, constituir-se em ofensor, ele próprio, às regras constitucionais que deve respeitar e fazer respeitar, sem quaisquer meneios.

Vê-se, por isso, que, de acordo com o estabelecido na Constituição Federal, no seu Art. 173, § 1º, II, ainda dentro do “Título” da “Ordem Econômica e Financeira”, o Estado, de **forma extraordinária**, pode participar da chamada “atividade econômica”, fazendo-o, sempre, em igualdade de condições com os particulares, sem quaisquer privilégios, e por meio dos entes comerciais criados por si, cuja natureza jurídica é, ainda, apontada pelo Texto Constitucional. Nesse ponto, é interessante deixar apontado o que registra o dispositivo anteriormente mencionado.

Assim preleciona a citada prescrição:

A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

Verifica-se, por conseguinte, que o Estado só **extraordinariamente** pode envolver-se com a “atividade econômica”, para explorar atividade “de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”. E se o fizer não terá quaisquer privilégios em relação às empresas privadas e, como dito pelo Texto Maior, haverá de sujeitar-se, também, às normas de direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

Nessa linha, por consequência, participará de tal mister por meio de entidades próprias, ou seja, por intermédio de sociedades de economia mista e de empresas públicas. E estas são aquelas apontadas pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que cuidou, ao tempo, de dispor sobre a organização da Administração Federal. Nessa trilha, o citado diploma legal conceituou o que fosse sociedade de economia mista e empresa pública. Para a primeira, no seu Art. 5º, III, grafou que se trata de “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei **para a exploração da atividade econômica**, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração direta”. Relativamente à segunda, passou a registrar que é aquela que é, conforme pontua o mesmo Art. 5º, no seu inciso I, “dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei **para exploração de atividade econômica** que o Governo” (da União Federal) “seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer uma das formas admitidas em direito”. Nesse passo, pode-se entender, à dicção proposta, que mesmo a empresa pública poderá aparecer sob o figurino de entidade unipessoal.

Observa-se ao que anteriormente quedou-se registrado que ambas as formas de participação na “atividade econômica” por parte do Estado só se darão no âmbito da União, jamais nos demais entes federativos, embora isto ocorra ainda hoje, como herança havida das situações anteriores à promulgação do vigente Texto Constitucional.

Um caminho que deve ser apontado, repetindo-se, sem quaisquer dúvidas, é que as figuras do Estado – sociedade de economia mista e/ou empresa pública – para intervir na “atividade econômica” não deverão ter qualquer privilégio, acredita-se, para não angustiar e sufocar a iniciativa privada, bem como o princípio da isonomia, sobretudo quando se sabe que o Tesouro Nacional com os seus investimentos poderá descompassar a concorrência, na exploração da economia, devendo, por via de tal raciocínio, sujeitarem-se, ambas as figuras empresariais, como bem diz o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, “às normas de direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Se não deve haver quaisquer privilégios para ambos os entes estatais – sociedade de economia mista e empresa pública -, há, por outro norte, dificuldades para o desenvolvimento delas na mesma “atividade econômica”. Isso fica claro quando se compulsa a Constituição Federal e lá se verificam alguns dispositivos que objetivam fazer com que o Poder Público e as suas entidades da administração indireta, como as duas já nominadas, submetam-se aos princípios constitucionais expressos que dirigem-se à Administração Pública.

É, pois, o que se lê no Art. 37, “caput”, no capítulo próprio dirigido a essa mesma Administração Pública, que determina: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** [...]”. (grifos nossos)

Por conta disso, verifica-se que tais entidades da administração indireta do Estado – **sociedades de economia mista e empresas públicas**<sup>3</sup> - devem estar submetidas às determinações da lei; devem tratar tudo com impessoalidade; devem ter os seus atos inteiramente publicizados e agirem com a maior eficiência. Assim, enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, tais organizações só podem fazer o que a lei determina. Nessa trilha, verifica-se que o Estado, por meio de tais organizações, num mercado aberto, onde deve vicejar a livre concorrência e a iniciativa plena, como vetores de ordem constitucional, tem em seu desfavor a obrigação legal de que os seus empregados, posto que estão elas submetidas às relações trabalhistas, devam ser recrutados por meio de concursos públicos, que é o que não acontece com as suas concorrentes; devem adquirir bens e serviços pelos procedimentos licitatórios, sempre custosos quanto ao tempo em que se desenvolvem, manietando tais entes da administração indireta federal e, por conta disso, dificultando o seu processo concorrencial perante os demais que trabalham no mesmo campo de atividade. Grosso modo, poder-se-á lembrar, à guisa de registro, as dificuldades dos bancos estatais – Banco do Brasil S.A., por exemplo – na sua lida diária com os conglomerados particulares.

Claro está que tais registros são feitos relativamente às organizações estatais de que aqui se trata, **criadas e existentes anteriormente à nova Constituição Federal**, mas que, por passarem para a nova ordem constitucional deveriam submeter-se inteiramente às dicções que ela, atualmente, aponta e quer ver respeitadas.

Após a promulgação da nova Lei Maior, o legislador constituinte entendeu de afastar o Estado da exploração da “atividade econômica” ou, pelo menos minimizar a sua participação, permitindo que isso só ocorra em situações excepcionalíssimas.

Nesse caminho, volte-se, agora, para o Art. 173, e os seus parágrafos e incisos, da Constituição Federal, que deixam afirmados que o Estado só intervirá na “atividade econômica” quando tiver de atender a duas exigências, contidas no referido Texto, que se pode entender sejam de profunda relevância para a sociedade brasileira: 1) “**quando necessária aos imperativos da segurança nacional**” e para atender 2) “**a relevante interesse coletivo**”, bem como apresenta outras condições, quando o Estado se veja transformado em empresário exercitando, em toda a plenitude, a “atividade econômica”. A dicção é a que se segue:

---

<sup>3</sup> Grifos nossos

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.

§ 1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre<sup>4</sup>:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia.

Com a transcrição havida e à sua análise, percebe-se, sem muita dificuldade, que dois óbices importantes são colocados para que o Estado venha a participar do mercado, mesmo que de forma extraordinária. Trata-se de que o legislador infraconstitucional, no âmbito de sua competência e por meio de uma simples lei ordinária, defina o que sejam: “**imperativos da segurança nacional**” e “**relevante interesse coletivo**”. Após isso, aí sim, estará o Estado apto, frise-se, mais uma

---

<sup>4</sup> § 1º com nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Redação Anterior: “§ 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

vez, em condições de buscar “a exploração da atividade econômica”, nos precisos termos da dicção constitucional anteriormente registrada (Art. 173, “caput”).

Porém, para tal desiderato, não fica só nisso, isto é, definir as duas questões postas pelo Texto Constitucional, mas, vai além, devendo o Poder Público buscar a criação da pessoa jurídica, que ficará responsável pela sua inserção na “atividade econômica”, seja sociedade de economia mista e/ou empresa pública, sempre por meio de lei, lei esta que deverá atender a outros pressupostos constitucionais contidos no Art. 37, XIX, que aponta a necessidade de edição de lei específica, sem quaisquer penduricalhos, definindo, ainda, as áreas em que atuarão tais entes da administração indireta do Estado. A seguir, para compreensão da extensão do modal constitucional, transcreve-se a supra citada disposição, que assim aparece:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte <sup>5</sup> :

[...]

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Numa análise sistemática da Constituição Federal, observa-se que a intenção do legislador constituinte não foi outra senão pretender que o particular, alicerçado na sua livre iniciativa, que é, agora, a um só tempo: 1) fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e 2) princípio constitucional, na ordem econômica e financeira, fosse o principal agente responsável pelo desenvolvimento da “atividade econômica” neste País.

Por fim, o objetivo deste pequeno estudo foi o de demonstrar o verdadeiro valor que têm para a sociedade brasileira os seus nacionais, ou “os estrangeiros residentes no País”, pois dignificando quando do seu exercício nos meios econômicos, sejam quais forem, estará, de forma igual, a respeitar a “dignidade da pessoa humana”, que, também, e “**por essa razão, constitui o pressuposto básico de todo o ordenamento jurídico**”, na feliz assertiva de Miguel Reale. Por igual, ela, da mesma forma, fundamento tanto do Estado Democrático de Direito quanto

---

<sup>5</sup> Art. 37 com nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998. Redação Anterior: “Art. 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:”

da República Federativa do Brasil, permitindo que cada qual possa estimular a sua criatividade e praticar a livre iniciativa, visando ao bem-comum e, por consequência, ativar a economia nacional sem os percalços e as mazelas do abuso do poder econômico, com respeito à livre concorrência, cabendo registrar, na hipótese de que isto não ocorra, de que deverá haver, com toda a intensidade, a participação estatal fiscalizadora, para prevenir e reprimir, por meio dos seus organismos competentes, as infrações contra a ordem econômica, em benefício, sempre, da sociedade brasileira.



# POSITIVAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS

## CONSTITUTIONAL VALUE POSITIVENESS

Marlene Kempfer BASSOLI<sup>1</sup>

### RESUMO

A partir da exposição de João Maurício Adeodato (1996), sobre os estudos da Axiologia construídos por Nicolai Hartmann, apresentam-se concepções da ontologia e gnoseologia dos valores, inclusive para os valores jurídicos. Foram considerados enunciados da Constituição Federal do Brasil de 1988, para indicar, que a partir deles, é possível construir proposições estimativas reveladoras de valores constitucionais. Essas proposições não são proposições normativas em sentido estrito, cuja estrutura comporta relação jurídica onde estão os direitos subjetivos e os correlatos deveres jurídicos. As proposições estimativas são a fonte e o ponto de convergência das normas que compõem o ordenamento jurídico. Esse é o caráter normativo (sentido amplo) dos valores que se projetam sobre a realidade e permitem sejam captados por quem se propõe a descobri-los ou, conforme Hartmann, valores do dever ser ideal. A partir da descrição da ontologia da esfera axiológica de Hartmann, tem-se mais uma possibilidade de compreender um dos possíveis percursos do fenômeno da positivação dos valores jurídicos. A expectativa é de que poderá ser uma investigação útil, se servir de instrumento para auxiliar aos juristas em um de seus desafios: a interpretação jurídica para construir normas de modo que as condutas por elas disciplinadas realizem, efetivamente, os valores jurídicos na percepção contemporânea.

**Palavras-chave:** axiologia jurídica; valores jurídicos; valores constitucionais; interpretação constitucional.

### ABSTRACT

From the exposition of João Maurício Adeodato (1996) on the studies of the Axiology constructed by Nicolai Hartmann, conceptions of the ontology and gnoseology of the values are presented, also for the legal values. They had been

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela PUC-SP. Professora dos Programas de Mestrado em Direito da Universidade de Marília-UNIMAR e da Universidade Estadual de Londrina- UEL/PR.

considered enunciates of the 1988 Federal Constitution of Brazil, indicating that, based on them, it is possible to construct estimate proposals revealing constitutional values. These proposals are not normative in the strict sense, whose structure holds the law relation where subjective rights and the related legal obligations are. The estimate proposals are the source and the convergence point of the norms composing the legal system. This is the normative character (wide sense) of the values that project themselves on the reality and allow being understood by those who propose to discover them, or, according to Hartmann, ideal values. From the description of Hartmann's axiological sphere ontology, one more possibility to understand one of the possible routes of the legal values up until achieving the norm level shows up. The expectation is that it could be an useful inquiry if applied as an instrument to assist jurists in one of their challenges: the legal interpretation to construct norms in a way that the behaviors disciplined by them accomplish, effectively, the legal values in the contemporary perception.

**Key words:** law axiology, legal values, constitutional values, constitutional interpretation.

## 1. Introdução

A Ciência do Direito tem por objeto de estudo o Direito Positivo. Ao promover investigações nesse nível, o estudioso encontra um discurso vertido em linguagem prescritiva, revelador de um universo de normas. Elas são construídas pelo homem com a finalidade de disciplinar as relações interpessoais. Através delas, realizam-se e preservam-se valores importantes para um momento, em determinado território.

Os valores, conforme conclusões de Nicolai Hartmann (*apud* ADEODATO, 1996), são captados de um mundo ideal e vivenciados com os demais integrantes da comunidade social. Para que os valores importantes sejam realizados e preservados em determinada comunidade social, busca-se o Direito como um dos instrumentos para alcançar este propósito. O Direito é o mundo do dever ser, dos valores e das normas jurídicas. Os valores selecionados através de processo jurídico indicado passam a ser denominados de valores jurídicos, e devem ser fundamento de validade dessas normas. Por meio delas comportamentos individuais e coletivos são exigidos e, diante de condutas que realizam desvalores, ocorre a sanção jurídica. Pode-se afirmar que elas são meios legitimados para alcançar a coação, isto é, o grau máximo da força estatal na realização concreta de valores jurídicos.

Diante dessas constatações e a partir da sistematização de João Maurício Adeotado (1996), dos estudos da Axiologia construídos por Nicolai Hartmann, desenvolveu-se uma das possíveis construções acadêmicas para auxiliar na com-

preensão dos enunciados constitucionais que revelam valores jurídicos e o fenômeno da positivação desses valores.

## 2 Considerações doutrinárias da axiologia

A partir da teoria geral dos valores, será possível percorrer a axiologia jurídica, razão pela qual é interessante localizar esses conteúdos diante dos campos do conhecimento humano. Nesse sentido, Hessen (1974) identifica na esfera total da filosofia três subsistemas, onde estão as denominadas disciplinas filosóficas fundamentais:

O subsistema, que reúne as questões sobre o comportamento teórico do homem, que é a filosofia enquanto teoria do conhecimento científico ou Teoria da Ciência. Diz respeito, à origem, à essência e à certeza do conhecimento humano. Tanto no seu aspecto formal, que é a lógica, investigando os princípios formais do conhecimento humano, quanto no material, que dispõe sobre a teoria do conhecimento ou teoria material da ciência.

O segundo subsistema é o que reúne as reflexões do homem sobre si mesmo, para alcançar a concepção do universo. É a filosofia sobre a Teoria da Concepção do Universo. Reúne os conhecimentos da metafísica, tanto da natureza, quanto do espírito humano, bem como a teoria do universo, investigando problemas da divindade, liberdade, imortalidade.

O terceiro subsistema é o que agrupa o conhecimento no aspecto da estrutura do comportamento prático do homem. É a filosofia, quando trata da Teoria dos Valores. Reúne-os em valores éticos, estéticos e religiosos, compreendendo as disciplinas da ética, estética e da filosofia da religião. Os subsistemas têm em comum o pensamento, diferenciando-se pelo objeto. Enquanto a filosofia compreende as reflexões sobre a totalidade do existente, a ciência reduz-se à a parcelas da realidade.

O estudo dos valores constitui um conhecimento recente, a partir da segunda metade do século XIX<sup>2</sup>, embora a preocupação com o tema seja tão antiga, talvez, quanto a humanidade, lembrando de pensadores como Sócrates, Platão, Aristóteles e os escolásticos.

Por ser uma disciplina contemporaneamente sistematizada, ainda não há unidade e harmonia sobre esse aspecto do conhecimento humano. Essa parcela da ciência já tem denominação própria que é a Axiologia. Nesse campo, os estudos

---

<sup>2</sup> Entre os estudiosos que deram importante contribuição para a Filosofia dos Valores cite-se Kant; Lotze que introduziu o conceito de valor na Filosofia alemã; Brentano; Edmund Husserl; W. Windelband; Max Scheler; N. Hartmann; o Risieri Frondizi; Johannes Hessen. Com especificidade para o campo jurídico tem-se na Argentina Carlos Cossio, no Brasil Miguel Reale, João Maurício Adeodato.

sobre os valores como fundamento do conhecimento na Ciência Jurídica estão reunidos sob o título de Axiologia Jurídica.

Com o propósito de conhecer aspectos da teoria geral dos valores, para depois se concentrar na axiologia jurídica, faz-se necessário promover o encontro dos dois termos que permitem este conhecimento: o objeto, através de estudos da ontologia dos valores e o sujeito cognoscente, através dos estudos da gnoseologia dos valores.

Sobre o objeto de que se quer ter ciência, que são os valores, as investigações são para responder perguntas sobre em quais das esferas ontológicas do ser os valores podem ser alojados? Na esfera dos seres reais ou dos seres ideais? Ou há uma terceira esfera própria dos valores?

A ontologia é uma ciência pura, que investiga os predicados mais gerais de todos os entes como tais. É o estudo do objeto que se põem diante do sujeito. Compreende a investigação da estrutura do objeto do conhecimento.

Hartmann (*apud* ADEODATO, 1996) apresenta sua ontologia do ser em geral com as seguintes, entre outras, também importantes, concepções:

[...]

- todo ser pertence a uma ou outra esfera modal: realidade ou idealidade;
- todo e qualquer ente é dotado de essência e existência, não importando se o ente é real ou ideal;
- a realidade ou a idealidade são modos do ser. A essência e a existência são momentos do ser;
- não são somente os entes da esfera real que existem; os entes da esfera ideal têm sua maneira de existir. São regidos por categorias (princípios) diferentes;
- há uma inter-relação entre a essência e a existência: a essência de um ente depende da existência e essa depende daquela;
- A esfera real tem características próprias que a diferenciam da esfera ideal:

a) individualidade, pois somente o ente real é material. Não há dois entes reais iguais. Cada um possui características próprias, são peculiares;

b) temporalidade, sendo que estão sujeitos ao tempo, portanto, são mutáveis, sendo esse o fator da processualidade; o ente real permanece no processo e as mudanças ocorrem em diferentes velocidades, por isso é possível registrar as mudanças, sendo esse o fator denominado de identidade; o ente real, por ser sujeito ao processo de mudança, essa,

po sua vez, ocorre em dois extremos: o ente surge e desaparece, sendo esse o fator que denomina de limitação.

- a esfera real é composta de esferas superpostas: a inorgânica e a orgânica, que correspondem ao mundo físico, e a anímica e espiritual, que correspondem ao mundo psíquico;
- a esfera ideal é composta de esferas de mesmo nível ontológico: a das essências fenomenológicas, da matemática, da lógica e a dos valores;
- O vínculo entre esses dois mundos se dá na medida em que a esfera ideal penetra na esfera real, permitindo sua construção.

O debate filosófico quanto à ontologia do ser em geral não será enaltecido neste estudo. O corte será no sentido de expor algumas das concepções ontológicas dos valores.

Conforme sistematização de Adeodato (1996, p.125-128), as posições doutrinárias podem ser reunidas em dois grupos:

- a) concepção monística, que inclui todos os entes, inclusive a natureza, num mundo indivisível, regido pelo princípio ontológico fundamental da lei da causalidade;
- b) concepção dualista, para quem os objetos estão reunidos no mundo da natureza ou real, compreendendo o reino animal, vegetal e o mineral; e, em outra porção, a esfera do mundo humano, onde está a ética. No primeiro mundo, estão as leis naturais e o determinismo. No mundo da ética, estão as leis normativas, da cultura e da liberdade regidas por normas humanas.

Embora classificada por cientistas como aporia, o debate, já antigo, entre monistas e dualistas oferece recursos didáticos para reunir os diferentes pensamentos sobre a axiologia.

Os monistas não encontraram eco diante da maioria dos estudiosos dos valores, pois não distinguem uma esfera específica para a ética, para as relações humanas e sociais. Constata-se, contemporaneamente, um recuo no entendimento sobre a pretensão de universalização dos seus postulados.

Para a corrente dualista as questões axiológicas estão reunidas em duas direções:

- a) pensadores subjetivistas, reunidos sob o título de **subjetivismo axiológico**, para quem o objeto não é por si só valioso e o valor **provém de uma valoração do sujeito**, conforme o prazer ou

- desprazer que esse objeto possa lhe causar;
- b) pensadores objetivistas, reunidos sob o título de **objetivismo axiológico**, que defendem existir uma **fonte externa ao sujeito**, que fornece parâmetros para separar os valores dos desvalores. Esse grupo abriga as vertentes:
- b.1. histórica, para quem os valores são criados pelo homem através do processo histórico-cultural;
- b.2. ontológica, para quem os valores fazem parte de uma das regiões do conhecimento, com categorias próprias, isto é, regidos por princípios básicos que os ordenam. Se os valores existem, podem ser descobertos e não criados pelo homem.

Seguindo a ontologia dualista do objetivismo axiológico, admitindo que o ser pode pertencer à esfera real ou à esfera ideal, os valores estão juntos à esfera ideal, no mesmo nível das essências fenomenológicas, das entidades matemáticas e lógicas.

Quanto ao sujeito que os quer conhecer, isto é, estudos gnoseológicos, os propósitos são no sentido de definir como o homem consegue apreendê-los: é um conhecimento *a priori*<sup>3</sup> ou *a posteriori*<sup>4</sup>? Pode-se conhecê-los através da intuição sensível? Intelectual? Emocional?

### 3 Axiologia a partir de concepções de Nicolai Hartmann

#### 3.1 Ontologia dos valores

Nicolai Hartmann incluiu a axiologia como parte da teoria do ser. Pode ser classificado como um dualista. Portanto, admite um mundo à parte do mundo físico, onde estão os valores ao lado das essências fenomenológicas, da matemática e da lógica. Tendo conteúdo material, existência, mesmo pertencendo à esfera ideal, os valores podem ser descobertos e não criados pelo homem.

O pensamento de Hartmann (*apud* ADEODATO, 1996) sobre a ontologia dos valores, em brevíssima síntese, pode ser registrado da seguinte maneira:

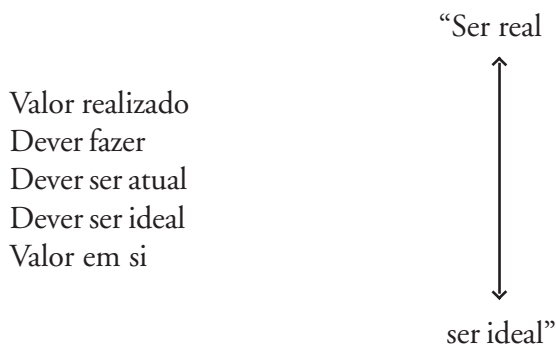
- os valores são simplesmente entidades e pertencem a um mundo ideal, região menos complexa que a real; são percebidos no nível mais complexo da esfera real, onde está o ser espiritual, o homem, guiando as condutas, que são um fenômeno real. O

<sup>3</sup> Juízos *a priori* se expressam através de proposições analíticas, tornando explícito o que no sujeito já se contém, puramente formal que independe de percepção concreta e de experiência;

<sup>4</sup> Juízos *a posteriori* se expressam através de proposições sintéticas, informam sobre questão de fato, acrescentando algo ao sujeito fruto da experiência, com auxílio dos nossos órgãos dos sentidos

homem é o ponto de ligação entre o mundo ideal dos valores e o mundo real onde são realizados;

- os valores são captados pelo homem e realizados na história, sendo que toda experiência axiológica, incluindo a jurídica, tem inspiração nesse mundo ideal jamais plenamente realizável, face à sua complexidade. Há uma constante busca pela realização dos valores, conforme registra a história da humanidade;
- os valores são suscetíveis de ordenação e hierarquia, sendo possível identificar os valores fundantes e os fundados;
- o ser espiritual (homem), construindo sua história, é regido por um dever ser, um impulso a realizações, que tem por fundamento valores. No entanto, nem todo valor tem um correspondente dever ser, pois, esse dever ser, não é da essência dos valores, mas sim, uma de suas propriedades;
- os valores, por serem entes ideais são imutáveis. O que está sujeito a mudança é o dever ser e sua percepção. Essa, é limitada em extensão e intensidade, isto é, o homem consegue apreender alguns valores e aqueles que forem percebidos passam a ter mais influência na esfera real;
- faz uma descrição da ontologia da esfera axiológica, que Adeodato (1996, p. 146) apresenta graficamente:



O **valor em si** é o conceito originário, é o valor em sua plenitude, no mundo ideal, independente da esfera real.

O **dever ser ideal** é a maneira que os valores se projetam sobre a realidade e permitem sejam captados por quem se proponha a descobri-los. Apesar de admitir uma tendência de realização, ainda não o foi. O valor originário é o fundamento do dever ser ideal.

O **dever ser atual** é o início da projeção na realidade. Na escala ontológica, está entre o dever ser ideal do plano ideal, pronto para ser intuído, e o efetivo dever fazer da realidade.

O **dever fazer** parte do dever ser atualizado e representa a possibilidade de realização em determinadas circunstâncias reais.

O **valor realizado** pertence à esfera real. É o valor realizado nos limites de sua percepção. É a efetiva objetivação do dever fazer; que, por sua vez, é um dos momentos do dever ser atual; que por sua vez, tem por fundamento no dever ser ideal, sendo esta a forma possível de intuir o valor originário.

### 3.2 Gnoseologia dos Valores

Hartmann, conforme relata Adeodato (1996), considera os estudos gnoseológicos subordinados aos ontológicos. Admitindo a existência de entes reais e entes ideais, fundamenta que o conhecimento dos objetos reais não é exclusivamente *a posteriori*, porque os princípios que o regem são sempre do mundo ideal, portanto, é conhecimento *a priori*, daí o conhecimento dos objetos ideais ser sempre *a priori*.

O autor defende que o conhecimento é um ato transcendente e que há o ato gnoseológico, sempre mais neutro, objetivo, estimulado pela intuição sensível e intelectual em que o objeto permanece externo ao sujeito, intocado. Há, também, o ato teleológico estimulado pela intuição emocional, em que o objeto é interiorizado, envolvendo a parte subjetiva, do interior do homem.

Alerta que não há atos puramente gnoseológicos ou somente emocionais, uma vez que não é possível postar-se com completa neutralidade diante do objeto ou fenômeno a conhecer.

Constrói proposições a respeito do conhecimento dos valores, cujos aspectos relevantes para este estudo, podem assim ser resumidos:

- considerando que os valores estão no mundo ideal, o conhecimento deles será sempre *a priori*, mesmo que se revele diante de um fato real através da emoção;
- os valores podem ser intuídos no nível do mundo anímico no estrato espiritual, onde localiza o homem, ser com consciência. Ele é o ser espiritual que serve de canal de aproximação da esfera real e a esfera ideal, especificamente dos valores;
- esse **ser espiritual** une a idealidade e a realidade, quer seja pelo conhecimento ou na realização dos valores. Quanto a ontologia do ser espiritual, teoriza que é um ser real, portanto, com as características da individualidade e da temporalidade. Hartmann subdivide o ser espiritual em espírito pessoal, espírito objetivo e espírito objetivado.



São as três manifestações coordenadas entre si. Podem ser separadas apenas por abstração. Somente juntas é que dão a visão total do fenômeno:

- a) **espírito pessoal** é como designa cada ente, ser humano, individualizado. É o ser com sentimento, vontade, autoconsciência;
- b) **espírito objetivo** é como designa a necessidade do ser espiritual de se **inter-relacionar** com os membros da coletividade. É a intersubjetividade que caracteriza o ser espiritual. Ele é supra-pessoal, inserido na realidade espacial e temporal, constrói a história.
- c) **espírito objetivado** é como designa as **manifestações** de sentido do espírito pessoal (indivíduo) e do espírito objetivo (indivíduo se inter-relacionando), que se materializam **sobre objetos**. Explica melhor ao escrever que: “ qualquer ação, todo discurso, qualquer expressão de conduta do indivíduo já é uma objetivação, um ato de exteriorização [...]”. (ADEODATO, 1996, p.186).

O valor é captado pelo espírito pessoal. Após, separa-se de quem o captou e lhe deu significado. Penetra na intersubjetividade (manifestação do espírito objetivo), e adquire um significado. Ao ser comunicado já está objetivado, mas pode não ser consolidado pelo espírito vivo, que são as manifestações do espírito pessoal e objetivo interdependentes. A consolidação é que dará ou não ao valor o qualificativo de independente ou dependente, respectivamente. Quanto mais tempo o valor permanecer, mais independente será do espírito vivo que o percebeu e vivenciou. É a projeção do espírito objetivado para o futuro. O espírito objetivado é irreal e não ideal. É irreal porque:

- diferentemente do ser ideal, é temporal, isto é, após ser objetivado passa a compor a história do espírito vivo que é real;
- o ser ideal independe do ser real, ao contrário do espírito objetivado que só existe em função do espírito vivo.

O espírito objetivado independente e o espírito pessoal entram em conflito, pois há constantes transformações no espírito vivo, e a objetivação, de certa forma, aprisiona o espírito vivente no seu presente e para o futuro. No entanto, o espírito vivo faz seu próprio caminho, pode opor-se ao que recebeu e toma a iniciativa de reiniciar uma nova objetivação;

- o conhecimento dos valores é, em um único ato, sobretudo emocional e secundariamente racional. Embora a intuição axiológica ocorre em cada sujeito, este fato não autoriza afirmar que não sejam objetivos. A objetividade fica evidente a medida que há valores que permanecem na esfera ideal, outros são captados, mas desaparecem. O valor que não foi realizado não significa dizer que ele não existe;

- os valores são percebidos fenomenicamente, análogo ao ato de conhecimento, que se dá através de um ato transcendente. No entanto, é diferente do ato transcendente gnoseológico, pois o sujeito se aproxima dos valores e os insere na realidade através de um ato teleológico estimulado pela intuição emocional;
- considerando o método fenomenológico, este ato teleológico pode ser dividido em três momentos:

- a) intui emocionalmente o valor e, através de um ato de conhecimento, da intuição intelectual, decide como orientará sua ação, determinando um fim a ser atingido;
- b) após, escolhe os meios para atingir o fim estabelecido;
- c) finalmente, há a realização do valor no mundo real

Adeodato (1996, p. 146) oferece um esquema da perspectiva gnoseológica axiológica de Hartmann:



Para conciliar a afirmação de que o conhecimento dos valores é via emocional e racional, deve-se percorrer o caminho fenomenológico do ato valorativo:

- a) fase mais importante do impacto emocional diante de algo. É momento desligado da reflexão, quando ocorre o contato do sujeito com o dever ser ideal, através da intuição emotiva; é a consciência do valor e não a de princípios; não é uma visão pura do valor, mas um sentimento que existe independentemente da experiência;
- b) segue a etapa da reflexão, em que o sujeito usa o raciocínio, estimulado pela intuição intelectual. Embora ainda sob o impacto da intuição emocional;
- c) o sujeito procura a fonte do sentimento de valor que apreendeu. É o momento predominantemente intelectual, denominado de ato gnoseológico, em que o valor é efetivamente objeto de conhecimento

<sup>5</sup> É o momento em que o sujeito analisa se deve ou quer realizar o valor.

### 3.3 O Direito e os Valores Jurídicos

Há unanimidade na doutrina que tem por objeto de estudo a Axiologia, o entendimento de que os valores estão presentes, sempre, nas relações intersubjetivas, quer na construção gnoseológica do ser espiritual de Hartmann (*apud* ADEODATO, 1996), na necessidade de vivenciá-los na realidade social de Cossio (1946) e de Reale (1994), quer na influência das situações circunstanciais (sociais, culturais) em que se encontra o objeto e o sujeito a que se refere Frondizi (1979), e ainda na ênfase ao aspecto da imediaticidade do conhecimento pela emoção do homem, que é provocada pela vivência, conforme Hessen (1974).

Essa intersubjetividade é identificada, também, no momento jurídico da vida humana. Visto assim, toma-se a teoria de Hartmann e suas orientações ontológica e gnoseológica, especialmente por reconhecer aos valores autonomia existencial e objetividade; bem como pela convicção de que é possível encontrar harmonia entre a liberdade e a causalidade do mundo real; portanto, ficam adotadas as seguintes premissas:

- os valores existem, estão na esfera ideal, projetam-se sobre a esfera real. Podem ser descobertos pelo ser espiritual, identificado na figura humana, em sua manifestação enquanto espírito pessoal. Ele é quem faz a ponte entre a esfera ideal e a real;
- Nem todos os valores são captados pelo ser espiritual. Não é nota essencial para sua existência a sua realizabilidade. Não sendo realizado no processo histórico, em determinado momento e lugar, não significa que não existam. Da mesma forma que um círculo, que também está na esfera dos objetos ideais, não deixa de existir se não corresponder ao desenho de um círculo perfeito;
- O **valor**, em sua plenitude, não está ao alcance do ser espiritual. Mesmo quando captado na forma de dever ser ideal e chegar à valor realizado individual ou coletivamente, não se exaure. Sempre haverá, por exemplo, justiça, igualdade, fraternidade, solidariedade a realizar;
- somente sob a forma do **dever ser ideal**, que instiga atos de realização, é que poderá ser captado. Ao ser intuído pelo espírito pessoal, o valor terá a forma de **dever ser atual** e, naquilo

em que é realizável, conforme as circunstâncias reais, terá a forma então de **dever fazer**. Ao ser concretizado, já na esfera real, passa a ser denominado de valor realizado;

- aceitar a **teoria do ser espiritual**, nas suas formas de manifestações: espírito pessoal (indivíduo), espírito objetivo (intersubjetividade) e espírito objetivado (materialização), pois permite ajustar-se ao fenômeno jurídico que está voltado ao homem e suas relações (a intersubjetividade presente nas relações jurídicas) exteriorizadas através das normas jurídicas reguladoras das condutas do homem;

- por ser um ente ideal, o conhecimento do valor é *a priori*. É um ato transcendente intuitivo e racional. É predominantemente intuitivo, do tipo emocional que permite unir a esfera real com a ideal. É racional a partir do momento em que se procura a fonte do sentimento do valor. Esse é o momento intelectual. São os atos teleológicos e gnoseológico, respectivamente.

Para Hartmann (*apud* ADEODATO, 1996, p. 169), o direito pode ser conceituado como um fenômeno real e espiritual, dirigido por valores ideais, inseridos na realidade. Delimita que a Ciência do Direito não tem por objeto de estudo a pesquisa dos valores e sua hierarquia e sim de que toma como indiscutíveis pressupostos axiológicos e estabelece seu próprio esquema de produção normativa. Acredita no auto-aperfeiçoamento ético, que, no campo do Direito, se dará pela influência da esfera axiológica sobre a esfera real.

A partir das construções filosóficas que Hartmann fez em torno da ontologia e gnoseologia axiológicas aplicadas ao Direito, serão consideradas as seguintes afirmações:

- Todo direito caminha para o direito ideal (justiça, igualdade, harmonia), que corresponde à esfera do dever ser ideal da ontologia dos valores. Ao ser projetado na realidade, instiga ou inibe comportamentos em busca da realização de valores.

- O valor na forma do dever ser atual, quando inicia sua trajetória na realidade, é intuído pelo espírito pessoal. Esse ser espiritual é a origem ontológica do Direito, pois o homem no seu agir é que faz a ponte entre a conduta real e os valores ideais.

· O espírito pessoal, ser humano individual, é incompleto. O homem tem necessidade de se relacionar com outros seres espirituais, formando uma coletividade. É o momento do ser espiritual que se manifesta na forma de espírito objetivo. Estabelecem-se as relações intersubjetivas que permitem a identificação dos fenômenos sociais, entre eles o Direito e a criação da história.

· O espírito objetivo, a interpessoalidade, por vezes, ultrapassa os valores e os interesses do indivíduo e, por isso as relações nem sempre estão em harmonia. Surge o poder jurídico-político, fenômeno do espírito objetivo, para interferir com mecanismos contra o individualismo do espírito pessoal. Esse poder é um mecanismo para o espírito objetivo proteger-se do individualismo do espírito pessoal. As exteriorizações do espírito objetivo são as fontes que permitem a criação do Direito.

· As relações intersubjetivas que acontecem nas manifestações do espírito pessoal e do objetivo lidam com valores que se pretende consolidar, proteger. É o momento da manifestação do espírito objetivado que vai materializar a vontade do espírito vivo, através da norma jurídica escrita. É o Direito real, fenômeno empírico guiado por valores ideais.

A norma jurídica, onde está positivado o valor, aprisiona o espírito vivo no presente e para o futuro, inclusive para aqueles que ainda não fazem parte do espírito vivo. Contra esse aprisionamento, o espírito vivo, por estar vivo, pode defender-se não aceitando os valores que herdou. É a dinâmica do fenômeno jurídico em busca, incessante, pelo auto-aperfeiçoamento.

· Os valores apreendidos pelo Direito e apresentados sob forma de enunciados deônticos, são os mínimos indispensáveis para realizar outros valores mais altos. Assim, como há uma hierarquia dos valores em geral, é possível estabelecer uma hierarquia entre os valores captados e materializados pelo Direito. A codificação permite criar instituições como a sanção organizada, o constrangimento pela violência legal e outras, para defesa dos valores captados e selecionados pelo espírito vivo.

· Sendo o Direito dirigido por valores positivados, para conhecer aqueles aprisionados pelo instrumento da codificação, segue-se a teoria gnoseológica geral dos valores: é predominantemente intuitivo (pela via emocional), mas também racional (pela inteligência). Captar o valor positivado é, portanto, ato teleológico e intelectual.

#### **4. Enunciados constitucionais que revelam valores jurídicos**

Há enunciados constitucionais que permitem identificar valores, sendo que, a partir dos quais, é possível construir proposições estimativas, que não são redutíveis a proposições normativas em sentido estrito. Esses enunciados permitem identificar os valores escolhidos pelo legislador constitucional, elevados ao nível jurídico. Elucidando essa afirmação, pode-se indicar o seguinte enunciado do texto constitucional brasileiro (BRASIL, 2005), que autoriza construir a proposição estimativa: para o Estado Federativo e governo republicano brasileiro a dignidade é um valor jurídico:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

[...]

Conforme a teoria do ser espiritual de Hartmann (apud ADEODATO, 1996), os valores são captados pelo espírito pessoal (indivíduo) que os vivencia nas suas relações interpessoais enquanto espírito objetivo. Nessas experiências são revelados os valores do bem que quer preservar e ver realizados na história do espírito vivo. Através da linguagem, os apresenta, construindo enunciados ricos no plano pragmático, instigando as emoções, sentimentos, comportamentos. É o momento da manifestação do espírito objetivado. O espírito vivo reconhece o Direito como um instrumento que permite realizar os valores selecionados, através da sanção e coação. Para tanto, manifesta-se através de enunciados jurídicos, quer seja apenas indicando à sociedade os valores jurídicos ou indicando a conduta que possibilita a sua realização.

Na descrição da ontologia da esfera axiológica de Hartmann (apud ADEODATO, 1996), os enunciados constitucionais, como aqueles do Artigo 1º

acima transcrito, indicam valores na posição do dever ser ideal, entre o valor em si e o dever ser atual. Nessa escala, o nível do dever ser ideal é a maneira que os valores se projetam sobre a realidade independentemente de estarem vinculados a comportamentos. O legislador se refere a valores que possam ser colocados nesse nível, através de termos abstratos ou constrói modelos jurídicos de Estado e de Governo, que expressa ou implicitamente possibilitarão a realização de valores. Ao serem registrados em nível constitucional, por ato de decisão política, consolidam-se em posição privilegiada, à espera do processo de positivação, quando percorrerão os demais níveis da escala, o do dever ser atual, o do dever fazer e o do valor realizado.

De acordo com o modelo de Estado e Governo escolhidos por uma comunidade-nação, alerta Lourival Vilanova (1977, p. 235), citando William Ebenstein, seria juridicamente pensável um sistema político em que se habilite órgão ou pessoas para produzirem normas e atos sem a “interpolação de leis ordinárias, ou de normas gerais, emitidas a título de regulamentos, concretizando-se atos de execução sem ulterior produção normativa.” No entanto, entende-se que não foi esta a opção do legislador constituinte brasileiro, pois decidiu para o Brasil um governo de modelo republicano (participação popular nas decisões que serão vertidas em normas abstratas e gerais) e pela pluralidade de órgãos políticos (cada um deles com atribuições típicas e independentes entre si), conforme modelo de Montesquieu.

Tem-se, estruturalmente, um modelo político que atribui ao órgão legislativo a prerrogativa típica de produzir normas abstratas e gerais, que venham indicar as condutas lícitas (valores) e as ilícitas (desvalores), que compõem o ordenamento jurídico. Dessa forma é competência dos legisladores constitucional e infraconstitucional, indicarem em que percepção o valor indicado no enunciado constitucional deve ser considerado para determinado momento histórico. A liberdade do legislador infraconstitucional estará limitada a positivar os valores que foram indicados para integrarem o ordenamento jurídico e não buscar valores de outros ordenamentos que coexistem com o jurídico, a exemplo do ordenamento natural, o religioso, o ético-político ou das gentes que são, no dizer do Prof. Lourival (2000), valores extras contextuais.

Enquanto tal positivação não ocorrer, os enunciados que constroem proposições estimativas, conforme adverte Habermas (1997, p. 316), diferentemente das normas que possuem um sentido deontológico, desempenham uma função teleológica, de orientação na interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico. Auxiliarão identificar comportamentos recomendáveis diante de condutas igualmente corretas para alguns (legisladores). Os enunciados que permitem identificar a proposição prescritiva, por sua vez, delimitam a conduta que seria recomendável para todos (normas jurídicas abstratas e gerais). Para Neves (1994,

p. 33), a função simbólica dos valores constitucionais inseridos a partir dos preâmbulos, deve servir para interpretação diante de situação de aplicação do direito, ocasião em que se pretende a “concretização do texto constitucional.”

Os valores revelados nos enunciados constitucionais em análise, podem ser classificados como de interesses juridicamente legitimados, conforme Ferrara e Rocco (apud VILANOVA, 2000, p. 226), de quem são titulares todos os cidadãos submetidos a determinada ordem jurídica. Alguns não foram elevados à categoria de direito subjetivo porque dependem de presente ou futura positivação em norma de nível constitucional ou infraconstitucional; a partir de então, estaria garantida a possibilidade dos cidadãos serem titulares de direitos materiais e do direito de ação. Enquanto proposições estimativas não é possível construir uma proposição jurídica que tem estrutura sintática de fato jurídico e relação jurídica (direito material) e antijuridicidade e sanção (direito processual).

Confirma-se, com o Prof. Vilanova (2000, p. 229), que é uma questão de política legislativa, portanto, de decisão popular, selecionar os fatos, as condutas, que são relevantes e que devem, em determinado momento histórico, ser prestigiados, pois, materializam determinado(s) valor(es) constitucional(is). Tais valores, a exemplo da fraternidade, da dignidade, poderão permanecer na Constituição apenas como indicadores de futura positivação, perpetuando-se como valores legitimados, sem serem elevados à condição de direito subjetivo, no sentido de possibilitar a alguém o direito de ação para exigir a sua realização, ou seja, exigir de outro indivíduo ou do Estado determinada ou todas condutas fraternas, quaisquer ou todas condutas de dignidade. As proposições estimativas são objeto de relações jurídicas em sentido amplo (VILANOVA, 2000, p.162), desprovidas de eficácia processual

Considerando-se o texto constitucional promulgado em 1988, poderão ser identificados muitos valores como dever ser ideal. Já a partir do preâmbulo, estão enumerados valores como liberdade, segurança, bem-estar, igualdade, justiça, fraternidade, harmonia, ordem, paz. O título dos princípios fundamentais indica, entre outros, a dignidade, a solidariedade. Ao dispor sobre a administração pública, acrescenta os valores da moralidade, da eficiência. Nos títulos da ordem econômica e social, continua a indicação do valor justiça social, da equidade. Assim, se alguém, com finalidade de estudos, pretender isolar todos valores constitucionais para análise frente ao ordenamento jurídico (intrasistêmico), concluirá que será difícil encontrar situação jurídica ou não jurídica, que não possa ser protegida ou albergada diretamente por tais valores. Siches (1952, p. 476) contribui ao escrever que há valores éticos e jurídicos adotados por todos os homens em diferentes sociedades, como por exemplo, o valor justiça, o valor moral, o valor bondade. São os que ele denomina de valores genéricos, que instigam diversas condutas, possibilitando-se individualizar aquela que efetivamente realiza determinado valor.



Os valores no nível de dever ser ideal são de tal abrangência que poderiam servir de fundamento de validade a infindáveis situações concretas. Poderiam servir de fundamento de validade de norma concreta e individual, sem a intermediação da norma abstrata e geral, estas tipificadoras de determinadas condutas jurídicas ou antijurídicas. No Brasil, entendemos, não foi esta a opção.

No texto constitucional, há enunciados que permitem construir proposições normativas, indicando comportamento para a efetiva realização de determinado valor, cite-se como exemplo o valor jurídico da igualdade (dever ser ideal) que, em uma de suas possíveis percepções, enunciadas no Art. 37, I, é possível individualizar norma jurídica que delata o dever do Estado de garantir a todos os brasileiros a oportunidade para ocupar cargos públicos, realizando concurso público (dever ser atual); aos candidatos que preencherm os requisitos de lei (dever fazer) e participarem da seleção, estar-se-á realizando o valor constitucional da igualdade entre os iguais. Ao produzir a norma concreta e individual da posse, pode-se afirmar que para este cidadão o valor igualdade, tomado como ponto de partida no nível do dever ser ideal, alcançou o nível do valor realizado. Nessa proposta de positivação, a partir dos enunciados que indicam o valor enquanto dever ser ideal e dever ser atual é possível construir, em nível constitucional, a norma jurídica onde está o direito subjetivo do cidadão frente ao dever jurídico do Estado, isto é, o de exigir concurso público para cargos públicos.

Para interpretação dos enunciados que revelam proposições estimativas, o intérprete poderá percorrer a trajetória estabelecida por Hartmann para conhecimento dos valores: primeiro, a via emocional, depois a racional. Pela emoção, experimenta um sentimento independentemente da experiência, segue para a intuição intelectual através da reflexão, da ponderação, e se concentra para buscar a essência do valor que está a lidar, para o caso concreto.

Diante do exposto e da crescente preocupação doutrinária e jurisprudencial a respeito da efetividade da Constituição, questiona-se: qual seria efetivamente o papel dos enunciados constitucionais que possibilitam a construção dessas proposições estimativas no ordenamento jurídico? A conclusão é no seguinte sentido:

- os enunciados constitucionais de valor ora em análise são interesses juridicamente legitimados e marcam um ponto de convergência necessário da futura positivação. Haverá necessidade de o legislador constitucional ou infraconstitucional, introduzir no ordenamento jurídico enunciados dos quais seja possível construir a norma jurídica abstrata e geral com fundamento de validade nos valores constitucionais. Assim, estar-se-á indicando qual é o aspecto ou percepção do valor já positivado, em

nível constitucional ou infraconstitucional, que se quer ver realizado em determinado momento e espaço, no plano das relações intersubjetivas. Há necessidade dessa individualização e indicar, ainda que determinável, os possíveis sujeitos de uma relação jurídica.

· O enunciado constitucional que indica um valor cumpre o importante papel, diante da atividade legislativa constitucional ou infraconstitucional, no sentido de orientar a produção normativa para a realização dos valores constitucionais. Diante de determinado valor constitucional o legislador poderá avaliar se o fato que pretende juridicizar possibilitará a realização ou não do valor constitucional.

· Diante de situação de conflito, o valor constitucional servirá de orientação ao magistrado para o controle de legalidade e de constitucionalidade, bem como na busca do sentido da norma interpretada para aplicação ao caso em análise. Não deverão pertencer ao ordenamento jurídico as normas abstratas e gerais ou concretas e individuais que não realizem o valor que está indicado como dever ser ideal na Constituição. Para identificá-lo, basta percorrer o caminho da positivação: buscar a norma jurídica constitucional (dever ser atual) ou a norma infraconstitucional abstrata e geral que indica conduta(s) que realiza(m) o valor (dever fazer); e, finalmente, chegar ao grau máximo de concretude, através da decisão judicial que revela uma norma concreta e individual, atingindo o nível do valor realizado, nos limites da percepção contemporânea do valor como dever ser ideal, diante do caso real. Este é a oportunidade jurídica para o Poder Judiciário cumprir seu dever de ser instrumento para a garantia da presença efetiva, nas relações humanas, do valor realizado.

## 5. Conclusão

Para estes estudos, foram consideradas as conclusões da Axiologia construídas por Nicolai Hartmann, a partir da sistematização apresentada por Adeodato (1996). Considerando-se a concepção ontológica, afirma que: os valores pertencem ao mundo ideal e como tais, são entes imutáveis; o que está sujeito à mudança é o dever ser e a percepção dos valores pelo homem.

Descreve a ontologia da esfera axiológica, declarando que: o valor em si é um conceito originário (o bem), independentemente da esfera real; pode ser captado pelo homem sob a forma de um dever ser ideal (solidariedade); ao projetar-se na realidade, toma a forma do dever ser atual (o homem deve ajudar ao seu semelhante); por sua vez, inspira o dever fazer da realidade (dado o fato de alguém estar em situação de risco de vida dever ser ajudado); finalmente, alcança o valor realizado pertencente à esfera real, onde estão as condutas (o homem ajuda seu semelhante e evita a morte).

Quanto aos aspectos gnoseológicos, propõe que o conhecimento dos valores é *a priori*, intuído pelo ser espiritual que faz a aproximação com a realidade. O fenômeno do conhecer ocorre em diferentes manifestações: o espírito pessoal é o homem enquanto individualidade que intui os valores; diante da necessidade de se relacionar com os demais membros da comunidade, vivencia os valores e eles separam-se de quem os captou, é a manifestação enquanto espírito objetivo; ao serem consolidados, representam a manifestação do espírito objetivado.

Para Nicolai Hartmann, o Direito é um fenômeno espiritual e real. Delimita que a Ciência do Direito toma os valores positivados (manifestação do homem enquanto espírito objetivado), como indiscutíveis pressupostos axiológicos e que o Direito Positivo estabelece seu próprio modo de produção normativa. Admite a origem ontológica do Direito a partir do ser espiritual.

Para conhecer os valores, segue-se pela via da intuição emocional e a racional. Tal fenômeno, na lida jurídica, acontece no momento da produção das normas, tanto no nível constitucional, onde há normas abstratas e gerais ou concretas e gerais, quanto nos níveis da infraconstitucionalidade das normas abstratas e gerais (Lei) ou das normas concretas e individuais (Atos Administrativos, sentenças). Assim, conhecer, identificar os valores é ato teleológico e intelectual.

A partir desses pressupostos e considerando os enunciados constitucionais que compõem o texto da Constituição brasileira, há aqueles que revelam proposições estimativas como a dignidade, solidariedade, igualdade, justiça social. Estes são valores do dever ser ideal, na escala ontológica de Hartmann. Tais proposições não são proposições normativas em sentido estrito, isto é, aquelas que comportam uma estrutura sintática que permitam identificar em relações jurídicas os direitos subjetivos e os correlatos deveres jurídicos. As proposições estimativas indicam interesses jurídicos legitimados e são fonte e ponto de convergência de todas as normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico. Este é seu caráter normativo, em sentido amplo.

A partir das proposições estimativas, é possível deflagrar ou encontrar o caminho para a positivação dos valores jurídicos. A proposta da Axiologia de Hartmann auxiliará a percorrer esse caminho. Assim, poderá ser mais um instrumento a serviço da interpretação do Direito que deve ter a direção da efetividade dos valores constitucionais.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento juridico*. Buenos Aires: Losada, 1946.
- FRONDIZI, Risieri. *¿Qué son los valores? – Introducción a la axiología*. 3. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1979.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. V.1.
- HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 4. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1974.
- REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RECASENS SICHES, Luiz. *Vida humana, sociedade y derecho: fundamentacion de la filosofia del derecho*. 3. ed. México: Porrúa, 1952.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

# RELAÇÕES DE CONSUMO VIA INTERNET: REGULAMENTAÇÃO

## CONSUMPTION RELATION ON THE INTERNET: REGULATION

Rogério Montai de LIMA<sup>1</sup>

### RESUMO

No presente trabalho, abordaram-se as relações de consumo nos contratos eletrônicos, dando enfoque especial para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a proteção jurídica dos consumidores na Internet. Ficou demonstrado que os contratos eletrônicos não constituem um novo instituto jurídico, mas uma modalidade de contratos que apenas se diferencia dos tradicionais em relação ao seu instrumento de formação, qual seja, o meio eletrônico, e, portanto, aplica-se a ele toda a legislação vigente, inclusive as normas de proteção do Código de Defesa do Consumidor, notadamente quando envolver relações de consumo com fornecedores nacionais. Observou-se, ainda, que embora aplicável a legislação vigente ao comércio eletrônico, a falta de regulamentação específica gera um grande desconforto nessas transações, principalmente no tocante à segurança, causando um óbice no crescimento desse tipo de comércio.

**Palavras-chave:** Internet; comércio eletrônico; contratos; relações de consumo.

### ABSTRACT

In the present paper, the author has treated the consumption relations on electronic contracts, focusing mainly the application of the Consumer Defense Code to these contracts and the judiciary protection of the consumers who use the Internet. It is demonstrated that the electronic contracts do not constitute a new

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito dos Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília. Advogado, especialista em Direito Empresarial pela UEL – Universidade Estadual de Londrina

juridical institute, but a modality of contracts that only differ from the traditional ones in relation to its formation instrument, that is, the electronic way. Therefore, it is applied to them, all the present legislation, including the protection rules of the Consumer Defense Code, notably when it involves consumption relations with national suppliers. It has also been observed that although the current legislation is applied to the electronic commerce, the lack of specific regulation generates a huge discomfort in these dealings, mainly those referring to security making an obstacle on the increasing of this type of commerce.

**Key words:** Internet; electronic commerce; contracts; consumption relations.

## 1. Introdução

A rede mundial de computadores vem causando alterações de grande relevância na vida do homem contemporâneo; é inegável que a humanidade deu um salto tecnológico admirável, com o advento e o progresso diuturno da Internet.

O Direito, por seu turno, tem por escopo regular a vida social, garantindo à coletividade o mínimo de dignidade e justiça. Dessa forma, a ciência jurídica amolda-se incessantemente às conversões que lhe infunde a mesma sociedade que dirige, adaptando-se àquelas novas tendências comportamentais.

A Internet trouxe à baila vários problemas jurídicos que aumentam à medida que cresce a utilização das redes de computadores e a popularização da Internet. Destaca-se, assim, o avanço do comércio eletrônico, que traçou novas dimensões aos contratos tradicionais, enfatizando a necessidade de regulamentação deste instrumento.

Surge, assim, o dever inerente aos operadores do direito de se aprofundar nos estudos do tema, a fim de buscar respostas para os carentes de solução.

Ao tratar da questão da relação de consumo, é inevitável a existência de preocupação com o consumidor, de saber se existe uma norma apta para a proteção de seus direitos.

Versando especificamente sobre as relações de consumo formalizadas via Internet, esta preocupação se torna ainda mais consistente, haja vista que, no âmbito nacional, não há legislação específica para regulamentar essa matéria.

Tem-se, daí, que o direito não pode ficar alheio à evolução tecnológica, mas convir como mecanismo de fomento ao desenvolvimento das relações contratuais na Internet.

## 2. Relações na Internet: legislação aplicável

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, em seu Art. 5º, XXXII, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Para esse fim, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor, sob a Lei n. 8.078/90, que rege as relações de consumo, protegendo o consumidor, parte vulnerável dessa relação de eventuais abusos do fornecedor.

Cumprir observar que o Art. 5º da Constituição Federal constitui-se em cláusula pétrea e encontra-se dentro do título que trata dos direitos e garantias fundamentais.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei complexa e interdisciplinar, que se constitui num micro-sistema jurídico, por abranger normas de diversos ramos do direito, seja material ou processual, civil ou penal.

A proteção do consumidor tem sido, entre as várias questões suscitadas pelo comércio eletrônico, uma das mais complicadas, já que não tem regulamentação própria.

O comércio eletrônico não possui regulamentação jurídica específica no Brasil, sendo aplicável a ele, no que couber, a legislação existente por analogia. Dessa forma, as relações de consumo formalizadas em meio eletrônico não podem ficar sem proteção somente pelo fato de não existir, no ordenamento jurídico brasileiro, normas específicas de proteção a esses consumidores.

O fato de terem sido realizadas compras em estabelecimentos virtuais - e não em estabelecimentos físicos como de costume - em nada altera os direitos garantidos aos consumidores pelo Código de Defesa do Consumidor, quando cabível, estando o comércio eletrônico de bens e serviços sujeitos a esse diploma legal, aplicando-se, portanto, a essas relações todas as disposições contidas nessa legislação.

Os contratos formados na Internet são contratos à distância e sendo assim, apresentam maiores problemas ao consumidor, principalmente no que tange à insegurança dessas relações.

As desvantagens dos contratos à distância, segundo Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz (*apud* MARTINS, 2000, p. 97) são:

- a) o fato de os consumidores estarem sujeitos a solicitações repetidas por parte de certos fornecedores, mediante técnicas agressivas de contratação, de modo a constituir uma intromissão na sua vida privada; b) o adquirente, ao basear sua manifestação de vontade em simples imagens ou descrições, corre o risco de receber um objeto que não corresponda exatamente às suas expectativas; c) entre a perfeição do contrato e a entrega medeia um

intervalo, cuja lentidão pode ser incômoda; d) a possível dificuldade, para o adquirente do produto ou serviço, de fazer valer seus direitos em face de um vendedor à distância, em caso de defeito do objeto; e) em casos extremos, pode até mesmo ocorrer que, após a celebração do contrato e pagamento, o comprador não receba a mercadoria desejada, além de não poder sequer se reembolsar, em virtude da insolvência ou mesmo do desaparecimento do vendedor.

Resta, ainda, saber se as relações de consumo no *e-commerce* se diferem das tradicionais, aplicando-se a elas a mesma legislação existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Tatiana Machado Corrêa (2004) aponta algumas diferenças entre as relações de consumo tradicionais e as formadas via Internet, asseverando que essas últimas:

- a) não estabelece um contato pessoal entre o consumidor e fornecedor;
- b) É mais difícil para o consumidor apurar a idoneidade/honestidade do produto/prestador de serviços e vice-versa;
- c) Não há certeza de que a prestação contratual de uma ou de outra parte será cumprida;
- d) É mais difícil descobrir o endereço e a idoneidade real do fornecedor que pode se ocultar através de um endereço eletrônico para praticar atos lesivos como o estelionato;
- e) Há dificuldade de se provar o negócio jurídico firmado por um “click” “sim” no “mouse”, sem qualquer contrato assinado pelas partes.

Um dos problemas de maior peso, em se tratando de contratos na Internet, é justamente o de que essa rede não conhece barreiras geográficas, acabando com as noções de territorialidade.

Trata-se, portanto, de uma questão delicada, de difícil resolução, posto que ainda não existe uma norma clara e objetiva que dispõe sobre tal assunto.

### 3. Contratos Eletrônicos de Consumo

Os contratos de consumo são aqueles previstos no Código de Defesa do Consumidor celebrados numa relação de consumo.

Na definição de Roberto Senise Lisboa (1999, p. 5), relação de consumo é “o vínculo jurídico por meio do qual se verifica a aquisição pelo consumidor, de um produto ou de um serviço, junto ao fornecedor”.



A relação de consumo tem como elementos o fornecedor, o consumidor, o objeto da prestação (produto ou serviço) e a causa. Para uma maior compreensão do alcance das normas de consumo, imprescindível se faz uma breve análise de cada componente dessa relação.

O Art. 3º *caput* do CDC traz o conceito legal de fornecedor, dispondo:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Como se pode observar, o conceito inserido pelo CDC é muito amplo e não acarreta maiores problemas no que concerne à sua compreensão.

Já em relação ao consumidor, embora o Código de Defesa do Consumidor traga em seu bojo o conceito legal de consumidor, como se observa do Art. 2º deste estatuto<sup>2</sup>, em outros dispositivos traz outras definições, figuras equiparadas ao consumidor, fornecendo, assim, quatro formas de definição de consumidor em seus Artigos 2º *caput*; 2º, parágrafo único; 17 e 29.

A definição de consumidor utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu Art. 2º *caput*, é muito genérica, podendo abranger, inclusive uma empresa (pessoa jurídica) que adquirir produtos ou serviços como destinatária final, ou seja, não visando lucro na relação.

No parágrafo único do Art. 2º, o CDC equipara a consumidor todas as pessoas que tenha intervindo nas relações de consumo, ainda que não determináveis.

No Art. 17 do CDC<sup>3</sup> encontra-se outro tipo de consumidor, qual seja, as *vítimas do evento*. Destarte, são também consideradas consumidoras as pessoas que, embora não tenham adquirido o produto ou serviço, sofreram acidentes de consumo em razão da utilização desses.

Ainda tratando do conceito de consumidor, o Art. 29 do CDC<sup>4</sup> equipara a esses todas as pessoas, ainda que indetermináveis, expostas às práticas comerciais abusivas de fornecedores.

---

<sup>2</sup> “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou Jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

<sup>3</sup> “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

<sup>4</sup> “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

Analisando todas essas figuras comparadas a consumidor, percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor teve uma especial preocupação com os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, protegendo não só um consumidor individual, mas uma massa de consumidores.

Os objetos da relação de consumo são o produto e o serviço e encontram-se definidos nos parágrafos do art. 3º do CDC, *in verbis*:

Art.3º

[...]

§ 1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Por fim, para que a relação de consumo se torne completa, é necessário a causa, ou seja, o objetivo da relação de consumo deve ser a aquisição de um produto ou serviço como destinatário final, o que pressupõe o atendimento de uma necessidade própria do consumidor e não de uma atividade negociada que vise lucro.

Ressalte-se, ainda, que na falta de quaisquer desses requisitos acima especificados, não há que se falar em relação de consumo, não incidindo as normas do Código de Defesa do Consumidor, mas a legislação civil ou comercial.

Os princípios básicos que se aplicam nos contratos paritários, acima assinalados, notadamente o princípio da autonomia contratual, não se aplicam nos contratos de consumo, pois, nesses, visa-se resguardar o equilíbrio contratual, já que, de modo geral, os contratos de consumo são contratos de massa ou de adesão, presumindo-se estar o consumidor em situação desfavorável frente ao fornecedor, que, de maneira unilateral estabelece as cláusulas que regem o contrato, devendo haver um tratamento diferenciado para o consumidor, fazendo, dessa forma, prevalecer à justiça contratual.

Fernando Noronha (*apud* MANDELBAUM, 1996, p. 179) aponta três problemas dos contratos de consumo, quais sejam, o de saber se as cláusulas devem ou não ser consideradas como integrantes do contrato, o relativo à validade de tais cláusulas e, por fim, a questão atinente à proteção do consumidor.

Via de regra, os contratos de consumo apresentam-se como contratos de adesão, com cláusulas pré-estabelecidas pelo proponente, não tendo como o consumidor discuti-la, cabendo a esse somente a aceitação em bloco de tais cláusulas, fato esse que pode fazer com que se reúna, nesses tipos de contratos, várias cláusulas abusivas.

As transações realizadas via Internet envolvem um fornecedor de bens ou serviços, um consumidor, usuário da Internet que adquire, como destinatário final, os produtos ou serviços colocadas à disposição num *website* pelo fornecedor e por fim, uma contratação bilateral, consistente num contrato eletrônico. Trata-se, portanto, de uma relação de consumo na qual incidirá as normas de proteção ao consumidor.

Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi (2000, p. 123), ensinam que, “além do preço e qualidade do produto, o consumidor busca, através da contratação via Internet um modo menos burocrático e mais rápido, almejando privacidade, confiabilidade e segurança”.

A maior parte dos contratos celebrados via Internet é de consumo e entre esses, faz-se superioridade os *click-through agreements* ou *mouse-click contracts* traduzidos para o português como contratos por clique, que são aqueles aceitos mediante a confirmação realizada através de um mero clique num *mouse*.

Na Internet há muitas ofertas públicas permanentes que ficam a disposição em um *website* a espera de ser acessada por um usuário que envie uma aceitação para tal proposta. São contratos que contém cláusulas uniformes, bastando que o consumidor, usuário da Internet, preencha os campos faltantes com os seus dados, aceitando todas as condições daquele contrato através de um simples clique.

Esses contratos caracterizam-se principalmente pela existência de cláusulas pré-estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços. Trata-se de um contrato por adesão.

O contrato de adesão surgiu como consequência do avanço tecnológico, que resultou na massificação dos negócios e, para satisfazer essa necessidade, criam-se os contratos que possibilitem a oferta de serviços ou produtos fabricados em massa, oferecidos ao público em modelos uniformes. Porém, cabe salientar que não constituem nova modalidade contratual, mas tão-somente uma nova técnica de contratação.

O Art. 54 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) define a figura dos contratos de adesão, dispondo:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Cláudia Lima Marques (1999, p. 53-54), ao definir aos contratos de adesão, discorre:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi (2000, p. 123) destacam entre as principais características de um contrato de adesão ou contratos de massa - como também são conhecidos - “a predisposição negociai unilateral, a generalidade, a uniformidade, a abstração, a inalterabilidade e a adesão pelo consumidor”.

Renata Mandeibaum (1996, p. 153) aponta como principais características do contrato de adesão:

- a) adesão em bioco: a adesão se faz a todo um conjunto de condições e estipulações predispostas;
- b) vontade sem discussão: a adesão constitui uma verdadeira declaração da vontade sem discussão alguma, a liberdade do contratante fica restrita à possibilidade de contratar ou não;
- c) confiança do aderente: principalmente no aspecto que vamos abordar como foco central do presente trabalho, o contrato de consumo como um contrato de adesão, está clara a confiança que o aderente deposita no estipulante, ao eleger determinada marca, por influência da publicidade, tradição no mercado, marca, etc.
- d) liberdade viciada: a liberdade de contratar é substituída pelas necessidades do tráfico mercantil de agilização, com conseqüente padronização e predeterminação das condições, que degenerou em império de vontade e foi substituída pela pressão realizada pelos hierarquicamente superiores.

Portanto, esse tipo de negociação, prescinde de uma prévia negociação entre os contratantes a fim de ajustar as condições do contrato, posto que tais cláusulas já estão pré-estabelecidas pelo fornecedor, dependendo apenas da adesão pelo usuário.

Fábio Ulhoa Coelho (2000, p. 202-203) assinala quatro características básicas de um contrato de adesão:

[...] pré-estabelecimento (estipulação anterior à formação do vínculo contratual), unilateralidade (formulação por apenas uma das partes do negócio), uniformidade (referência a todos os negócios daquele feito a serem concretizados), rigidez (expectativa de inalterabilidade) e abstração (referência a todas as pessoas interessadas em concretizar o negócio).

Para Cláudia Lima Marques, 1999, p. 54, os contratos de adesão apresentam três características importantes, quais sejam:

1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.

A formação nesses tipos de contratos se dá com a anuência do consumidor, ou seja, quando ele aceita ou adere às condições impostas pelo fornecedor, sendo que antes disso, o contrato redigido não vincula nenhuma das partes.

Se a redação do contrato for dúbia, ou seja, se houver mais de uma interpretação possível, prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC<sup>5</sup>). Outrossim, as cláusulas estabelecidas individualmente, tal qual as escritas à mão ou à máquina após a impressão do contrato, prevalecem sobre as gerais.

O parágrafo terceiro do Art. 54 do CDC estabelece ainda que “os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”. Preocupando-se com a proteção do consumidor, dispõe este mesmo artigo, em seu parágrafo quarto: “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

Desses dispositivos decorre uma importante consequência: os contratos não obrigam os consumidores se estes não tiverem conhecimento de seu conteúdo ou ainda se redigidos de forma a dificultar a sua compreensão, conforme se observa no Art. 46 do diploma consumerista, que dispõe:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Caso não seja observada essa disposição, o CDC garante a não vinculação do consumidor aos contratos onde não houve o prévio conhecimento de seu conteúdo, dificultando a compreensão do consumidor. Assim, se as cláusulas não forem previa e adequadamente apresentadas ao consumidor, esse não se vincula ao contrato. O mesmo ocorre em relação às cláusulas de difícil compreensão, independentemente da intenção do fornecedor, pois as cláusulas devem ser claras.

---

<sup>5</sup> Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” Ressalte-se que o Novo Código Civil introduziu dispositivo semelhante em seu Art. 423, *in verbis*: “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

O que ocorre, na realidade, é que o consumidor, na maioria das vezes, não se dispõe a promover a leitura por completa do contrato e, assim, os contratos de adesão não têm suas cláusulas lidas com a devida atenção, devendo, portanto ser observada, nessa relação, a boa-fé objetiva, prevalecendo à interpretação mais favorável ao consumidor.

Os contratos realizados entre o provedor de acesso à Internet e os usuários dessa rede, por exemplo, geralmente são contratos de adesão, estando sujeitos às normas do CDC.

Cumprido ressaltar que, dentre os contratos eletrônicos de consumo realizados via Internet, os mais comuns não são os contratos que têm por objeto um bem, mas sim os de prestação de serviços, notadamente os serviços de home-banking.

Uma vez delineado o tema atinente a relações de consumo e contratos no Código de Defesa do Consumidor, resta saber se esse instrumento é apto para a aplicação nos contratos de consumo realizados *on-line*, seja entre fornecedores nacionais ou internacionais.

#### **4. Responsabilidade Civil do Provedor de Acesso à Internet**

Conforme já visto, o fornecedor ou consumidor de bens e serviços via Internet, conecta-se a essa rede por intermédio de um provedor de acesso, que nada mais é senão um intermediário nas transações comerciais celebradas *on-line*.

Todavia, é inegável a relação de consumo existente entre esses provedores e os usuários de Internet, posto que se obriga, perante esse último a prestar serviços de conexão, assumindo uma obrigação de prestação de execução continuada.

Tratando, pois, de relação de consumo, o provedor de acesso, responderá civilmente por eventuais falhas na execução de seu serviço, já que entre ele e o usuário da rede há um contrato de consumo, que também será regido pelo CDC.

O CDC, no Art. 14<sup>6</sup>, dispõe que os fornecedores de serviço respondem por danos causados em razão de vício na prestação do serviço independentemente da existência de culpa.

Tal responsabilidade é chamada objetiva, já que o consumidor não precisa demonstrar que houve culpa na realização dos serviços prestados pelo provedor, apenas demonstra o prejuízo causado em razão da prestação desse serviço. Porém, o provedor poderá se eximir desta responsabilidade se puder provar que não existe

---

<sup>6</sup> “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

defeito na prestação de seu serviço ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou terceiro, conforme se denota do parágrafo terceiro do Art. 14 do CDC<sup>7</sup>.

O intermediário, provedor de acesso, em princípio não responde pelas contratações formadas na rede, porém responderá no caso de acarretar prejuízo às partes de uma contratação eletrônica por sua ação ou omissão como prestador de serviços de conexão, ainda que esse contrato não envolva a sua participação.

O Art. 7º do CDC, em seu parágrafo único dispõe: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Dessa narração conclui-se que o provedor de acesso à Internet responderá solidariamente com o fornecedor, em razão de sua ação, omissão ou negligência na prestação de seus serviços.

Entretanto, não pode o provedor de acesso ser responsabilizado pela falta ou quebra de segurança em um site de um fornecedor, pois isto é de responsabilidade da loja virtual.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, não será responsável o provedor de acesso à Internet por anúncios de publicidade abusivos ou enganosos expostos aos seus assinantes pelos fornecedores de produtos ou serviços, pois funcionam como um instrumento para viabilizar a conexão à Internet, nada tendo a ver com os anúncios públicos nos *websites*, a menos que tais anúncios sejam referentes ao seu próprio negócio.

Por intermediar a divulgação de informações questionáveis, o Projeto de Lei 1.589/99, elaborado pela OAB/SP, visando estabelecer regras de comércio eletrônico, a validade e a força probatória dos documentos eletrônicos e a assinatura digital, estabelece a responsabilidade do provedor a partir do momento em que tomou conhecimento do uso indevido da rede, ficando obrigado a tomar atitudes a fim de evitar a conduta irregular do usuário.

## 5. Mecanismos Alternativos de Resolução de Disputas

Em razão da falta de regulamentação sobre direitos dos consumidores na Internet, em diferentes ordenamentos jurídicos, surgiu à necessidade de se criar elementos alternativos de proteção que visem assegurar as relações de consumo no meio virtual.

Foi assim que nasceu os denominados “Mecanismos Alternativos de Resolução de Disputas”, também conhecidos pela sigla ADR, que em inglês significa

---

<sup>7</sup>Código de defesa do consumidor, § 3. do Art. 14:

“ § 3. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”

*Alternativo Dispute Resolution*, que tem sido adotado por vários países no mundo inteiro.

Tais mecanismos visam a proteção institucional das relações de consumo através de meios não tradicionais já existentes no mundo jurídico, ou seja, a resolução de conflitos por meio do Judiciário que despende muito tempo para incorporar uma solução definitiva, como é sabido.

Dessa forma, um consumidor que se sentisse lesado diante de um problema criado em virtude de uma transação *on-line*, ao invés de recorrer às vias tradicionais, demandando contra o fornecedor através do Poder Judiciário, poderia se valer de outros meios para a resolução desse conflito, buscando um órgão criado especificamente para a resolução desse tipo de problema.

As formas alternativas de proteção ao consumidor de Internet mais utilizadas têm sido a mediação e a arbitragem, dirimindo diversas disputas de consumo *on-line*, tendo sido, na maior parte das vezes, mais eficazes e efetivas que os mecanismos tradicionais.

Esses mecanismos alternativos não existem somente para dirimir conflitos de consumo na Internet, mas há também os criados especialmente com a finalidade de prevenir a ocorrência de tais conflitos. Ronaldo Lemos da Silva Júnior (2001, p. 163) diz que as empresas que adotam essa forma criam verdadeiros códigos de conduta *on-line*, criando padrões específicos para as relações de consumo.

O mesmo mestre Ronaldo Lemos da Silva Júnior (2001, p. 161) garante que “a tendência é de que em um futuro muito próximo, todos os sites de *e-commerce* filiem-se a algum órgão de resolução de disputas”.

## **6. A Criação do Instituto Brasileiro de Proteção e Defesa dos Consumidores de Internet**

A proteção ao consumidor tem aumentado crescentemente em todo o mundo, inclusive nas contratações eletrônicas, graças ao avanço tecnológico e do comércio eletrônico.

Foi nessa seara que, no Brasil, um grupo de estudiosos teve por bem a criação de uma entidade não governamental com o objetivo principal de defesa e proteção dos direitos do consumidor na Internet, aprimorando as relações de consumo no fornecimento de produtos e serviços em meio eletrônico.

O IBCI - como ficou conhecido o Instituto Brasileiro de Proteção e Defesa dos Consumidores de Internet - visou a elaboração de um código deontológico aplicável às relações de consumo via Internet para estabelecer princípios morais e éticos nessas relações.



Esse Instituto também apóia o consumidor utilizando-se da mediação e da arbitragem. Pela mediação seria possível ao IBCI aproximar as partes numa tentativa de uma composição amigável entre consumidor e fornecedor. Já pela arbitragem, que passou a ser possível em nosso ordenamento jurídico a partir da Lei n. 9.307/96, seria formado um Conselho de Especialistas do IBCI, o qual solucionaria o litígio entre as partes, isto se ambas concordassem com a aplicação da arbitragem. Com essas medidas seria possível evitar a excessiva demora de um processo no Poder Judiciário.

Há previsão de que, dentro de pouco tempo, o IBCI esteja efetivamente servindo à sociedade de consumidores via Internet, aumentando, com isso, os meios de proteção à disposição do consumidor e, conseqüentemente, fornecendo-lhe maior segurança nessas contratações.

## 7. Conclusão

A popularização da Internet trouxe uma forte contribuição e até um incentivo nas contratações eletrônicas, atingindo uma grande massa de usuários de Internet, incentivando, desta forma, os empresários a integrar-se ao *e-commerce*.

Diante da lacuna existente na legislação sobre os contratos eletrônicos e as relações de consumo na Internet, é certa a aplicação de toda a legislação vigente, posto que, conforme analisado, os contratos eletrônicos diferem-se dos tradicionais somente no que concerne à sua formação, que se dá em meio eletrônico. Porém, é inegável que essa falta de normalização específica causa um grande desconforto nestas contratações, uma vez que fica por conta da interpretação doutrinária e dos tribunais a resolução de possíveis conflitos envolvendo tais questões.

Ao operador do direito compete acompanhar a evolução social e tecnológica para que, dessa maneira, busque a correta aplicação do direito às novas situações, seja interpretando uma lei já existente para aplicar-lhe a um novo instituto, ou seja, buscando novas soluções para estas transformações sociais, adequando-se às necessidades que surgem no dia-a-dia.

## REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000.v.3.

CORRÊA, Tatiana Machado. *Popularização da Internet, relações de consumo e sua proteção pelo direito*. Disponível em:

<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1800>>. Acesso em 22 ago. 2004.

LISBOA, Roberto Senise. *Relações de consumo e proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 9.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Biblioteca de Direito do Consumidor. v.1.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos via Internet: problemas relativos à sua formação e execução. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 89, v. 776, p. 92-106, jun. 2000. fase civ.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, p. 105-129, out./dez., 2004.

SILVA JÚNIOR. Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo (org.). *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

# RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA PESSOA JURÍDICA E DOS SÓCIOS NA SOCIEDADE LIMITADA

## TAX LIABILITY OF LEGAL ENTITIES AND PARTNERS IN THE LIMITED SOCIETY

Raul Fernandes SILVÉRIO JÚNIOR <sup>1</sup>

### RESUMO

A responsabilidade tributária tem nascimento com o inadimplemento da obrigação tributária oriunda da não prestação pelo devedor ou da não satisfação cumprida da forma como deveria ter sido efetuada. Para ser responsável é necessário que exista uma lei expressa indicando tal atribuição, como também deve haver obrigatoriamente uma vinculação do sujeito ao fato gerador de modo a lhe permitir o recolhimento do tributo. Com base na teoria da desconsideração tributária da pessoa jurídica, os sócios-gerentes são responsáveis se agirem com infração, sendo dolo ou culpa subjetiva, à lei ou ao estatuto social, e que dessas circunstâncias possa acarretar na implicação de insolvência à sociedade comercial. A simples inadimplência por parte dessa não gera responsabilidade aos sócios. O sócio-gerente que tem responsabilidade diferente da pessoa jurídica será responsável pelo fato de exercer a administração da pessoa jurídica e não por ser sócio. É responsável pessoal e ilimitadamente se, exercendo a administração da sociedade, praticar atos por meios ilícitos.

**Palavras-chave:** Inadimplemento da obrigação tributária; limites à definição legal de responsável tributário; sociedade limitada e sócio-gerente; responsável tributário.

### ABSTRACT

The tax liability was born along with the breach of tax contract obligation deriving from lack of payment of the debtor or not the fulfilled satisfaction as it should have been done. In order to be responsible an express law indicating such attribution

---

<sup>1</sup> Acadêmico do 10. Termo do Curso de Direito da Universidade de Marília – SP, sob a orientação da Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro. E-mail: [rauldirtri@bol.com.br](mailto:rauldirtri@bol.com.br).

is necessary. The citizen should also be obligatorily entailed to the generating fact in order to allow the tax collection. According to the theory of the legal entity tax disrespect, the manager partners are responsible if they commit any infraction, either deceit or guilty, to the law or the social statute and from these circumstances insolvency to the commercial society can occur. The simple insolvency by this society does not generate responsibility to the partners. The manager partner, who has different responsibility from the legal entity, will be responsible for being in charge of the company and not for being a partner. He/she will be personally and limitless responsible if, managing the partnership, he/she breaks the law.

**Key words:** breach of tax contract obligation; limits to the legal definition of tributary responsibility; limited society; manager partner; tax responsible

## 1. Introdução

A sociedade brasileira tem vivido um momento onde a carga tributária, imposta aos contribuintes, é elevadíssima. O Estado tem cobrado, tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica, valores considerados exorbitantes.

Sendo assim, há que se analisar se o índice elevado de tributo não fere o princípio constitucional tributário do não confisco. O que tem acontecido, hoje em dia, é que muitas empresas têm sido levadas a falência, não cumprindo com suas obrigações tributárias, justamente pelo fato de o Governo impor um altíssimo percentual de tributo, onerando em praticamente 50% a pessoa jurídica, que, ou repassa parte desse ônus ao consumidor para que obtenha lucro, ou não terá outra alternativa a não ser fechar suas portas.

Diante desse panorama, surge o presente trabalho, que trata da responsabilidade tributária da pessoa jurídica e dos sócios na sociedade limitada, tema de pouco aprofundamento por nossos doutrinadores, mas de grande relevância jurídica. Verificaremos o confronto entre a responsabilidade tributária e a teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

O tributo, como analisaremos no decorrer deste artigo, não é de responsabilidade apenas do contribuinte, mas também de um terceiro que é eleito por lei, chamado de responsável tributário, e que deve possuir algumas características para ter a atribuição de um “terceiro” legal.

O nascimento da responsabilidade tributária é de grande valia, porque é a partir deste instante que o credor terá legitimidade no crédito. Porém, deve-se saber primeiro em quais circunstâncias ocorre o seu nascimento.

O grande problema, aliás, é a intenção da realização desse trabalho, é a questão pertinente à responsabilidade do sócio-gerente e a responsabilidade tributária na sociedade limitada.

O propósito é analisar se a pessoa jurídica pode ser desconsiderada para título de responsabilização dos sócios e em quais hipóteses o patrimônio desses, na sociedade limitada, pode sofrer constrição. A responsabilidade é para qualquer sócio ou apenas para o administrador da empresa? A apreciação dessa e outras questões serão objeto de pesquisa deste artigo, que também terá como base o Código Civil vigente, no que tange ao direito empresarial.

## 2. Origem histórica da responsabilidade tributária

### 2.1 No Brasil

Diante da sociedade em que vivemos, uma regra só é devidamente cumprida em sua essência quando existir uma pena ou sanção legal que obrigue o infrator a pagar determinada quantia, a ser penalizado em sua liberdade, a ser responsável por ato de terceiro etc.

Dessa forma, uma norma jurídica de conduta necessariamente precisa vir inserida, em seu núcleo ou em outra norma, uma imposição, explícita ou implícita, de caráter sancionatório. Em virtude disso, surge a responsabilidade jurídica fazendo-se presente em todas as esferas de nosso ordenamento jurídico.

O termo responsabilidade tributária apresenta bastantes variações, ou seja, sua definição muitas vezes não vem descrita de forma expressa e pode ocorrer que, em algumas situações, esse vocábulo não tenha o mesmo significado do conceito básico de responsabilidade jurídica, adquirida principalmente do direito civil – aquele que causa dano a outrem ilicitamente tem a obrigação de repará-lo.

Assim, se analisarmos de modo geral o Art. 121, parágrafo único, inciso II do Código Tributário Nacional, notamos que responsável é o sujeito passivo da obrigação principal que não tem relação direta e pessoal com o fato gerador e, que, num primeiro momento, não está em atraso com nenhuma obrigação. Dessa forma, para que o sujeito passivo seja responsável basta apenas que haja disposição expressa em lei; e possui responsabilidade porque tem um crédito tributário para com o sujeito ativo da obrigação.

O assunto é tratado não apenas por nossa Lei Magna, mas também por leis ordinárias e complementares. Podemos citar, como exemplo a responsabilidade dos dirigentes das empresas e extensivamente da pessoa jurídica, por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (Art. 173, § 5º, da Constituição Federal); a responsabilidade de contribuintes ou empresas no âmbito do ICMS (Arts. 6º, 8º e 9º, da Lei Complementar nº 87/96) a responsabilidade, inclusive penal, da pessoa jurídica nos crimes de sonegação fiscal (Art. 6º da Lei nº 4.729/65) e outros.

A Constituição Federal, o Código Tributário Nacional e outras leis também tratam como responsabilidade as chamadas competências, seja da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional etc.

Sendo assim, várias são as situações que, em matéria tributária, pode o contribuinte, responsável ou substituto tributário, ter responsabilidade por atos que cometeu ou deixou de fazê-lo.

### 3. Nascimento da responsabilidade tributária

Ao se constituir uma obrigação tributária, o credor tem em vista a sua realização ou extinção com a devida efetivação da prestação por parte do sujeito passivo, ou seja, em primeiro lugar do devedor principal e em certas hipóteses do responsável tributário que pode assumir essa posição até como substituto tributário, o momento em que terá responsabilidade derivada.

O inadimplemento da obrigação tributária ocorre quando o devedor não realiza a prestação devida ou quando a satisfaz, não cumpre da forma como deveria ter sido efetuada. A partir desse momento, o credor encontra-se legitimado a satisfazer o seu interesse, qual seja o crédito que ora se constitui, podendo reclamar judicialmente perante o devedor a prestação tributária decorrente do vínculo jurídico existente entre ambos.

Bernardo Ribeiro de Moraes explica que “[...] para o direito, esse inadimplemento da obrigação tributária constitui fonte de dever jurídico, do dever, para o sujeito passivo, de indenizar”<sup>2</sup>. Assim, quem não cumpre com essa obrigação, possui responsabilidade de indenizar o sujeito ativo por perdas e danos, realizando a obrigação com os acréscimos legais.

A partir de então, temos o nascimento da responsabilidade tributária, isto é, desde o inadimplemento da obrigação tributária que pode ocorrer pelo retardamento, doloso ou culposo, do devedor no cumprimento da prestação devida. Esse age de maneira ilícita.

O credor pode executar o patrimônio do responsável tributário exigindo, além da obrigação principal, também todos os ônus legais provenientes do inadimplemento. Tal conduta pode ser fundamentada na violação da norma jurídica tributária, em que, quem infringe um dever jurídico, tem a obrigação de reparar os prejuízos causados.

A responsabilidade pelo crédito tributário começa a ter vida, juridicamente falando, quando o devedor não extingue a obrigação tributária, gerando

---

<sup>2</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 505. v. 2.

uma situação de inadimplência. A lei não tem poder para tanto, pois ela apenas agirá como determinante do responsável pela obrigação.

#### 4. Limites à definição legal de responsabilidade tributária

Aquele a quem é atribuído a obrigação de responder por atos que não sejam próprios de sua pessoa, isto é, o responsável, que também pode ser identificado como “terceira pessoa”, passa a ter o encargo de ser devedor do crédito tributário e, como tal, os seus bens são garantidores dessa dívida.

Ao verificarmos o Art. 121, parágrafo único, inciso II, do Código Tributário Nacional, podemos dizer, que, embora aparentemente, nossa legislação permite que qualquer indivíduo que não tenha relação pessoal e direta com o fato gerador e que seja previsto em lei expressa possa ser colocado na posição de responsável.

Todavia, como já foi mencionado, não devemos fazer uma interpretação apenas pelo que regula um único dispositivo, mas, sim, pelo que dispõe um todo relacionado à matéria que se queira tratar. E é assim que esse assunto deve ser analisado em conjunto com o disposto no art. 128.

Percebemos, então, que há limites para que se defina quem é responsável legalmente pela obrigação tributária, haja vista que essa pessoa deve estar obrigatoriamente vinculada ao fato gerador.

Portanto, ainda que a norma legal autorize expressamente a constituição de um terceiro como sujeito passivo, isso não é o suficiente, pois se faz necessária a existência desse liame obrigacional, o qual não pode ser qualquer tipo de vínculo com o fato gerador, mas, segundo Luciano Amaro, para que se possa responsabilizar um terceiro “[...] é necessário que esse vínculo seja de tal sorte que permita a esse terceiro, elegível como responsável, fazer com que o tributo seja recolhido sem onerar seu próprio bolso”<sup>3</sup>. Isso significa que o responsável não pode ser sobrecarregado em seu patrimônio pela dívida que foi gerada em razão da vontade de outra pessoa.

Assim sendo, o encargo imposto pela lei tributária ao responsável pelo crédito tributário deve ser fixado de maneira que essa pessoa possa de alguma forma agir no sentido de evitar esse ônus ou empenhar-se em exigir o recolhimento do tributo pelo contribuinte. O ônus do tributo não é determinado de modo arbitrário pela lei a qualquer pessoa.

Podemos exemplificar com a responsabilidade dos pais pelos tributos devidos por seus filhos menores. Aqueles têm o direito de requerer de seus filhos que não assumam qualquer obrigação tributária. No caso do escrivão que é res-

---

<sup>3</sup> AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 292.

ponsável pelos tributos devidos sobre os atos que praticar em razão de seu ofício, ele pode muito bem não realizar referido ato se o interessado não recolher o tributo. Assim, notamos que ocorre responsabilidade porque há mecanismos para o responsável em não sofrer o ônus tributário.

## 5. Responsabilidade tributária da pessoa jurídica

### 5.1 Responsabilidade pessoal do sócio-gerente pelas dívidas tributárias

Consoante o art. 135 do Código Tributário Nacional, o sócio-gerente possui responsabilidade pessoal. Contudo, faz-se necessário analisar primeiramente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Para essa teoria deve-se desconsiderar a existência da sociedade comercial com o objetivo de adentrar o patrimônio do sócio-gerente e dos diretores, os quais passam a se responsabilizar pelos atos de sua gestão.

A fundamentação dessa teoria em nosso ordenamento jurídico, segundo alguns autores brasileiros, ocorre com fulcro no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Mas, também tem se admitido sua ocorrência desde a criação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, em seu Art. 2º, § 2º.

Sendo assim, a admissão dessa teoria ganha grande relevância jurídica, pois em muitos casos os sócios utilizam a sociedade como meio de enriquecimento ilícito, realizando atividades irregulares e aproveitando-se de sua condição na empresa para, agindo de forma abusiva, prejudicar terceiros. Porém, com a desconsideração da pessoa jurídica, esses sócios podem sofrer constrição em seus bens particulares, ficando o Fisco e a comunidade protegidos contra as fraudes e dissimulações que essas pessoas realizaram no exercício da administração.

Em virtude do que foi mencionado, pode-se dizer que o art. 135 trata de desconsideração da pessoa jurídica, embora haja quem defenda referir-se a uma responsabilidade especial por determinação legal.

Entretanto, o patrimônio do sócio é diferente do da sociedade. O STJ mantém posicionamento a este respeito:

A personalidade jurídica da sociedade não se confunde com a personalidade jurídica dos sócios. Constituem pessoas distintas. Distintos também são os direitos e obrigações. O sócio, por isso, não pode postular em nome próprio direito da entidade. Ilegitimidade ativa *ad causam*. (STJ/DF 1ª Seção. MS 469, Reg. Nº 900006576-3. DJU de 12.11.1990)



Entretanto, dependendo do caso, o patrimônio de ambos são responsáveis. Assim, o sócio-gerente é responsável pessoalmente se agir de forma contrária à lei, ao estatuto ou contrato social ou com excessos de poderes. A simples inadimplência por parte da sociedade comercial não gera responsabilização ao sócio.

Segundo entendimento doutrinário, “excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos” significa, principalmente, deixar de pagar o tributo. Porém, sempre deve se levar em conta, para responsabilização, a forma em que se deu o nascimento da obrigação tributária, resultando num crédito não pago.

Além disso, para que a responsabilização do sócio-gerente se concretize é necessário que haja a infração, com dolo ou culpa subjetiva, à lei ou ao estatuto social, e que dessas circunstâncias possa acarretar na implicação de insolvência da sociedade comercial ou, com outras palavras, que o sócio através de seus atos possa levar a sociedade a uma condição de não ser mais capaz de saldar seus débitos.

Possui maior razão de se responsabilizar o sócio se, além de tudo, o seu patrimônio particular é totalmente suficiente para arcar com todos os ônus que estão a cargo da sociedade comercial, a qual nesse momento encontra-se em estado de insolvência.

O professor João Luiz Coelho da Rocha, com grande sabedoria se posiciona a respeito:

A sintonia fina do art. 135 do CTN está então bem delineada: simplesmente não pagar o tributo não qualifica por si só o ato ilícito, a infração legal carregadora da responsabilidade pessoal. Tanta vez o homem médio, o *'bonus pater familiae'* se vê em circunstância de não pagar débitos em dia. Nem só por isso vê perpetrando um ilícito. Agora, se esse pagamento está – e assim é evidenciado – no contexto de um procedimento irresponsável que leve a sociedade à insolvência (a um estado que ela, pessoa jurídica, fique impossibilitada de responder pelos débitos) aí sim vai emergir a responsabilização do diretor, sócio-gerente ou controlador que deste modo agiu.<sup>4</sup>

Portanto, a título de responsabilização, é importante saber quem obteve vantagem com o ato praticado. Se for a pessoa jurídica quem obteve o ilícito, esta será responsável pessoalmente pelo pagamento do tributo correspondente ao ato praticado, enquanto que aquele que praticou o ato responde pessoal-

---

<sup>4</sup> ROCHA, João Luiz Coelho da. A responsabilidade tributária prevista no art. 135 do CTN. In *RDDT* n° 60. São Paulo, p. 88.

mente pelas penalidades decorrentes do não pagamento do tributo e do ilícito. Mas, se for a mesma pessoa quem pratica o ato e se beneficia do ilícito praticado, ela deve responder tanto pelo crédito tributário quanto pelas penalidades previstas em lei, como os juros, as multas e outras.

Outro ponto a ser discutido é no tocante a quem responde desde o momento em que se constata a infração à lei. O Fisco deve analisar primeiramente se a sociedade comercial é capaz de satisfazer o crédito, pois se assim ocorrer, a execução deve recair sobre ela (sobre os bens sociais), não havendo que tocar nos bens pessoais dos sócios.

No entanto, o problema está se o Estado tenta executar do sócio no momento inadequado, pois dará margem a uma possível prescrição. Isto é, se o Estado credor, ao invés de executar os bens sociais de uma sociedade que ainda se encontra capaz de satisfazer o crédito, chama à execução o sócio-gerente para responder com seus bens pessoais, pode gerar, por parte do executado, várias defesas protelatórias que até possibilitam a perda do crédito por parte do Erário Público.

Por essa razão, a Fazenda Pública precisa ter bastante cuidado na análise de cada caso para que não acione o sócio-gerente em momento inoportuno ou deixe de requerer a sua integração à lide quando a sociedade seja insolvente.

Todavia, em qualquer dos casos, os sócios lesados pela má administração do sócio-gerente podem se valer do Estado-Juiz para que se protejam dos atos fraudulentos do mau administrador, ressarcindo-se dos eventuais prejuízos que sofreram.

## **5.2 Responsabilidade tributária na sociedade limitada**

### **5.2.1 Sociedade limitada.**

O Decreto nº 3.708/19 refere-se a sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Porém, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, esse separou uma parte para tratar do chamado Direito Empresarial, o qual, apesar de não ter revogado expressamente o decreto ao regulamentar a sociedade limitada, encontra-se revogado tacitamente, pois trata de toda a matéria nos Arts. 1052 a 1087. Naquilo que não tratou o Código Civil, o decreto continua vigorando.

A sociedade limitada é um tipo societário que permite aos sócios contribuir para a formação do capital social, possuindo os mesmos, responsabilidade limitada ao valor correspondente ao que cada indivíduo contribuiu.

A responsabilidade do cotista é no tocante a integralização – pagamento da subscrição (promessa de compra de ações ou capital) – de sua parte, mas quando os demais sócios não integralizarem suas cotas subscritas, aquele se responsabilizará subsidiariamente.

Assim, se um dos sócios não integralizou a sua cota, todos os outros sócios terão que completar a parte faltante, sendo, por isso, responsáveis solidariamente de forma subsidiária pela integralização de todo o capital social.

O Contrato Social poderá ser feito através de instrumento público, como no caso de bens imóveis registrados em escritura, ou por instrumento particular. Em ambos os casos, o instrumento contratual deve ser arquivado no Registro do Comércio. A contribuição realizada pelos sócios, seja ela em dinheiro ou através de bens, deve possuir valor econômico, ou seja, deve expressar quantia em moeda corrente.

Patrimônio e capital social não significam a mesma coisa, pois aquele pode aumentar com o desenvolvimento da sociedade, enquanto o capital social é o montante inicial que os sócios integralizaram na constituição da sociedade. Para aumentar esse será preciso alterar o contrato social.

Os sócios podem se retirar da sociedade quando não concordarem com alguma alteração no contrato, sendo reembolsado na quantia referente a sua parte no capital, de acordo com o último balanço.

Na administração da sociedade, estabelecida em contrato, podemos identificar dois tipos de sócios: o sócio-gerente ou administrador e o sócio cotista. Aquele tem responsabilidade maior que o sócio cotista, porque administra os negócios da sociedade com obrigação específica perante terceiros.

A gerência pode cessar a qualquer momento, de acordo com o especificado no contrato; e também pode ser dirigida por pessoas não sócias, desde que o contrato permita e os sócios consentam, mas mesmo assim terão certas restrições.

A sociedade tem a opção de constituir o seu nome por firma (ex.: Souza & Santos Ltda) ou por denominação (ex.: Látex – Tintas e Tecidos Ltda). Nesse último caso, os sócios são obrigados a designarem o objeto da sociedade. Entretanto, após o nome, sempre deve vir a palavra “Limitada” ou sua abreviatura “Ltda”. Se os administradores não utilizarem essa palavra ao final, serão considerados responsáveis solidária e ilimitadamente pelos atos praticados.

Como todo contrato, o realizado na constituição da sociedade pode ser por tempo indeterminado ou determinado. Nesse último caso, é previamente estipulada a forma de liquidação e partilha.

Se o contrato social permitir pode ocorrer a cessão, bem como a penhorabilidade, das cotas dos sócios da empresa. Os menores podem ser sócios, mas suas cotas devem estar integralizadas e eles não devem assumir posição de gerência.

O sócio excluído ou seus herdeiros continuam responsáveis pelas obrigações anteriores da sociedade, por até dois anos depois de averbada a resolução da pessoa jurídica; como também continuam responsáveis pelas obrigações posterior-

res, no prazo igual de dois anos, enquanto a averbação da ata não for requerida (Art. 1032 do Código Civil).

### 5.2.2 Responsabilidade Tributária

O Art. 10 da Lei das sociedades por quotas de responsabilidade limitada assim dispõe:

Os sócios-gerentes ou que derem nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com essa e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Como já foi mencionado, o sócio e o administrador ou sócio-gerente são pessoas distintas. O sócio cotista, geralmente, não participa do funcionamento da empresa e, por isso, não possui responsabilidade pelo que acontece na gestão da pessoa jurídica. O administrador, por sua vez, já carrega uma certa responsabilidade por ser o órgão pelo qual a sociedade se manifesta perante terceiros.

Assim, nada impede que o sócio possa exercer a gerência da empresa. E, nesse caso, ele poderá possuir responsabilidade pessoal e ilimitada se, agindo em nome da sociedade, cometer infração ao contrato social ou à lei societária. Fica claro, então, que a responsabilidade é pelo fato de exercer a administração da pessoa jurídica.

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª região tem o seguinte raciocínio, através da presente ementa:

TRIBUTÁRIO – SOCIEDADE LIMITADA – RESPONSABILIDADE DO SÓCIO PELAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DA PESSOA JURÍDICA (ART. 135, III):

I – O sócio e a pessoa jurídica formada por ele são pessoas distintas (Código Civil, art. 20). Uma não responde pelas obrigações da outra.

II – Em se tratando de sociedade limitada, a responsabilidade do cotista, por dívidas da pessoa jurídica, restringe-se ao valor do capital ainda não realizado (Dec. 3.807/1919 – Art. 9º). Ela desaparece, tão logo se integralize o capital.

III – O CTN, no inciso III do art. 135, impõe responsabilidade, não ao sócio, mas ao gerente diretor ou equivalente. Assim, sócio-gerente é responsável, não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência.

IV – Quando o gerente abandona a sociedade, sem honrar-lhe o débito fiscal, é responsável, não pelo simples atraso no pagamento. A ilicitude que o torna solidário é a dissolução irregular da pessoa jurídica.

V – A circunstância de a sociedade estar em débito com obrigações fiscais não autoriza o Estado a recusar certidão negativa aos sócios da pessoa jurídica.

VI – Na execução fiscal, contra a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, incidência de penhora no patrimônio de sócio-gerente, pressupõe a verificação de que a pessoa jurídica não dispõe de bens suficientes para garantir a execução. De qualquer modo, o sócio-gerente deve ser citado em nome próprio e sua responsabilidade pela dívida da pessoa jurídica há de ser demonstrada em arrazoado claro, de modo a propiciar ampla defesa.

VII – A agravante fala em co-responsável tributário pelo débito, mas não comprova a sua condição de gerente.

VIII – Agravo Improvido: (Ac. un. da 1ª T. do TRF da 2ª R – AI 38.313/RJ – Rel. Juiz J. E. Carreira Alvim – DJU 21.10.1999, p. 61/2 – *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 51, p. 215/6)

Hugo de Brito Machado Segundo explica que o não pagamento de tributo não importa em infração à lei praticada pelo administrador, e que este não possui responsabilidade diferente no que tange a matéria tributária:

Com efeito, se o não pagamento de um tributo fosse infração à lei praticada pelo sócio-gerente, ensejando assim a sua responsabilidade pessoal, o não pagamento de uma nota promissória no vencimento também o seria. O atraso no pagamento da folha de salários também, por violar a CLT. Do mesmo modo, a venda de equipamento defeituoso, por conflitar com o Código de Defesa do Consumidor. O sócio-gerente seria, enfim, responsável pessoal e ilimitadamente pelo cumprimento de todo e qualquer dever jurídico da sociedade, pois o seu descumprimento violaria alguma lei. Não haveria um único caso em que a sua responsabilidade seria realmente limitada, e a forma que os comerciantes escolhem para suas empresas seria inteiramente inócua.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Responsabilidade tributária dos sócios-gerentes nas sociedades limitadas*. Disponível em: <http://www.machado.adv.br>. Acesso em: 27 de julho de 2004.

Dessa forma, a pessoa jurídica, representada por uma pessoa natural, é quem infringe a lei não recolhendo o tributo. O administrador, nesse caso, pratica ato válido. O sócio-gerente só responderá quando praticar referido ato por meios ilícitos. Isso acontece porque a sociedade pratica atos e possui obrigações diferentes daquelas contraídas pelo sócio-gerente.

Portanto, quando a Lei das Sociedades Limitadas e o Código Tributário Nacional mencionam a responsabilidade por atos praticados, contrários à lei, eles estão se referindo aos atos praticados pela pessoa física do administrador, que os realiza fora da atribuição prevista no contrato social ou na lei societária, ou quando o inadimplemento for causa de abusos de poderes, por parte dos sócios-gerentes, ao contrato ou à legislação da sociedade.

Eduardo Domingos Botallo tem o seguinte parecer a respeito do tema em tela:

A meu ver, entretanto, isto não é bem assim. Primeiro, é preciso que as hipóteses (atos praticados com excessos de poderes, infração da lei, contrato social ou estatutos) sejam perfeitamente caracterizadas. E, segundo, - e aí repousa a questão que me parece mais complexa -, o ônus da prova é de quem acusa, não havendo espaço aqui para a chamada responsabilidade objetiva. Esse princípio não pode prevalecer no contexto ora examinado, exatamente em função dos Arts. 109 e 110 do CTN, que já examinamos.

Nos casos em que a norma tem natureza penal-administrativa, prevalece o princípio constitucional segundo o qual o ônus da prova cabe a quem acusa.

Vejam os exemplos: a falta de pagamento do imposto é uma infração à lei, e, como tal, os dirigentes que deixam de pagar o imposto a cargo da sociedade tornam-se pessoalmente responsáveis. O raciocínio parece perfeito, mas não é. Se o imposto deixou de ser pago por um azar do capitalismo, porque a empresa não tinha dinheiro para pagar, por deficiência de caixa, sem que essa deficiência de caixa tenha resultado de má gestão, fraude, etc., então, na minha visão do dispositivo, não cabe a aplicação do art. 135, III, do CTN, porque a falta de pagamento, em si mesma, deixa de configurar infração para os fins de responsabilidade pessoal.

O que pode constituir infração, o que pode levar o diretor, gerente ou administrador, a tornarem-se responsáveis, é a **causa** do não pagamento, mas **jamais este próprio efeito, tomado isoladamente**. Então, é preciso que se investiguem as causas da inadimplência para verificar se, entre elas, estariam fatos capazes de serem enquadrados como excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social, ou ao estatuto. Não ter dinheiro para pagar imposto, onde se enquadra? É excesso de poder? Não é. É infração à lei? Infração à lei é não pagar, mas não ter dinheiro para pagar não é infração à lei. (grifos nossos)<sup>6</sup>

A Fazenda é quem deve provar a quem cabe a responsabilidade por dívidas fiscais da sociedade, quando houver excesso de mandato, infração à lei ou quando ocorrer dissolução irregular da pessoa jurídica. Não cabe ao sócio-gerente o ônus de provar que não tem responsabilidade pelos débitos contraídos pela empresa.

## 6. Conclusão

O trabalho, ora em análise, procurou demonstrar de forma simples e objetiva uma responsabilidade tributária que não é muito abordada em livros doutrinários, sendo tratada com um pouco mais de constância em artigos publicados na internet e em nossa jurisprudência.

Trata-se da responsabilidade tributária da pessoa jurídica e dos sócios no âmbito da sociedade limitada. É um tema de grande relevância jurídica e que tem gerado algumas controvérsias no que diz respeito a desconsideração ou não da personalidade jurídica no Direito Tributário.

Em um primeiro momento, identificamos uma responsabilidade fruto do não cumprimento de uma obrigação tributária, mas que não tem a mesma conotação em todas as hipóteses, haja vista a imprecisão do Código Tributário Nacional que impõe, como vimos, vários significados para os termos “responsáveis” e “responsabilidade”. É por isto que em certos casos basta a vinculação ao fato gerador e à lei expressa para que uma terceira pessoa figure como responsável.

A responsabilidade tributária tem nascimento com o inadimplemento da obrigação tributária oriunda da não prestação pelo devedor ou da não satisfação cumprida da forma como deveria ter sido efetuada. A partir desse momento, tem legitimidade o credor para satisfazer o seu interesse.

---

<sup>6</sup> BOTALLO, Eduardo Domingos. In Parecer publicado na *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 57, p. 36-42.

A pessoa considerada responsável não pode ser qualquer pessoa. É necessário que, além de existir uma lei expressa indicando tal atribuição, haja obrigatoriamente uma vinculação do sujeito ao fato gerador de modo a lhe permitir o recolhimento do tributo.

Dessa forma, com base na teoria da desconsideração tributária da pessoa jurídica, os sócios-gerentes são responsáveis se agirem com infração, sendo dolo ou culpa subjetiva, à lei ou ao estatuto social, e que dessas circunstâncias possa acarretar na implicação de insolvência à sociedade comercial. A simples inadimplência por parte dessa não gera responsabilidade aos sócios.

Tendo em vista a prescrição do crédito, o Fisco precisa ter bastante cuidado na análise de cada caso para que não acione o sócio-gerente em momento inoportuno ou deixe de requerer a sua integração à lide quando a sociedade seja insolvente.

Na sociedade limitada, a responsabilidade dos sócios cotistas é no tocante à integralização de sua parte, mas, quando os demais sócios não integralizarem suas cotas subscritas, aqueles se responsabilizarão subsidiariamente; terão que completar a parte faltante. Por isso, são responsáveis solidariamente de forma subsidiária pela integralização de todo o capital social.

O sócio-gerente tem responsabilidade pelo fato de exercer a administração da pessoa jurídica, e não por ser sócio. É responsável pessoal e ilimitadamente se, agindo em nome da sociedade, cometer infração ao contrato social ou à lei societária.

O sócio-gerente tem responsabilidade diferente da pessoa jurídica, e só responderá quando praticar atos, exercendo a administração da sociedade, por meios ilícitos. De qualquer forma, é o Fisco quem deve provar o ato ilícito praticado pelo administrador da empresa, imputando-lhe a responsabilidade por dívidas fiscais da sociedade.

Portanto, quando a Lei das Sociedades Limitadas e o Código Tributário Nacional mencionam a responsabilidade por atos praticados contrários à lei, eles estão se referindo aos atos praticados pela pessoa física do administrador, que os realizam fora da atribuição prevista no contrato social ou na lei societária, ou quando o inadimplemento for causa de abusos de poderes, por parte dos sócios-gerentes, ao contrato ou à legislação da sociedade.

Por fim, com base na exposição feita neste trabalho, o sócio-gerente pode perfeitamente responder pessoalmente com seu patrimônio nos casos já esclarecidos aqui. Tem-se, então, a desconsideração da empresa para atingir este administrador.



## REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BOTALLO, Eduardo Domingos. In Parecer publicado na *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 57, p. 36-42.
- BRASIL - CÓDIGO CIVIL. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- COSTA, Luciana Rosa da Fonseca. A responsabilidade tributária do administrador de sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com>> Acesso em: 28 de julho de 2004.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GUIMARÃES, Bernardo Ribeiro. Responsabilidade Tributária. In: *Caderno de Pesquisas Tributárias* n. 5, 2. ed. Resenha Tributária, 1980.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Responsabilidade tributária dos sócios-gerentes nas sociedades limitadas. Disponível em: <http://www.machado.adv.br>. Acesso em: 27 de julho de 2004.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de direito tributário*. Zelmo Denari. Sujeitos ativo e passivo da relação jurídica tributária. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, V. 2.
- NOGUEIRA, Johnson Barbosa. *O Contribuinte Substituto do ICM*. Tese aprovada no I Congresso Internacional de Direito Tributário realizado em São Paulo, 1989.

PEREIRA, Evânia Cíntian de Aguiar. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br>. Acesso em: 28 de julho de 2004.

QUEIROZ FILHO, Waldemar. *Responsabilidade tributária*. Marília: Unimar, 2002.

QUINTANS, Luiz Cesar P. *Direito da empresa*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

ROCHA, João Luiz Coelho da. A responsabilidade tributária prevista no art. 135 do CNT. *RDT*. São Paulo. 60.

VILELA, Gilberto Etchaluz. *A responsabilidade tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Projetos de Pesquisa do Corpo Docente  
do Programa de Mestrado em Direito  
UNIMAR



## ESTADO CONTEMPORÂNEO, DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS EM PAÍIS DE MODERNIDADE TARDIA

Maria de Fátima RIBEIRO  
Ruy de Jesus Marçal CARNEIRO

O projeto tem como objetivo dimensionar a estrutura e o papel do Estado de feição contemporânea, em âmbito de capitalismo periférico, tabulando a pesquisa com as políticas tributárias que oxigenam as reformas estruturais em andamento. Cogita de um novo modelo de Estado brasileiro, inserido na justaposição hemisfério norte/desenvolvido e hemisfério sul/dependente, sob manipulação de uma contextualização de poder triádico. O projeto promove uma releitura das dimensões fiscais do entorno político brasileiro, no antigo sistema colonial, no imperialismo informal da segunda fase da Revolução Industrial e no contexto contemporâneo de políticas econômicas globalizantes. O projeto vislumbra as políticas tributárias brasileiras como tipos weberianos ideais de modelos de acumulação primitiva e de acomodação de interesses transitórios. Faz acurado levantamento semiológico das exações de nosso modelo tributário, percebendo a dicotomia tributos vinculados/tributos não vinculados como instrumental retórico que disfarça a guerra fiscal, em ambiente de federalismo vertical. Aponta a utilização sistemática de contribuições como elemento de projeto de concentração de receitas sob a guarda do poder central federal, em detrimento de realidades normativas constitucionais ônticas outras, como estados e municípios. O projeto avalia as razões explicativas de tal comportamento normativo, que asfixia ensaios pretéritos de desenvolvimento sustentável. Enfoca o Estado brasileiro como mediador entre interesses de instituições financeiras internacionais e centros tradicionais internos de domínio: denuncia que focos oligárquicos aliaram-se a atores globais. Avalia propostas de reformas tributárias declinadas a partir de meados da década de 80, quando o ideário conservador do reaganismo e do tatcherismo ganhou o espaço ideológico do pós-guerra, anunciando o fim da guerra fria, sufocando utopias, encerrando a história e apresentando o último homem, na denúncia de Francis Fukuyama. O projeto analisa pragmaticamente a realidade local, demonstrando que o Estado brasileiro contemporâneo implementa política tri-

butária de malignidade mefistofélica, prestando-se a atender interesses vinculados aos atores do Consenso de Washington, promovendo internamente o empobrecimento e o desmanche da infra-estrutura necessária para o implemento de práticas de desenvolvimento sustentável.

**Palavras-chave:** Estado - Políticas Tributárias – Modernidade.

## A DINÂMICA DA EMPRESA E A SOCIEDADE CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE

Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA  
Maria Christina ALMEIDA

O foco do projeto visa a agregar a Teoria Geral do Direito Civil e o Novo Direito da Empresa, constante do Código Civil de 2002. Busca-se, com o seu desenvolvimento, o estudo da empresa como sujeito de direitos e obrigações na ordem jurídica que regula as relações entre indivíduos, neste caso, as pessoas jurídicas. Além do enfoque principal, buscar-se-á, também, a reflexão e o estudo da empresa, como se ela fosse considerada um ente composto de esferas concêntricas em suas diversas manifestações, como, por exemplo: (a) a da estrutura fixa e estratégica da empresa, (b) a da estrutura dinâmica da empresa (operação), além das conseqüências do contato da empresa com a sociedade civil. A abordagem adicional dos serviços auxiliares e a estrutura formal da empresa. Além das questões acima suscitadas, buscar-se-á analisar a teia legislativa em que a empresa está inserida e, ainda, os direitos e os interesses da comunidade que a sociedade empresária deverá respeitar e atender, como pode ser verificado em relação às obrigações sociais e ambientais das companhias.

Palavras-chave: estrutura dinâmica da empresa; sociedade civil; obrigações sociais





## A EMPRESA BRASILEIRA, A REGULAÇÃO ESTATAL E O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

Oscar Ivan PRUX

O projeto tem por objetivo formatar os contornos da relação entre a empresa brasileira e o intervencionismo estatal, no ambiente contemporâneo de mundialização do capital. Preocupa-se primeiramente com aspectos metodológicos e conceituais que informam a interface entre direito e economia. Principia com revisão bibliográfica de autores que percebem o econômico oxigenando o direito. Estabelece diálogo com textos marxistas que configuram o direito como categoria de superestrutura, em oposição a modelos econômicos de infra-estrutura. Avança para a tradição weberiana, que centra o direito como racionalização do mundo da vida, da *Lebenswelt*, regulamentando burocraticamente todos os instantes da vida produtiva. Centra-se na tradição do movimento Law and Economics, vinculado à direita norte-americana, demorando-se em Richard Posner, em princípios de eficiência, no teorema de Coase. Bem desenhada a base metodológica, o projeto avança para o esmiuçamento de temas vinculados a ensaios explicativos dos porquês da interferência do Estado na atividade empresarial. É quando o projeto se encontra com os corifeus do neoliberalismo, a exemplo de Friedman e de Hayek e de seus críticos, a propósito de Michael Hardt, de Antonio Negri, de Joseph Stiglitz e de François Chesnais. Desenham-se os atores: FMI, Banco Mundial, OMC. Explicita-se o Consenso de Washington. Aprende-se o cardápio recessivo do FMI para a periferia do sistema globalizado, compreendendo-se os desideratos do capital internacional para o Brasil: mão-de-obra barata, reserva de recursos ambientais e fonte de retorno fácil para capital aplicado, por meio da atividade bancária e de imposições fiscais. O projeto em seguida percebe o papel da empresa brasileira, nesse contexto, quando refém de amplo intervencionismo estatal que se diz mínimo, vê-se obrigada a despedir empregados, reduzir custos, recolher tributos, sustentar a máquina burocrática. O projeto então ganha foros epistemológicos mais pragmáticos e faz incursões mais práticas, sentindo estatisticamente a situação do empresariado da região de origem dos mestrandos. Trata-se, pois de análise interdisciplinar da internacionalização das reformas macroeconômicas atuais e seus reflexos na atividade empresarial brasileira. Vislumbra a complexa normatividade

de um mundo de instabilidade financeira, tratando o chamado trilema, regulatório evidenciado por Michel Chossudovsky, que se preocupou com o papel simbólico da normatividade jurídica num mundo dirigido por interesses de um capitalismo internacional voraz e agressivo, que reprograma as relações entre a empresa brasileira e o papel do Estado.

**Palavras-chave:** Estado – Mundialização do capital – Livre iniciativa

## A MODELAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM ARTICULAÇÃO COM A REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

Francisco Pinto RABELLO FILHO

A Lei nº 9.868/99, que regula (também) a ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF), autoriza este, atendidos certos requisitos, a “restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Em curso uma assim chamada Reforma Tributária, estima-se que a Jurisdição Constitucional será instada a pronunciar-se sobre boa parte das alterações implementadas, notadamente no que respeita ao dever de pagar tributos. Nesse viés, é pertinente investigar acerca da modulação que ao STF será dado imprimir às suas decisões de inconstitucionalidade, nos casos em que os contribuintes (pessoas físicas ou jurídicas) já estiverem efetuando o desembolso ao Estado. É indagar, exemplificativamente: no âmbito daquelas alternativas, o STF poderá emitir decisão com eficácia *ex nunc* e com isso não admitir que os contribuintes sejam reembolsados do que pagaram? Pior: poderá o STF dar à sua decisão eficácia para o futuro, estabelecendo uma data, no porvir, até quando os sujeitos passivos deverão continuar cumprindo suas obrigações tributárias? Em qualquer caso: ao STF será admitido encontrar um meio termo, para que somente uma parte dos valores pagos seja restituída? essas e outras indagações, a pesquisa buscará encontrar respostas.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; controle de constitucionalidade; reforma tributária.



## DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Lourival José de OLIVEIRA

Com o processo de globalização, a empresa passou a concentrar parte do poder que antes pertencia quase que exclusivamente ao Estado. Ao mesmo tempo, passou também a desempenhar uma função de máxima importância na produção e distribuição de bens, assumindo a obrigação de gerar um crescimento sustentável de modernização produtiva, de forma a atender as necessidades de produção dentro de um mercado competitivo, que a cada vez exige a redução de custos e a melhoria da quantidade/qualidade nos produtos produzidos. Para o cumprimento dos objetivos apresentados e visando a um processo sustentável de modernização, a empresa promoveu mudanças substanciais nos seus modos de produção (automação, informatização). Por outro lado, em um país periférico, como é o caso do Brasil, houve significativa redução do número de empregos, resultado em parte desse novo modo de produzir. Como consequência, não houve por assim dizer, ao mesmo tempo em que se buscou o chamado crescimento sustentável, a mesma preocupação no que se refere ao melhoramento dos salários e da qualidade de vida da população, concluindo-se em tese que a empresa brasileira não está cumprindo o seu papel na sociedade. Com o avanço da chamada “teoria da empresa”, amparando-se também no desenvolvimento das próprias ciências sociais (administração, economia, sociologia etc.), apareceu uma nova concepção de direito empresarial, contido em uma nova interpretação do fenômeno empresarial, constituído pelo empresário, atividade empresarial, pelo patrimônio empresarial, com a convergência de interesses, tornando-se a empresa por consequência, um conjunto orgânico, reunindo empresários, trabalhadores e sociedade em geral. Dela depende diretamente a subsistência da maior parte da população ativa, principalmente através do trabalho assalariado. Por essa razão, é importante situar a empresa como centro das atenções, ainda daqueles que diretamente não estejam empregados ou os que estão avessos ao mundo econômico. Em um primeiro momento tem-se a necessidade de ser efetivada uma ação conjunta entre os trabalhadores, o Estado e os empresários, visando fazer de todas as metas uma única e principal meta, sob o risco de não ser cumprida a finalidade da empresa moderna, que é a melhoria das condições de vida em sociedade. Os com-

promissos assumidos pelo Estado junto aos órgãos de financiamento internacional fizeram com que crescentes processos de privatização contribuíssem com a perda de parte de sua potencialidade, causada principalmente pela escassez dos investimentos públicos. Ao mesmo tempo em que o Estado moderno periférico sofre esse processo de “redução”, a empresa se transforma, cresce sua importância na sociedade, alterando sua estrutura, envolvendo-se nos complexos problemas econômicos e sociais. Por conta dessas modificações, tem-se um efeito direto no Direito do Trabalho, de forma que se torna necessário avaliar toda a importância nesta nova e complexa conceituação de empresa. As inovações técnico-organizacionais, as hierarquias funcionais, a participação dos empregados nos destinos da empresa, as novas demandas de mercado, os processos de automação, a flexibilização funcional, a nova noção territorial de produção e a recomposição de empregos são alguns dos pontos de estudo e de avaliação necessários para a compreensão dessa nova realidade empresarial.

**Palavras-chave:** Direito; globalização; trabalho

## REFLEXOS E CONTROLES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA INICIATIVA PRIVADA

Marlene Kempfer BASSOLI

O Direito Positivo se apresenta como uma camada de linguagem, de cunho prescritivo, que sob aspecto metalingüístico, tem por objeto as realidades empíricas, quer dizer, os fatos trazidos pela experiência das relações intersubjetivas. Para ordenar tais convivências, o Direito é um poderoso instrumento, uma vez que através de seus mecanismos, entre eles a imputação, permite selecionar os valores que uma sociedade com estabilidade espacial, em determinado tempo, pretende ver realizados. A criação do Estado pelos indivíduos permitiu atribuir a responsabilidade de ser agente realizador dos valores que foram elevados à categoria de valores jurídicos e que, em um Estado Constitucional, estão registrados já a partir do preâmbulo da Constituição. Toda a estrutura estatal concebida somente se justifica para que os valores positivados sejam efetivamente realizados. Para tanto, pode-se iniciar o percurso, já a partir do processo legislativo de produzir normas abstratas e gerais, até alcançar o grau máximo de concretude do valor quando se produz a norma concreta e individual, que por sua vez legitima as ações materiais do Estado. Os dirigentes do Estado, que galgaram tal posição em processo democrático de eleição, não têm liberdade para escolha de outros valores. Estão vinculados às escolhas feitas pela sociedade, que no Brasil, ocorreu em outubro de 1988 quando foi promulgada a Constituição da República Federativa. Assim, ao deflagrarem as ações de governo devem estar atentos a tais compromissos, uma vez que por ser o Estado agente regulador, fiscalizador, incentivador e planejador, resta-lhe o dever de cumprir com os ditames constitucionais, apontando as direções a seguir, uma vez que na Constituição de um Estado Social-liberal, há fundamento para diversas ideologias. A sociedade tem o direito de exigir a conformação das ações ou políticas sempre em direção da realização dos valores jurídicos que elegeu. Alguns dos mecanismos desses controles estão já sistematizados pelo Direito. Outros, no entanto, precisam ser indicados e avaliados, devem ser instrumentalizados para que o controle seja efetivo. Com este projeto de pesquisa, pretende-se avaliar quais seriam os mecanismos judiciais para controle de políticas públicas e trazer à discussão alternativas de controles que possam servir de substrato para futura positivação. O enfoque desse controle será nas po-

líticas que têm reflexos diretos e indiretos no setor empresarial, de modo que a iniciativa privada possa efetivamente cumprir com seu papel de agente que deve se somar aos esforços do Estado nas suas intervenções, quando direcionada a efetiva realização dos valores jurídicos.

**Palavras-chave:** Políticas públicas; constituição; iniciativa privada.



## NEOLIBERALISMO, GLOBALIZAÇÃO E SOBERANIA

Walkiria Martinez Heinrich FERRER

Esta pesquisa baseia-se no estudo da possível interferência do processo, e sua expressão política ao neoliberalismo, na soberania nacional, visto que o referido processo acarretou transformações nos aspectos sociais, políticos e econômicos da grande maioria das nações. Propõe a análise do contexto atual, considerando as principais características do processo de globalização e do programa neoliberal, assim como as conseqüências no Brasil, principalmente no que se diz respeito ao papel do Estado na atualidade, enfatizando a questão da soberania, tanto interna quanto externa.

**Palavras-chave:** neoliberalismo; o papel do Estado; soberania nacional



**UNIVERSIDADE DE MARÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**1 - OBJETIVOS:**

O Programa de Mestrado em Direito tem por meta realizar os seguintes objetivos:

- Qualificar habilidades, aprofundando níveis de compreensão e aptidão, para captar a complexidade e dinâmica do fenômeno jurídico;
- Concentrar a investigação científica a partir dos núcleos temáticos contidos na área de concentração e especificados nas linhas de pesquisa, contemplando a articulação interdisciplinar;
- Gerar mudanças capazes de oportunizar a atuação do profissional do direito no ensino jurídico contemporâneo, face às tendências decorrentes do processo de globalização e disseminação das inovações tecnológicas;
- Implementar e divulgar o conhecimento científico, cultural e tecnológico, gerado no programa, dando prioridade à produção científica e conseqüente divulgação, visando fornecer aos mestrandos subsídios para expandir e aprofundar conhecimentos técnicos, na área de concentração.

**2 - ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:**

Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social

### **3 - LINHAS DE PESQUISAS:**

A linha de pesquisa tem por escopo proporcionar as condições necessárias à reflexão da temática, que comanda o programa, a partir de sua área de concentração.

#### **Linha de Pesquisa 1**

*Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais*

Esta linha abarca as pesquisas que dizem respeito ao desenvolvimento econômico, a partir do papel a ser desempenhado pela empresa, tendo por norte as demandas provenientes da sociedade brasileira.

#### **Linha de Pesquisa 2**

*Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas*

A segunda linha de pesquisa está vocacionada à cobertura do segundo vértice, que deve sustentar a área de concentração, estando presentes, aqui, as possibilidades de reflexão acerca da dinâmica jurídica, que se fazem presentes nas relações empresariais, nas relações de consumo e nas relações entre Estado e a Empresa.

### **4 - DURAÇÃO DO CURSO:**

De 24 a 30 meses.

### **5 - NÚMERO DE VAGAS:**

Serão ofertadas 25 (vinte e cinco) vagas.

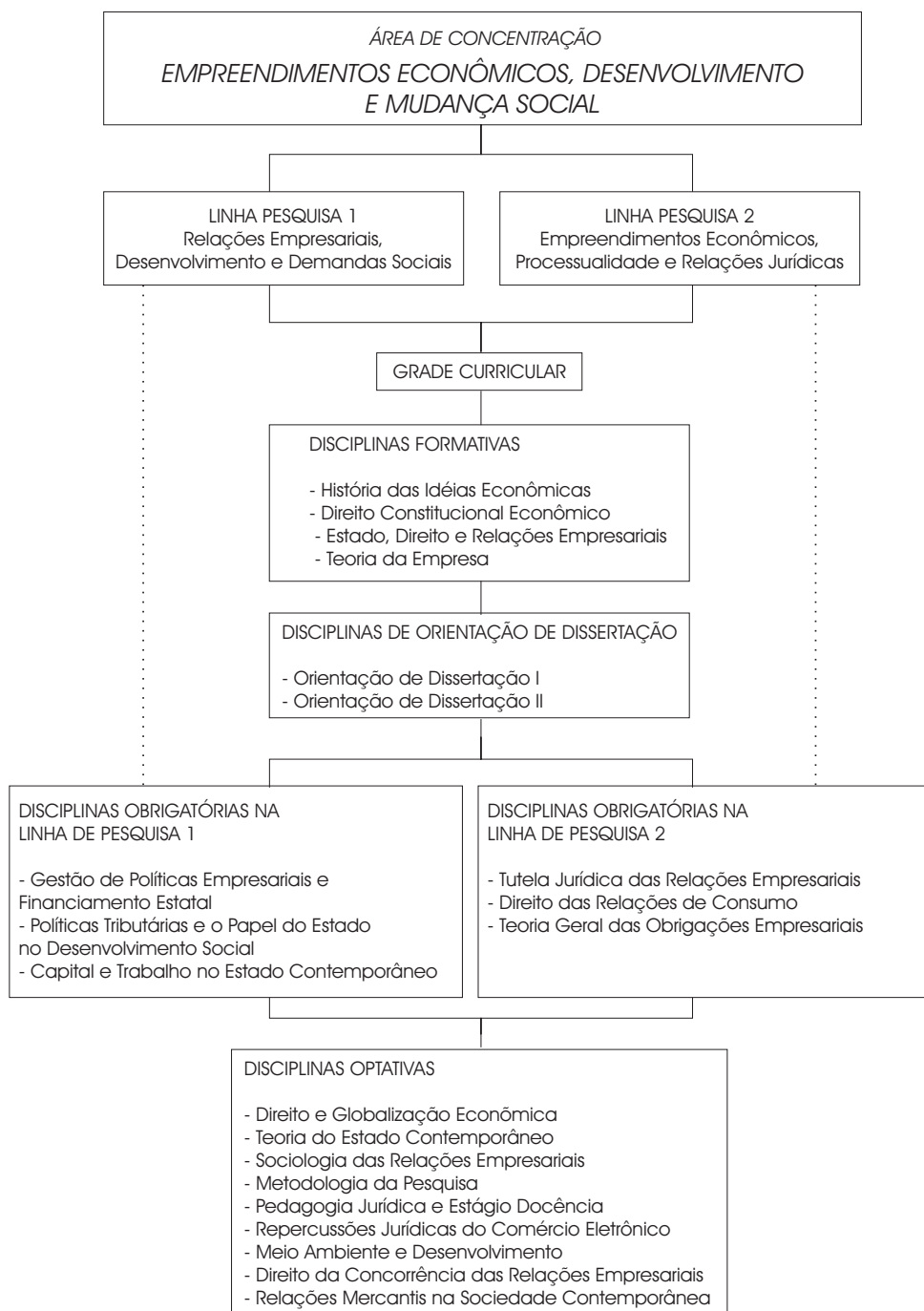
### **6 - OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE:**

Para concessão do título de Mestre, além do cumprimento das demais exigências regimentais, o mestrando deverá prestar e ser aprovado no Exame de Qualificação e no Exame de Proficiência em uma das seguintes Línguas Estrangeiras: Inglês e Espanhol e Italiano. Deverá apresentar, defender e ser aprovado na Dissertação de Mestrado, realizada de acordo com as normas regimentais.

### **7 - SITUAÇÃO INSTITUCIONAL:**

Curso recomendado pela CAPES/MEC.

## 8 – ORGANIZAÇÃO CURRICULAR



## 9 - CORPO DOCENTE PERMANENTE E CONVIDADO:

### 9.1 - Corpo docente permanente:

Prof. Dr. Francisco Pinto Rabello Filho – Doutor em Direito do Estado – UFPR, com especialidade em Direito do Estado/Tributário.

Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira – Doutora em Direito das Relações Sociais – PUC/SP, com especialidade em Direito Civil/Direito Obrigacional/Direito Negocial.

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira - Doutor em Direito das Relações Sociais – PUC/SP, com especialidade em Direito do Trabalho.

Profa. Dra. Maria Christina de Almeida – Doutora em Direito Civil – UFPR, com especialidade em Teoria Geral do Direito Civil.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro – Doutora em Direito do Estado – PUC/SP, com especialidade em Direito Tributário e Direito Constitucional – Coordenadora do Programa.

Profa. Dra. Marlene Kempfer Bassoli – Doutora em Direito do Estado – PUC/SP, com especialidade em Direito do Estado e Gestão de Políticas Públicas.

Prof. Dr. Nelson Borges – Doutor em Direito pela UFPR, com especialidade em Direito Obrigacional e Direito de Empresa.

Prof. Dr. Oscar Ivan Prux – Doutor em Direito das Relações Sociais – PUC/SP, com especialidade em Direito do Consumidor e Direito Econômico.

Prof. Dr. Ruy de Jesus Marçal Carneiro – Doutor em Direito do Estado – PUC/SP, com especialidade em Direito Constitucional e Constitucional Econômico.

Profa. Dra. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer – Doutora em Educação – UNESP, com especialidade em Metodologia do Ensino.

### 9.2 – Corpo Docente Convidado:

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – Doutor em Direito – PUC/SP, com especialidade em Direito do Estado e Direito de Empresa

Prof. Dr. Jonas Luiz Moreira de Paula – Doutor em Direito - UFPR/PR, com especialidade em Direito Processual Civil.

Prof. Dr. Luiz Otavio Pimentel – Doutor em Direito – UFSC, com especialidade em Direito da Concorrência e Direito Industrial.

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza – Doutor em Direito – PUC/SP, com especialidade em Direito Ambiental

## 10 - PROCESSO DE SELEÇÃO:

O processo seletivo constará de:

PROVA ESCRITA DISSERTATIVA

ENTREVISTA

PRÉ-PROJETO DE DISSERTAÇÃO DO MESTRADO

CURRICULUM VITAE

### - INFORMAÇÕES:

*As inscrições serão realizadas na Secretaria do Programa de Mestrado em Direito Bloco I – Campus Universitário – Faculdade de Direito, no horário das 14h00min às 17h30 e das 19h00 às 22h00, de segunda a sexta-feira.*

Previsão para abertura de novo processo seletivo em outubro e novembro de cada ano.

### **Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito**

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro

### **Vice-Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito**

Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

### **Secretaria do Programa de Mestrado em Direito**

Faculdade de Direito – Bloco II

Endereço: Campus Universitário

Telefones: (14) 3402-4006 e 3402-4005

Av. Hygino Muzzi Filho nº 1001 – CEP 17.525-902 – MARILIA – SP

Home Page: <http://www.unimar.br>

E-mail – [direito@unimar.br](mailto:direito@unimar.br)

### **Pró-Reitoria de Pós-Graduação**

Secretaria: Telefax (14) 3402-4100 3402-4190 3402-4054

E-mail: [propos@unimar.br](mailto:propos@unimar.br)

Home Page: <http://www.unimar.br>





## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A Revista de Direito da UNIMAR - ARGUMENTUM tem como objetivo principal divulgar trabalhos elaborados pelo corpo docente e discente da Faculdade de Direito da UNIMAR.

As contribuições podem ser enviadas nas seguintes formas: trabalhos originais, artigos, resenhas.

Solicita-se observar as instruções abaixo para o preparo dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão conter de 10 a 30 páginas, com 30 linhas, no espaço 1,5 cm, margens de 2,5 cm e Letra Times New Roman (corpo 12), com duas (2) cópias impressas em A-4 e uma cópia em disquete em formato DOC.

2. Os artigos devem ser encaminhados à Comissão Editorial da Revista, devendo conter as principais conclusões do trabalho e obrigatoriamente um resumo, em português e inglês, na seguinte forma:

- a) Título do trabalho deve ser conciso e indicar o conteúdo.
- b) Nome do autor (com chamada de rodapé, referente aos autores, deve constar o cargo, a disciplina que autor ministra e a Faculdade a que pertence, sendo em numeração consecutiva chamada de números-índices colocados logo após o nome de cada autor.
- c) Resumo pode vir de várias formas: apresentar apenas um sumário das idéias do autor, narrar as idéias mais significativas, condensar o conteúdo de modo que dispense a leitura do texto original. O resumo é constituído de um só parágrafo, com até 500 palavras. Será seguido de indicação dos termos de indexação (palavras-chave). A tradução para o inglês formará o abstract e key words.
- d) As Referências no texto deverão ser feitas numericamente, citando-se o autor, quando estritamente necessário.
- e) As tabelas deverão ser numeradas com algarismos arábicos, sempre promovidas de títulos explicativos e constituídas de modo a ser inteligíveis independentemente do texto. Não devem ser usadas linhas verticais. As horizontais devem aparecer para separar o título do cabeçalho e este do conteúdo, além de uma ao final da tabela.
- f) As Referências deverão observar as normas da ABNT (Associação Brasileira de Norma Técnicas) 6023:2002 e 10520:2002. Só serão incluídos trabalhos citados no texto ou tabela(s) que deverão ser inseridos em ordem alfabética e da seguinte forma:

Periódicos: Nome de todos os autores. Título do artigo, Título do periódico, local, volume, paginação inicial-final, ano de publicação.

Exemplos:

COUTO, R. H., J. M. S., PEREIRA, J. M. S. Estudo da polinização entomófila em Cucurbita pepo (Abóbora italiana). *Científica*, São Paulo, v. 18, p. 21-29, 1990.

MENU, B. La condition de la femme das l'Egyte pharaonique. *Révue Historique de Droit Français et Étranger*. Paris, v. 67, n. 1, p. 3-35, jan/mar. 1989.

Livros:

Autores. Título da publicação, n. de edição, local: firma editora, ano de publicação, páginas consultadas.

Exemplo:

GARCIA, W. *Administração educacional em crise*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Cortez Editora, 2001, 118 p.

Sem autor expresso:

CULTURA de algodão. *Conj. Econ.* Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, p. 5-15, 1967.

Capítulo de livro:

ALMEIDA, J. B. de. Solos dos pampas. In: ALVAREZ V. V. H., FONTES, L. E. F.; FONTES, M. P. F. (Ed). *O solo nos grandes domínios morfoclimáticos do Brasil e o desenvolvimento sustentado*. Viçosa: SBSC/UFV, 1996, p. 289-306.

Trabalhos em Anais de Congresso, Simpósio etc.

Exemplo:

REIN, T. Uso eficiente dos fertilizantes fosfatados e solubilidade. In: **SIMPÓSIO NACIONAL DO SETOR DE FERTILIZANTES**, 1, São Paulo, 1994, **Anais...** São Paulo, Finep, 1994, p. 101-125.

Na Internet:

RIBEIRO, P. S. G. Adoção à brasileira; uma análise sócio-jurídica. *Datavenia*, São Paulo, ano 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em << <http://www.datavenia.inf.br/fran-ameart.html>>. Acesso em: 10 set. 1998.

Citações:

1. Especificar no texto a(s) página(s), volume(s), ou seção (ões), da fonte consultada, se houver. Este(s) deve(m) seguir a data, separado(s) por vírgula e precedido(s) pelo designativo, de forma abreviada, conforme a NBR 10520:2002, que o(s) caracteriza.

Exemplos:

“A produção do lítio começa em Searles Lake, Califórnia, em 1928” (MUMFORD, 1949, p. 513).

“Oliveira e Leonards (1943, p. 146) dizem que a ‘relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara[...]’.

2. As transcrições no texto de até três linhas devem estar encerradas entre aspas duplas. As aspas simples são utilizadas para indicar citação no interior da citação.

Exemplos:

Barbour (1971, p. 35) descreve: “[...]o estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos” ou “Não se mova, faça de conta que está morta[...]” (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72).

3. As transcrições no texto com mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor que a do texto utilizado e sem aspas. (NBR 10520:2002).

4. As citações devem ser indicadas no texto por um sistema numérico ou autor-data. Qualquer que seja o método adotado deve ser seguido consistentemente ao longo de todo o trabalho, permitindo sua correlação na lista de referências ou em notas de rodapé.

Todos os trabalhos serão examinados por consultores científicos e pelo Conselho Editorial. Os que precisarem de modificações serão devolvidos ao(s) autor (es) para revisão, até serem definitivamente aprovados. São de exclusiva responsabilidade dos autores opiniões e conceitos emitidos nos trabalhos.

A **Revista ARGUMENTUM** reserva-se o direito de não publicar o trabalho enviado ou utiliza-lo em outra edição.

