

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ANO 2006 – Volume 6

ARGUMENTUM - Revista de Direito - Universidade de Marília
– Volume 6 – Marília: UNIMAR, 2006.

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

Profª Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva

PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO

Prof. José Roberto Marques de Castro

PRÓ-REITORA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Profª. Dra. Suely Fadul Villibor Flory

DIRETORA DA FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E
SOCIAIS APLICADAS

Profª. Ms. Cláudia Pereira de Padúa Sabia

COORDENADORA DO PROGRAMA DE
MESTRADO EM DIREITO

Profª. Dra. Maria de Fátima Ribeiro

DIRETORA DA REVISTA ARGUMENTUM

Profª. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Endereço para correspondência

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Av. Higyno Muzzi Filho, 1001

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

Telefone: (0xx14) 2105-4028 – fax: (0xx14) 2105-4100

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
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
9. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza
Universidade de Marília

ARGUMENTUM
REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
Publicação Anual – Distribuição Gratuita – Pede-se Permuta

ANO 2006 - Volume 6

MARÍLIA - ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL

APRESENTAÇÃO

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.
(Boaventura de Souza Santos)

O programa de Mestrado em Direito da UNIMAR completa três anos de implantação, chancelado pela CAPES, em dezembro de 2004.

O perfil inovador do curso insere o programa no contexto das discussões dos grandes temas relevantes e atuais do Direito contemporâneo, indispensáveis à reflexão em nível de pós-graduação *sensu stricto*. É com satisfação que contemplamos o alcance e a consolidação dos objetivos e metas traçados para o primeiro triênio do programa.

A proposta inovadora do curso tem atraído um expressivo corpo discente, presentemente composto por mestrandos oriundos de cinco Estados da Federação.

A discussão acadêmica do momento, em parte expressiva, é denominada pelas temáticas acerca do desenvolvimento econômico e mudança social. Nessa moldura de extraordinário significado, de exploração inesgotável e vanguardeira, o Mestrado em Direito define, com vigor, o desenho de seu perfil inédito marcado por muitas potencialidades, sendo ancoradas em pesquisas competentes, desenvolvidas em conjunto por docentes e discentes do programa.

Os eventos científicos, ainda joviais, são recebidos, pela comunidade científica, com respeito intelectual, integral apoio e significativa participação.

Nasceu mais uma estrela, pequena e brilhante, na constelação da pós-graduação em Direito do país. Sendo igual aos demais programas, segue diferente dentre todos.

As fases de consolidação são conquistadas com dedicação e absoluto zelo e, sobretudo, em meio a distinguida cooperação e solidariedade.

Assim, vão sendo escritas as primeiras páginas intelectuais da curta história de um programa de Mestrado em Direito, que ainda tem muito há realizar, mas, pela seriedade e firmeza com que desenvolveu seus afazeres, próprios da fase de implantação, pode-se afirmar, com satisfação, que o programa só tem a comemorar os ganhos tantos, realizados neste triênio.

O sexto número da Revista *Argumentum* é, de fato, edição comemorativa de tão significativo momento. Cabe frisar, com Cármen Lúcia Antunes Rocha: “*A dignidade da vida fez-se direito. A própria vida tornara-se conteúdo fundamental dos ordenamentos jurídicos no Estado Moderno. Percebe-se que não basta o viver-existir. Há que se assegurar que a vida seja experimentada em sua dimensão digna, entendida como qualidade inerente à condição do homem em sua aventura universal*”.

Com esta singela homenagem, agradecemos e saudamos os integrantes da comunidade jurídica, em especial, àqueles que acreditam na dignidade da vida e na dignidade do Direito, tendo participado, direta ou indiretamente, na implantação, desenvolvimento e consolidação do programa.

Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Diretora da Revista Argumentum

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

DOCTRINA

POLITICAS LABORALES EM ESPAÑA PARA LOS INMIGRANTES

Francisco Sacristán Romero.....15

RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL E DIREITOS HUMANOS

Fernando Facury Scaff31

A IMPORTÂNCIA DO ESTATUTO DA CIDADE NO DESENVOLVIMENTO SÓCIO-ECONÔMICO DO ESTADO BRASILEIRO

Evandro Silva Barros e Ruy de Jesus Marçal Carneiro47

O TRIBUTO COMO FATOR DE GERAÇÃO DE JUSTIÇA FISCAL E DO BEM-ESTAR SOCIAL

Luiz Antonio Ramalho Zanoti e Maria de Fátima Ribeiro59

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E OS NOVOS DESAFIOS DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Nilton Kiyoshi Kurachi81

TRABALHO TERCEIRIZADO NO DIREITO BRASILEIRO: AVANÇO OU RETROCESSO DOS DIREITOS SOCIAIS

Lourival José de Oliveira, Elaine Clér Alexandre dos Santos,
Cristiano Pinheiro Grosso e Marcus Vinicius Rivoiro101

A TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA PARA PEQUENAS EMPRESAS: MECANISMO PARA POSITIVAR VALORES E PRINCÍPIOS ECONÔMICO-CONSTITUCIONAIS

César Maurício Zanluchi e Marlene Kempfer Bassoli.....119

A PROVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL Dinara de Arruda Oliveira e Douglas Leonardo da Costa Maia	143
RECOLHIMENTO DO ICMS POR REGIME DE CAIXA: UMA MEDIDA DE RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE Douglas Roberto Ferreira.....	163
AS TRANSFORMAÇÕES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: O PROCESSO INTERVENCIONISTA DO ESTADO BRASILEIRO Cristiane Carvalho Burci Ferreira.....	193
COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA AMBIENTAL Mariângela Conceição Vicente Bergamini de Castro.....	205
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO Luiz Antonio Ramalho Zanoti e André Luiz Depes Zanoti.....	219
DIREITO À SAÚDE E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL Cilaine de Oliveira Guilherme Barros e Ruy de Jesus Marçal Carneiro ...	229
A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL Heraldo Felipe de Faria	241
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO: Informações Gerais	257
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	263

DOCTRINA

POLITICAS LABORALES EN ESPAÑA PARA LOS INMIGRANTES

LABOR POLICIES FOR IMMIGRANTS IN SPAIN

Francisco Sacristán ROMERO*

RESUMEN

Las políticas activas de empleo para el colectivo inmigrante pretenden contribuir al incremento de las posibilidades de incorporación y mantenimiento laboral de estos trabajadores, combinando, al mismo tiempo, flexibilidad y seguridad en el empleo. Además, en términos macroeconómicos, la actuación selectiva sobre la oferta y la demanda, con medidas tales como el fomento de la iniciativa privada, la ayuda a la movilidad a sectores con suficiente demanda o la creación directa de empleo, permiten reducir los desequilibrios o desajustes en el mercado de trabajo. **Palabras-clave:** Empleo, Políticas activas, inmigración.

ABSTRACT

The active policies of work for the immigrants group try to contribute to the increase of the incorporation possibilities and labor maintenance of these workers so related to the Spanish culture, combining, at the same time, flexibility and security in the use. In addition, in macroeconomic terms, the selective performance on the supply and the demand, with measures such as the promotion of the deprived initiative, the aid to mobility to sectors with sufficient demand or the direct creation of use, allow to reduce to the imbalances or misalignments in the work market.

Key-words: Work, active Policies, immigration.

* Doctor en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid y Licenciado en Ciencias de la Información, Psicología y Derecho. Actualmente ejerzo la docencia en la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid (asignaturas de Historia del siglo XX e Historia de la Comunicación Social) y también tengo un contrato de investigación I3P, cofinanciado por el Fondo Social Europeo, en la Oficina de Transferencia de Tecnología del Consejo Superior de Investigaciones Científicas en Madrid.

1. Concepto y características

Para situar al lector interesado en esta parcela de la realidad jurídica actual de una forma lo más cercana posible a los objetivos que se pretenden conseguir en el desarrollo de esta cuestión relativa al concepto y características de las políticas activas de empleo enfocadas a los inmigrantes, es necesario empezar matizando que, desde un enfoque amplio, dichas políticas intentan suplir las desigualdades presentes en el mercado de trabajo a partir de la toma en consideración de la heterogeneidad de los diferentes colectivos que participan en el mercado. Así, entre las políticas activas de empleo, se podrían distinguir tres grandes grupos, a partir de la clasificación realizada por Sáez¹:

1º. Las que persiguen el desarrollo de un buen sistema de intermediación entre la oferta y la demanda a través de medidas de diversa naturaleza.

2º. Las actuaciones encaminadas a la mejora de los mecanismos de educación y formación a efectos de facilitar a los jóvenes una base de partida que les permita desempeñar una profesión y avanzar en la cualificación profesional de los adultos.

3º. Las que tienen una directa conexión con la promoción del empleo.

En este contexto interesa especialmente analizar la combinación de medidas con relación a la orientación, formación y experiencia laboral. Además, respecto a las consecuencias jurídicas de tales políticas, hay que hacer un especial esfuerzo para adentrarse en la operatividad de los programas hacia la población-objetivo que constituye el colectivo de trabajadores inmigrantes.

Conviene recordar que en los países más desarrollados se ha registrado en los últimos diez años un notable aumento de las políticas activas de empleo destinadas a los colectivos con una baja tasa de colocación, entre los que se encuentran los inmigrantes.

Según Sáez, el grupo más importante ha sido el de los desempleados de larga duración (superior a un año) y que superan cierta edad, el segundo conjunto de colectivos se caracteriza por el de aquellas personas cuya experiencia laboral es muy pobre o incluso inexistente (marginados, personas con historial delictivo, inmigrantes y gente con baja cualificación) y el tercer grupo serían los jóvenes recientemente incorporados al mercado de trabajo. Otros grupos de segunda línea

¹ SÁEZ, F. (1997): "Políticas de mercado de trabajo en Europa y en España". *Papeles de Economía española*, 72:309-325

son los considerados como inactivos (especialmente se refieren a las mujeres) y los receptores de rentas sociales, a los que se empuja hacia el empleo como mecanismo de integración social.

Una vez realizada esta incursión general, es necesario destacar que para una de las instituciones españolas con más conocimiento y experiencia en esta materia, como es el Consejo Económico y Social (CES), estas políticas comprenderían dos grandes grupos de medidas, a saber:

1º. Las destinadas a una actuación directa que incida sobre el mercado de trabajo para aumentar el empleo o reducir el paro, tales como los incentivos económicos (bonificaciones, subvenciones, etc...) a la contratación.

2º. Las que van dirigidas a la mejora sustancial y cualitativa de los procesos de ajuste a corto y medio plazo entre la oferta y la demanda de trabajo, ya sea mediante la formación de los activos, el incentivo (o la supresión de obstáculos) a la movilidad geográfica de la mano de obra, la mejora de la intermediación entre los flujos de oferta y demanda en el mercado de trabajo, e incluso una más fluida información de este mercado (que es, por ejemplo, uno de los esfuerzos de los observatorios públicos de empleo).

En España, un estudio serio y riguroso de las políticas activas de empleo destinadas a los trabajadores inmigrantes debe partir de dos factores básicos en su configuración: su contextualización dentro del modelo adoptado por la Unión Europea y el alto grado de descentralización en las competencias, servicios y funciones que les atañen.

Las políticas activas de empleo pretenden contribuir al incremento de las posibilidades de incorporación y mantenimiento laboral de los inmigrantes, combinando, al mismo tiempo, flexibilidad y seguridad en el empleo. Además, en términos macroeconómicos, la actuación selectiva sobre la oferta y la demanda, con medidas tales como el fomento de la iniciativa privada, la ayuda a la movilidad a sectores con suficiente demanda o la creación directa de empleo, permiten reducir los desequilibrios o desajustes en el mercado de trabajo.

Tomando como punto de partida y referencia esencial la vigente Ley de Empleo, Ley 56/2003, de 16 de diciembre, ya en la misma Exposición de Motivos se alude a que uno de los factores esenciales que han estado presentes en el entramado actual del mercado laboral español es el denominado por los redactores de la ley “fenómeno inmigratorio”, que sin lugar a dudas ha contribuido a una importante modificación cualitativa y cuantitativa del empleo en España.

Lo establecido en la Exposición de Motivos tiene continuidad en la misma Ley cuando el artículo 2, concerniente a los objetivos de la política de empleo, cita de forma específica al colectivo migratorio externo en su apartado g), entendiéndose que una de las metas de la Ley es la coordinación de la articulación de las políticas de empleo, teniendo muy presentes tanto a la inmigración interna como a la externa; estos aspectos van ligados a los principios de la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 9.2 de la CE.

Además, este apartado g) del artículo 2 conecta con su apartado d), especificando que los inmigrantes se encuentran dentro del conjunto de colectivos en los que es necesario fomentar políticas destinadas a la integración laboral, dado que son grupos que presentan por las diversas características que concurren en ellos más trabas y problemas a la hora de encontrar empleo que el resto de ciudadanos. Entre estos colectivos, el artículo 2, apartado d), de la Ley de Empleo cita de forma específica a los “jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años”.

Una vez introducidas estas dos puntuales referencias significativas sobre el objeto de estudio, ubicadas en la Exposición de Motivos y el artículo 2 de la Ley, enfoca la atención al importante artículo 23 que delimita el concepto básico sobre el que pivota este trabajo y éste no es otro que el de “políticas activas de empleo”. En consonancia con el espíritu integrador que orienta a esta Ley de Empleo, se definen las políticas activas de empleo como “el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social”.

De esta definición se pueden extraer algunas características básicas acerca de estas políticas activas de empleo que, desde mi perspectiva particular, serían las siguientes:

1ª. Se advierten tres ejes esenciales sobre los que descansarían estas políticas: **orientación, empleo y formación.**

En torno a estas tres líneas de actuación deberíamos tener presente el esquema mental de inserción del colectivo inmigrante en el mercado laboral español, puesto que se van a reproducir en la legislación específica que tiene como destinatarios principales a los inmigrantes.

Dicho esto, no podemos pasar por alto que para intentar acercarnos a las anteriores tres líneas de actuación, las medidas favorecedoras para integrar a los colectivos con más dificultades, no sólo para encontrar empleo, sino también para

consolidar un puesto de trabajo estable y de calidad, deben acompañarse de un importante incentivo económico.

En este sentido, el actual Ministro español de Trabajo y Asuntos Sociales, Jesús Caldera, recalca que “la cantidad destinada a políticas activas de empleo en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal para el año 2005 es de 6.372,6 millones de euros, que supone un aumento de 462,3 millones, un 7,8%, con respecto al año anterior”².

En el capítulo específico relativo a la integración laboral de los inmigrantes, el presupuesto que corresponde a la Dirección General de Inmigración se sitúa en unos 12 millones de euros, despuntando de una manera especial las transferencias que desde la Administración Central se harán a distintas instituciones autonómicas y municipales, que de acuerdo a lo comunicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, coparán tres cuartas partes del presupuesto.

2ª. Se alude en la definición sobre políticas activas de empleo a que éstas van enfocadas al grupo de “los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores”. Es pertinente, por ello, hacer una distinción entre dos grupos ya de entrada:

- a) Desempleados por cuenta propia o ajena.
- b) Trabajadores en lo relativo a su formación y recalificación para el empleo.

3ª. Fomento del ánimo de creación de empresas y de la denominada “economía social”.

Desgranado el concepto y características de las políticas activas de empleo, el artículo 26 de la Ley de Empleo se refiere a los inmigrantes como “colectivo prioritario” al que deben ir dirigidas las medidas de fomento del acceso y mantenimiento en el empleo.

2. Las políticas activas de empleo en la Europa comunitaria

Partiendo del Tratado de Ámsterdam se incorporó el artículo 13 que establece que “el Consejo (...) podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o

² Este dato está tomado de la publicación electrónica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, NIPO 201-04-014-X ISSN: 1577-189 X, 14 de octubre de 2004, Madrid.

convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Al amparo de este precepto, se aprobó en el año 2000 una Directiva muy relevante referida al establecimiento de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en concreto, la Directiva 2000/78/CE. Así, en el considerando nº 9 de esta Directiva, se establecía que “el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal”.

La normativa comunitaria es un fiel reflejo del trabajo realizado en el Consejo Europeo de Luxemburgo, celebrado en noviembre de 1997, en el que la Unión Europea dio un impulso muy importante y de una forma progresivamente integrada, a las políticas activas de empleo, como un desarrollo del nuevo Título de Empleo que se incluyó en el Tratado de Ámsterdam. La consecuencia jurídica que se deriva de todo este proceso es que las políticas activas de empleo en España vienen definidas en buena parte por las líneas y directrices generales que introduce la Unión Europea en el Derecho Comunitario.

Tres años más tarde de la reunión de Luxemburgo se celebró el Consejo Europeo de Lisboa, en concreto en marzo de 2000, en el cual se acordaron una serie de actuaciones relevantes tales como la definición de una estrategia global para el crecimiento económico a largo plazo, el pleno empleo, la cohesión social y el desarrollo sostenible en una sociedad basada en el conocimiento, que se ha venido denominando en el marco comunitario con el título de Estrategia de Lisboa. Dentro de ésta hay que realizar una especial mención a la denominada Estrategia Europea de Empleo, que se conoce con las siglas EEE. Este enfoque sobre el empleo en el ámbito de la Unión Europea intenta hacer una reordenación y ampliación de las diversas directrices para el empleo que se habían configurado como principios informadores para la política comunitaria, completándose con una serie de objetivos de tipo cuantitativo a diez años. Para la instrumentación de esta Estrategia Europea de Empleo, se definieron cuatro grandes pilares, en los que cada año se establecerían diversas directrices, debiendo ser desarrolladas éstas por los países miembros de la Unión Europea en políticas concretas, dentro de los sucesivos programas nacionales para el empleo con un período anual de actuaciones. En concreto, los cuatro grandes pilares son:

- 1º) Mejora de la capacidad de inserción profesional.
- 2º) Desarrollo del espíritu de empresa.
- 3º) Fomento de la capacidad de adaptación de los trabajadores y las empresas.
- 4º) Refuerzo de las políticas de igualdad de oportunidades en el mercado laboral.

En el contexto de este proceso que empezó en Luxemburgo en 1997, las sistemáticas revisiones de la EEE han llevado a la determinación de la necesidad de realizar un ejercicio de simplificación para ofrecer enfoques y orientaciones más generales, con una mayor determinación de las acciones prioritarias y responsabilidades que mejor están definidas. Así, en junio de 2003, se procede a una crucial modificación de la EEE para el período trianual 2003-2005, en el que las características más sobresalientes están construidas alrededor de unos puntos muy específicos, tales como la determinación de tres objetivos generales, cuya materialización pasaría por el cumplimiento de cuatro requisitos básicos que deben recogerse en la aplicación por parte de los Estados miembros de la EEE revisada, un menor número de directrices, reducido a diez y un período de vigencia de estas directrices a tan sólo tres años. De forma paralela, se han ido matizando un conjunto cada vez más amplio de indicadores cuantitativos para la medición y la evaluación de las políticas en las que se recojan estas líneas de actuación genérica.

Podemos vislumbrar que en el actual marco comunitario, uno de los efectos más clarificadores de la filosofía que encierra la Estrategia de Lisboa, es el de destacar el papel tan relevante que deben tomar las políticas activas de empleo en los países miembros de la Unión Europea. De acuerdo a la EEE, los Estados han ido elaborando cada año programas nacionales de acción para el empleo. Conviene mencionar que la actuación encaminada a la mejora de la capacidad de inserción profesional de los trabajadores es la que concentra la mayor parte de las políticas activas del mercado de trabajo. A pesar que ese objetivo se haya dirigido en mayor proporción a la ordenación de programas y actuaciones ya existentes que para el diseño y la puesta en marcha de otros nuevos, sí es necesario mencionar que sobre dicho objetivo se han establecido las bases para el arranque de distintas medidas que tienen un reflejo en los denominados Planes Nacionales de Acción para el Empleo de nuestro país.

Tres de los fines de estos Planes se han enfocado a la incentivación de la participación en el mercado de trabajo, la potenciación de la búsqueda de empleo y la promoción de la igualdad de oportunidades.

En el diseño de este artículo interesa especialmente la directriz 7, destinada a la promoción activa y decidida de la integración de todos aquellos colectivos desfavorecidos por distintas causas en el mercado de trabajo y a enfrentarse de una manera eficaz a la discriminación que sufren.

En el camino indicado por esta anterior directriz, las acciones a favor de la integración de los colectivos desfavorecidos se destinan a actuaciones concretas en el campo de la educación y formación de jóvenes y adultos, personas discapacitadas e inmigrantes. En el caso concreto que ocupa la atención de este artículo, o sea, el colectivo inmigrante, existen diferentes actuaciones para luchar contra su discriminación, que pasan por la elaboración de itinerarios integrados de inserción

laboral que contemplen sus potencialidades y posibilidades de empleo de forma individualizada; por la formación de profesionales en el campo de la inmigración y por la regularización de la situación laboral de los inmigrantes que acrediten el desempeño de un trabajo durante al menos el período de un año.

En la atención particular al colectivo inmigrante son tres medidas específicas las que están previstas en el denominado Programa Operativo “Lucha contra la discriminación”, cofinanciado por el Fondo Social Europeo, a saber:

1ª) Itinerarios integrados de inserción laboral para inmigrantes.

Este apartado se toman en consideración las diferentes y variopintas características personales y laborales de los inmigrantes, con el objetivo de intentar el descubrimiento y la potenciación de las posibilidades de acceso al empleo desde un enfoque netamente individualizado. Este itinerario está formado por una serie de fases, a saber:

- a) Diagnóstico de la situación, cuya herramienta esencial es una entrevista personal.
- b) Formación previa, con instrumentos poderosos tales, como el aprendizaje del idioma español y de otra lengua específica oficial de la Comunidad Autónoma que se trate, además de un entrenamiento básico en habilidades sociales.
- c) Orientación sociolaboral.
- d) Formación ocupacional.
- e) Apoyo al autoempleo.
- f) Medidas de acompañamiento de tipo sociopedagógico, que se concretan en ayudas destinadas a gastos de guarderías y escuelas infantiles, ayudas para sufragar los costes de transporte y manutención para aquellos casos que se entiendan como más vulnerables, etc...

2ª) Formación de profesionales con dedicación exclusiva enfocada al colectivo inmigrante.

Se trata de impulsar medidas eficaces para dotar de una preparación teórica y práctica en materia de extranjería y recursos sociales existentes en las diferentes Administraciones Públicas de ámbito territorial estatal, autonómico o local, destinada a todos aquellos profesionales de los diversos organismos e instituciones públicas y privadas que trabajan directamente con los inmigrantes, con el objetivo esencial de su inserción en el mercado laboral.

3ª) Sensibilización, estudios y seminarios sobre el colectivo inmigrante.

El objetivo es alcanzar una efectiva concienciación social a través de la realización de campañas concretas y la realización de encuentros, jornadas y seminarios, intentando que en estos diferentes actos participen el mayor número de agentes sociales implicados en todo lo que constituyen las trabas esenciales que impiden la plena integración de los inmigrantes en el mercado de trabajo español.

Las propuestas particulares que los dos Sindicatos españoles más representativos en el ámbito territorial estatal, UGT y CC.OO., entienden esenciales para hacer efectivos los objetivos de la Directriz 7 se centrarían en estos cinco puntos:

1º) Desarrollo reglamentario de la Ley de Extranjería, dando cabida a la participación de los interlocutores sociales.

2º) Establecimiento de unas normas claras y participativas para la determinación de los contingentes, teniendo presentes la situación nacional de empleo, el papel de los Servicios Públicos de Empleo, la articulación sectorial y territorial y la implicación de empresarios y organizaciones sindicales.

3º) Dotación de medios y recursos suficientes a la Administración española en los países de origen de la población trabajadora inmigrante para la potenciación de la contratación en sus países de nacimiento y el establecimiento de planes de acompañamiento y de integración sociolaboral (lengua, derechos laborales, regulación colectiva, protección social etc.)

4º) Luchar contra las situaciones de explotación y desigualdad de las personas inmigrantes vinculadas a la irregularidad y al empleo sumergido, así como la promoción de los procedimientos de actuación coordinada entre las distintas Administraciones Públicas, incluida la Inspección de Trabajo, con el objeto de hacer emerger a la superficie el empleo irregular, con la persecución del fraude empresarial y asegurando la protección a los trabajadores que pongan en conocimiento de las instancias judiciales estas situaciones.

5º) Definición de programas de integración social destinados a los inmigrantes en materia de educación, vivienda, servicios sociales, etc...

Bajando al terreno concreto de las distintas Comunidades Autónomas, la materialización de esta directriz 7 se concreta en las siguientes actuaciones:

-Aragón:

- * Ayudas a la contratación de trabajadores en riesgo de exclusión en Empresas de Inserción Laboral.
- * Información, atención especializada y asesoramiento individualizado acorde a inmigrantes.
- * Participación en la iniciativa comunitaria EQUAL potenciando la formación e integración de colectivos desfavorecidos.
- * Ayudas a los empresarios para facilitar el alojamiento de trabajadores temporales e inmigrantes.
- * Convenios con asociaciones de agricultores y cooperativas para la contratación de trabajadores temporales e inmigrantes.
- * Convenios con entidades para la intermediación laboral con personas inmigrantes y sensibilización de las empresas.

- Asturias:

- * Plan de Formación para personas con discapacidad y amenazados de exclusión.

- Canarias:

- * Acciones para la integración de colectivos en riesgo de exclusión del mercado de trabajo.
- * Inserción laboral de inmigrantes.

- Cataluña:

- * Proponer oportunidades de integración a los colectivos con riesgo de exclusión del mercado de trabajo.
- * Subvención global.

- Comunidad Valenciana:

- * Programa de Talleres de Formación e Inserción Laboral.
- * Plan Integral de empleo para personas con riesgo de exclusión social.

- Galicia:

- * Incentivos a la contratación temporal e indefinida de desempleados en riesgo de exclusión social.

- Madrid:

- * Ayudas a empresas de promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social.

- Navarra:

- * Formación e inserción de inmigrantes.

- La Rioja:

*Ayudas a la contratación estable, mínimo de un año, de trabajadores desempleados en riesgo de exclusión social.

Haciendo un repaso al conjunto de medidas específicas dentro del ámbito territorial autonómico, se percibe, de una forma nítida, que Aragón es la Comunidad Autónoma española que más programas y presupuesto regional destina a hacer posible la concreción de la directriz 7 en lo concerniente al colectivo inmigrante.

Por último, en el marco de la Unión Europea conviene hacer una especial mención a la conocida como iniciativa comunitaria EQUAL, que tiene como objetivo la cooperación transnacional para la promoción de una nueva metodología de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de todo tipo existentes en relación con el mercado de trabajo. El objetivo de esta iniciativa, tal y como se contempla en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), de 5 de mayo de 2000, es el de “promover nuevas maneras de combatir todas las formas de discriminación y desigualdad en relación con el mercado de trabajo a través de la cooperación transnacional”.

En el campo particular que centra el interés de este trabajo, EQUAL distingue dos propósitos diferentes para enfocar el alcance de la capacidad de inserción profesional:

- a) Hacer posible a través de una serie de instrumentos y herramientas concretas el acceso y la reincorporación al mercado de trabajo de las personas que sufren en mayor medida las trabas y obstáculos para integrarse o reintegrarse en el mercado laboral.
- b) Tomar medidas drásticas y eficaces para luchar contra el racismo y la xenofobia conectados al mercado de trabajo.

3. Ámbito de actuación español en las políticas activas de empleo

Una vez perfiladas las ideas básicas del modelo comunitario que subyace con relación a las políticas activas de empleo, para afrontar una perspectiva adecuada de lo que ocurre en España, conviene no ignorar la configuración múltiple, tanto en los aspectos del diseño como en los de la ejecución, que provienen de la distribución de competencias entre la Administración Central del Estado y las 17 Comunidades Autónomas y las 2 Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla en esta materia, y de la capacidad de las Administraciones locales de adoptar medidas de tipo complementario. Retrotrayendo la atención al tercer punto de este epígrafe,

se veía que la actual y vigente Ley de Empleo tiene como objetivos fundamentales el de la armonización del modelo surgido de la distribución de competencias y garantizar la adecuada cooperación y coordinación entre las diferentes Administraciones y entre los agentes públicos y privados, que se encuentran implicados, para intentar en la medida de lo posible la movilización y optimización de los recursos disponibles al objeto de lograr mayores niveles de eficiencia en las políticas de empleo.

Se puede constatar que la Ley de Empleo ha instaurado un concepto integral de política activa de empleo, diseñada como el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas cuyos objetivos vienen determinados por el desarrollo de programas y medidas dirigidas a la consecución del pleno empleo, además de la calidad del empleo, la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo y la reducción y debida protección de las situaciones de desempleo. Una de las consecuencias evidentes de la amplitud del concepto de política activa de empleo que se recoge en la vigente Ley de Empleo, es la imprescindible regulación de las competencias de cada una de las instituciones y organismos implicados en su diseño y ejecución, pero no ignorando en ninguno de los supuestos posibles a las Administraciones Públicas de carácter local en el desarrollo del conjunto de las políticas activas de empleo. En virtud de todas las circunstancias, es relevante el modelo del Sistema Nacional de Empleo, cuyos ejes esenciales de actuación se centran en un modelo de descentralización territorial y de coordinación funcional, en el que las finalidades se centren en el aumento progresivo de las tasas de intermediación laboral y en asegurar la aplicación de las políticas activas de empleo y de la acción protectora por desempleo, así como la ineludible garantía de la unidad del mercado de trabajo en España, su integración en el mercado único europeo y la libre circulación de los trabajadores.

Especificar que el Sistema Nacional de Empleo está formado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las diferentes Comunidades Autónomas. En el caso del Servicio Público de Empleo Estatal, hablamos de un organismo autónomo de la Administración General del Estado que tiene como fines esenciales la ordenación, desarrollo y seguimiento de la política de empleo. En lo concerniente a los servicios de las Comunidades Autónomas, decir que son los órganos o entidades a los que se encarga, en su correspondiente ámbito territorial, la gestión de la intermediación laboral y de las políticas activas de empleo.

Por último, dejar constancia que a partir del objetivo deseable de dotar de una mayor transparencia al mercado laboral, se establecen unos determinados principios comunes de actuación, tales como los de integración, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información, además de la existencia de un lugar

común en la red telemática que haga posible el conocimiento de las ofertas y demandas de empleo y oportunidades de formación en todo el territorio español.

REFERÊNCIAS

AJA, E. (Coord.). *La nueva regulación de la inmigración en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ARAGÓN BOMBÍN, R. y CHOZAS, J., *La regularización de inmigrantes durante 1991-1992*. Madrid: MTySS, 1993.

BAYLO, A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991.

_____. "Institucionalización sindical y prácticas neocorporativas. El caso español 1977-1987", en *Revista de Trabajo*, Madrid, n. 91, p. 9-21, julio-septiembre, 1988.

BILBAO, A.; PRIETO, C., «Políticas empresariales de mano de obra en el sur metropolitano», en *Economía y Sociedad*, Madrid, n. 3, p. 141-143, 1990.

CAPEL, Horacio. Los inmigrantes en la ciudad. Crecimiento económico, innovación y conflicto social. Publicado también en DELGADO, M. (Ed.). *Debat de Barcelona. Ciutat i immigració*. Barcelona: Centre de Cultura Contemporànea, 1997, p. 83-112. Publicado también en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, n. 3, 1 de mayo de 1997.

CASAS, M. E.; ESCUDERO, A., «Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales», en *Revista española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 17, p. 51-92, 1984.

CASTILLO MENDOZA, C. A. "Control y organización capitalista del trabajo. El Estado de la cuestión", en *Sociología del Trabajo*, Madrid, n. 9, p. 117-139, 1990.

CENTI, C., "Mercado de trabajo y movilización", en *Sociología del Trabajo* n. 4, p. 43-66, Nueva Época, otoño 1988.

CERÓN RIPOLL, P. *La inmigración dominicana en Madrid* (Tesis doctoral sin publicar), Madrid: Universidad Complutense, 1999.

COLECTIVO IOÉ: *La inmigración extranjera en España*, Grup de Fundacions La Caixa, Madrid, 2000.

COLECTIVO IOÉ, «Rasgos generales y perfil sociodemográfico», en GIMÉNEZ, C. (coord.), *Inmigrantes extranjeros en Madrid*. Madrid: Comunidad de Madrid, 1993, p. 137-419. Tomo I.

COLECTIVO IOÉ, «La inmigración extranjera en España: sus características diferenciales en el contexto europeo», en CONTRERAS, I. (coord.). *Inmigración, racismo e interculturalidad*. Madrid: Talasa, 1994, p. 83-119.

COLECTIVO IOÉ, *Inmigrantes extranjeros en la Sierra Oeste de Madrid*, Mancomunidad de Servicios Sociales Sierra Oeste, San Lorenzo del Escorial, 1994.

COLECTIVO IOÉ, *Discriminación contra trabajadores marroquíes en el acceso al empleo en España*. Ginebra: OIT, 1995.

COLECTIVO IOÉ, *Presencia del Sur. Marroquíes en Cataluña*, Madrid: Fundamentos, 1995.

COLECTIVO IOÉ, *Discursos de los españoles sobre los extranjeros. Paradojas de la alteridad*. Madrid: CIS, 1995 (Colección Opiniones y Actitudes, N° 8).

COLECTIVO IOÉ, “Inmigrantes y mercados de trabajo en España. Planteamiento general y aplicación a un caso concreto: los trabajadores marroquíes en el sector de la construcción en la Comunidad de Madrid”, en Seminario *Inmigración, empleo e integración social*. Santander: Universidad Menéndez Pelayo, julio de 1995.

COLECTIVO IOÉ, *La educación intercultural a prueba: hijos de inmigrantes marroquíes en la escuela*. Granada: CIDE/ Laboratorio Estudios Interculturales Universidad de Granada, 1996.

DÍEZ NICOLÁS, J. *Los españoles y la inmigración*. Madrid: Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, MTAS, 1999.

ESPADA RAMOS, M. L., *¿Europa, ciudad abierta?*. La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Granada: Instituto Municipal de Formación y Empleo, Ayuntamiento de Granada, 1997.

FUNDACIÓN IESA (Toharia, L., García Serrano, C. y Sahún, M^a), *El factor trabajo en la construcción: empleo, demandas y ofertas (1985-1990) y la formación profesional ocupacional en el sector*. Madrid: MOPT, 1991.

GIMÉNEZ, C. (coord.), *Inmigrantes extranjeros en Madrid*. Madrid: Comunidad de Madrid, 1993, Tomo I y II.

IBAÑEZ, Jesús, *Más allá de la sociología*. El Grupo de Discusión: técnica y crítica, Madrid: Siglo XXI, 1979.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta de Población Activa* (varios años).

INSTITUTO SINDICAL DE ESTUDIOS, *Evolución Social en España 1977-1987*, Madrid: Cuadernos I.S.E, n. 2, 1988.

- INSTITUTO SINDICAL DE ESTUDIOS, *Evolución social en España 1993*, Madrid, 1993.
- JURADO GOMEZ, E., *El mercado de trabajo en el sector de la construcción*, Madrid: ANCOP, 1995.
- LÓPEZ DE LERA, D., «Análisis de la estadística sobre población extranjera», en *Serie de Artículos y Ponencias* del Instituto de Demografía del CSIC, Madrid, 1991.
- LORCA, A.; ALONSO, M.; LOZANO, L. A., *Inmigración en las fronteras de la Unión Europea*. Madrid: Encuentro, 1997.
- MIGUÉLEZ, F., «Trabajo y relaciones laborales en la construcción», en *Sociología del Trabajo* n. 9, Madrid, primavera de 1990, p. 35-54.
- MIGUÉLEZ, F.; RECIO, A.; ALÓS, R., *Transformaciones laborales en la industria de la construcción en Cataluña*. Barcelona: U.A.B./CC.OO Catalunya, 1990.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Encuesta de Coyuntura Laboral*, Madrid, 2º trimestre de 1992, 1993.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Anuario de Estadísticas Laborales 1990*, Madrid, 1991.
- MURO, J. y otros, *Análisis de las condiciones de Vida y Trabajo en España*, Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, 1988.
- OKOLSKI, M., “Poland”, Informe para el *SOPEMI 1991* de la OCDE, Varsovia, 1991 (edición interna).
- PALOMEQUE, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid: CEC, 1991.
- PRIETO, C., “Cambios en la gestión de mano de obra: interpretaciones y crítica”, en *Sociología del Trabajo* n. 16, Madrid, 1992.

RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL E DIREITOS HUMANOS

RESERVE OF THE POSSIBLE, MINIMUM EXISTENTIAL AND HUMAN RIGHTS

Fernando Facury SCAFF*

RESUMO

Trata-se de estudo sobre a reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos passando pela análise nas sociedades periféricas, demonstrando que existem limitações no âmbito da receita, e que não se permite a retirada de recursos da sociedade sem respeito a normas constitucionais que se traduzem nos direitos de primeira dimensão vinculados ao Direito Tributário, tais como o Princípio da Reserva Legal Tributária, o da Anterioridade, o da Irretroatividade tributária, entre vários outros. Objetiva demonstrar que o legislador não possui liberdade para realizar gastos sem atender as finalidades constitucionais.

Palavras-chave: Mínimo existencial, utilização de recursos financeiros, respeito as normas constitucionais, direitos humanos.

ABSTRACT

This paper is a study about a principle called “reserve of the possible”, existential minimum and human rights. It will also analyze side societies, showing that there are limitations on the revenue and that withdrawing resources form society is not permitted without respecting constitutional rules. These are the first dimension rights attached to Taxing law, such as the Principles of Legal Tax Reserve, Anteriority, and Non Retroactivity of Tax and so on. We also try to show that the legislator has no right to spend without serving constitutional purposes.

Key-words: existential minimum; financial resources use; constitution respect; human rights.

* Advogado, Professor da Universidade Federal do Pará, Doutor em Direito pela USP.

1. Posição da questão

Dentre várias contribuições teóricas apresentadas por Ricardo Lobo Torres ao aprimoramento e à humanização do Direito Tributário, no Brasil, uma se destaca aos meus olhos: a que vincula os Direitos Humanos à Tributação.

A construção efetuada é extremamente interessante e passa inicialmente pelo conceito de imunidade tributária. Ele deixa de lado aspectos formalistas sobre as imunidades tributárias e avança ao vinculá-las aos direitos humanos. Será *immune* o que for uma expressão dos direitos de liberdade; tudo que extrapolar esse escopo, de exercício de liberdades, não será mais do que uma desoneração elevada ao nível constitucional. Em sua obra *Direitos Humanos e Tributação*¹, arremata essa distinção de maneira lapidar ao dizer que “os juristas de índole positivista é que não encontram dificuldade maior para oferecer a definição pronta e acabada dos direitos fundamentais, até porque reduzem-na aos aspectos periféricos e superficiais, o que acontece também com as imunidades tributárias.”²

Para ele,

[...] a imunidade tributária se expressa como princípio vinculado à idéia de liberdade [...] As imunidades recíprocas, dos templos e das instituições de educação e assistência social consubstanciam princípios vinculados à liberdade individual no federalismo, à liberdade religiosa e às condições de liberdade ínsitas à cidadania fiscal. As imunidades ao tráfego de bens se vinculam ao princípio da liberdade de comércio, da mesma forma que a proibição de tributos confiscatórios está indissolivelmente ligada ao direito de propriedade.³

O Supremo Tribunal Federal não assumiu essa tese humanista, mantendo-se dentro do perfil positivista, pois considera a imunidade como “não-incidência qualificada constitucionalmente, forma de auto-limitação do poder tributário, estendendo-a a qualquer limitação conjuntural desvinculada dos direitos humanos.”⁴ No julgamento da ADI 939, onde se discutia a incidência do IPMF – Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras, surgido no bojo da Emenda Constitucional nº 3, o Supremo Tribunal Federal debateu as duas vertentes, porém, ao final, não firmou posição, pois esse aspecto não foi determinante para o deslinde da questão⁵, o que mantém intacta a orientação doutrinária anterior.

¹ *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. III (Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia)

² Ob. Cit., p. 41

³ Ob. Cit., p. 49

⁴ Ob. Cit., p. 58

⁵ Ob. Cit., p. 63-66

Desta linha é que, segundo Ricardo Lobo Torres, brota o conceito do *mínimo existencial*, o qual se configura como uma espécie de *imunidade fiscal* para todo aquele que se situa *aquém* de um determinado patamar de capacidade contributiva. Segundo o Autor, o “mínimo existencial é composto por um *status negativus libertatis*, um *status positivus libertatis* e um *status positivus socialis*”⁶.

No que se refere ao *status negativus libertatis*, verificam-se as imunidades tributárias, tais como a da cesta básica no que tange ao ICMS e ao IPI; do mínimo existencial familiar, quanto ao IR; da moradia, quanto ao IPTU; quanto à gratuidade para o acesso à justiça na defesa de seus direitos; de imunidade tributária para as instituições assistenciais; do ITR, para as pequenas glebas rurais; de proteção à saúde, no SUS – Sistema Único de Saúde (com críticas em face de sua universalização, pois extrapola o *mínimo existencial*, ao permitir seu uso inclusive pelos economicamente abastados); à educação, através dos sistemas de ensino públicos e gratuitos (com novas críticas à universalidade, pois a gratuidade atinge também aos ricos).

Quanto aos dois demais âmbitos, do *status positivus libertatis* e do *status positivus socialis*, Ricardo Lobo Torres nos remete a outra de suas obras, *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*⁷, quando relata com mais pormenores seu entendimento acerca desses atributos do *mínimo existencial*.

O *status positivus libertatis* pode ser garantido, primeiramente, “pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e dos tributos contraprestacionais, como vimos a propósito da prestação jurisdicional, da educação primária, da saúde pública, etc.”. Outra forma de garantir esse *status* é através de subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas, que muitas vezes se compensam com as imunidades tributárias. Há também a entrega de bens públicos em casos de calamidade pública ou dentro de programas de assistência à população carente, independente de pagamento, que também podem estar inseridos nesse *status*.⁸

Por fim, designa o Autor que se deve entender por *status positivus socialis* “as prestações estatais entregues para a proteção dos direitos econômicos e sociais e para a seguridade social”.⁹ Tal *status* “depende da situação econômica do país e da riqueza nacional, sendo tanto mais abrangente quanto mais rico e menos susceptível a crises seja o Estado, motivo que não tem dimensão originalmente constitucional, sendo objeto da legislação ordinária e da política social e econômica. As prestações positivas para o apoio aos direitos sociais *não são obrigatórias*, posto que derivam

⁶ Ob. Cit., p. 186

⁷ *Revista de Direito Administrativo* nº 177, p. 29-49, jul/set-1989. RJ, Ed. Renovar.

⁸ Ob. Cit, p. 40

⁹ Ob. e loc. cit.

da idéia de justiça; aí está outro aspecto distintivo para o *status positivus libertatis*, que gera a obrigatoriedade da entrega de prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais, constituindo direito público subjetivo do cidadão.”¹⁰

É neste passo que Ricardo Lobo Torres introduz o conceito de “reserva do possível”: “O *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é sob a ‘reserva do possível’, ou na conformidade da autorização orçamentária.”¹¹ “O *status positivus socialis* constitui-se pelas prestações positivas outorgadas pelo Estado, por meio de suas políticas públicas e sociais. Nada tem que ver com o mínimo existencial, ao contrário do que acontece com o *status positivus libertatis*. A entrega de prestações estatais ligadas ao *status positivus socialis* não está protegida pela imunidade, devendo a gratuidade ser prevista pela própria lei concessiva.”¹²

Assim, entende o autor fluminense que o mínimo existencial é composto por duas dimensões, ambas ligadas à *liberdade*: uma *negativa*, que impede o exercício do poder tributário por parte do Estado, em razão da situação econômica da pessoa; e uma *positiva*, que são os serviços públicos dirigidos diretamente à manutenção da liberdade da pessoa. O mínimo existencial gera direito público subjetivo aos seus beneficiários, pelas limitações positivas e negativas à liberdade.

Os direitos sociais, também denominados de direitos fundamentais sociais, não possuem correlação com o mínimo existencial, pois se referem a opções de política econômica de cada Estado, não gerando direito público subjetivo à sua obtenção. Além disso, tais direitos estariam limitados em sua implementação pela chamada “reserva do possível”, que possui raízes orçamentárias.

O presente ensaio visa a discutir esse conceito de “reserva do possível”, sua limitação e aplicabilidade, no sistema jurídico brasileiro, bem como a proximidade necessária dos direitos sociais fundamentais ao mínimo existencial, nos países periféricos.

2. Notas sobre o mínimo existencial (*status positivus libertatis*)

Sabe-se que as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos. E que, a cada desenvolvimento tecnológico, surgem novas necessidades para seu atendimento. Não custa nada lembrar que, em tempos não muito remotos, não havia fotocopiadoras, computadores, telefones celulares, Internet, e todo esse aparato tecnológico que foi criado para facilitar o

¹⁰ Ob. Cit, p. 41

¹¹ Ob. e loc. cit.

¹² *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário* – v. III – Os Direitos Humanos e a Tributação, p. 203-204.

desenvolvimento humano, mas que, na sua esteira, fez surgir outras várias necessidades de novas tecnologias para seu atendimento. Na Internet discada, sentimos a necessidade de criação de uma via de comunicação mais expressa, e daí surgiu a Internet de banda larga; do sistema de telefonia fixa, surgiu a telefonia celular, e, mais recentemente, o sistema de transmissão de voz e imagem via IP, cujo programa Skype é um dos ícones do mercado. E assim sucessivamente, e em vários âmbitos da vida humana.

Ao lado dessas soluções tecnológicas, permanece a premência de solução de outras necessidades humanas, como revelam os Objetivos do Milênio - ODM, que congregam esforços para a solução do problema da fome, em nosso mundo, o que é impensável ainda existir em uma civilização que se pretende avançada e desenvolvida. Portanto, existem, e sempre existiram, necessidades humanas a serem atendidas pelos escassos recursos financeiros disponíveis.

De outra banda, várias dessas necessidades só podem ser atendidas pelo Estado, uma vez que o sistema de mercado é inadequado para atendê-las, o que é reforçado nas sociedades periféricas, como a brasileira. Desse modo, o atendimento de necessidades básicas, como educação, saúde, habitação, saneamento etc. deve ser feito pelo Estado no que tange a quem não tem como adquirir estes bens e serviços no mercado. Afinal, o sistema de mercado atende a quem tem dinheiro para comprar essas mercadorias e serviços, mas é insuficiente para fazê-lo a quem não possui os recursos necessários para tanto. Como o Estado não cria recursos, mas apenas gerencia os que recebem da sociedade, é imperioso que haja uma correlação entre as metas sociais e os recursos que administra, seja através de arrecadação própria, seja de empréstimos obtidos junto ao mercado. “Quem estabelece para o Estado essas metas e o volume de recursos a serem utilizados para seu alcance é a sociedade, através de seu ordenamento jurídico”.

O prêmio Nobel de Economia de 1999, Amartya Sen, em uma obra fundamental para compreender o sistema de liberdades, preleciona que “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer preponderantemente sua condição de agente.”¹³

Para Amartya, “capacidade” é um tipo de liberdade para ter estilos de vida diferentes. Não comer por desejo de fazer jejum ou emagrecer é uma opção de quem pode comer; não comer por falta de alimento não decorre de uma opção da pessoa, mas de falta de capacidade (condições) de fazê-lo.¹⁴

Afinal, diz o Autor,

¹³ *Desenvolvimento como Liberdade*. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 10.

¹⁴ Ob. cit., p. 94

[...] a privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar da morte prematura, morbidez inevitável ou fome involuntária)¹⁵ .

A partir dessa observação, bem como em outras partes de sua obra, pode-se ver que o conceito de liberdade não está vinculado apenas a um sistema econômico de trocas no mercado, mas também à possibilidade de efetivo exercício de liberdades políticas. Demonstra Amartya, que na hipótese de obtenção de resultados econômicos idênticos entre uma economia de mercado competitivo e uma economia centralizada, as pessoas certamente prefeririam viver em uma sociedade que privilegiasse as liberdades públicas¹⁶ .

O Autor destaca a ação democrática entre pessoas que possuem a capacidade para exercer sua liberdade.

A liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla entre [...] as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e [...] o uso de liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes.¹⁷

O mínimo existencial não é uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país. É a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará esse patamar de mínimo existencial. Não são apenas os aspectos econômicos os principais envolvidos.

A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc. “contribui diretamente para a qualidade da vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis de duração e qualidade de vida de toda a população.”¹⁸

¹⁵ Ob. cit., p. 31

¹⁶ Ob. cit., p. 42.

¹⁷ Ob. cit., p. 46.

¹⁸ Ob. cit., p. 170-171.

O *status positivus libertatis* está vinculado à efetividade do exercício das capacidades que podem permitir ao ser humano alcançar o desenvolvimento, sejam estas políticas, civis, econômicas ou culturais.

3.- Pontos de contato entre o mínimo existencial (*status positivus libertatis*) e os direitos fundamentais sociais, nas sociedades periféricas

Robert Alexy, ao expor as razões em favor dos direitos fundamentais sociais apresenta duas teses.

A primeira é que a liberdade jurídica para fazer ou deixar de fazer algo, sem a existência de liberdade fática ou real, carece de qualquer valor.¹⁹ Reproduz Lorenz von Stein, que disse: “A liberdade só é real quando se possui as condições para seu exercício, os bens materiais e espirituais pressupostos de sua autodeterminação.” E ainda transcreve a decisão do Tribunal Constitucional Federal: “o direito de liberdade não teria valor algum sem os pressupostos fáticos para poder fazer uso dele.”²⁰

A segunda é que a liberdade fática de um sem número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material em seu meio, mas depende essencialmente de atividades estatais.²¹

Segue o autor alemão dizendo que, para justificar a vinculação dos direitos sociais com um argumento de liberdade, é necessário fundamentar que a liberdade a qual os direitos fundamentais devem assegurar é a da liberdade *fática*. E prossegue afirmando que, para um indivíduo, tem importância existencial não viver abaixo de um nível de existência mínimo, não estar condenado a um permanente desemprego ou a não ficar excluído da vida social de sua época. Se o objetivo dos direitos fundamentais é que a pessoa humana se desenvolva livremente, eles também apontam para as liberdades *fáticas*, a fim de assegurar também os pressupostos do uso das liberdades *jurídicas*.²²

Verificam-se, portanto, vários pontos de contato entre os conceitos de *mínimo existencial* e de *direitos fundamentais sociais*, em sociedades periféricas como a brasileira, que possui uma enorme desigualdade econômica e social. No Brasil, como em vários países periféricos, as carências sociais e econômicas por parte de grandes parcelas da população e as desigualdades sociais dentro do mesmo país

¹⁹ *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 486.

²⁰ Ob. cit., p. 487

²¹ Ob. e loc. cit.

²² Ob. cit., p. 488, *passim*

atingem níveis alarmantes, fazendo com que seja necessário um esforço ingente para a ultrapassagem desta situação de iniquidade.

Nesse sentido, é imperioso notar que o conceito de mínimo existencial, ancorado no primado da liberdade, deve possuir maior amplitude naqueles países que se encontram na periferia do capitalismo. Afinal, só pode exercer com plenitude a liberdade, mesmo no âmbito do mínimo existencial, “quem possui capacidade para exercê-la. E para que seja possível esse exercício de liberdade jurídica é necessário assegurar a liberdade real” (Alexy), “ou a possibilidade de exercer suas capacidades” (Amartya), através dos direitos fundamentais sociais.

Desse modo, e paradoxalmente, verifica-se que “quanto mais desigual economicamente for a sociedade, maior a necessidade de assegurar os direitos fundamentais sociais àqueles que não conseguem exercer suas capacidades (ou liberdades reais), a fim de lhes assegurar o direito de exercer suas liberdades jurídicas. Para assegurar o “mínimo existencial” no âmbito positivo (status positivus libertatis), é imperioso garantir o status de direito fundamental aos direitos sociais. Sem isso, os direitos fundamentais serão letra morta, pois se configurarão em liberdades jurídicas, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade. Grande parte da população será parcialmente excluída da comunidade jurídica, pois não poderá exercer seus direitos, mas será compelida a cumprir seus deveres para com o Estado e as demais parcelas da sociedade”.

4. Limites à teoria da “reserva do possível”

Ensina Andreas Krell que o conceito de “reserva do possível” é oriundo do direito alemão, fruto de uma decisão da Corte Constitucional daquele país, em que ficou assente que “a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos.”²³ Nesse sentido, a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões políticas, por meio da composição dos orçamentos públicos.

A decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão menciona que esses direitos a prestações positivas do Estado (os direitos fundamentais sociais) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.” A decisão recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas, nas universidades públicas, para atender a todos os candidatos.²⁴

²³ *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52.

²⁴ Ob. e loc. cit.

Daí a afirmativa de vários autores brasileiros, no sentido de que não cabe aos juízes a análise de direitos fundamentais sociais, por se tratarem de algo que depende de disponibilidade orçamentária, logo, de uma matéria de interesse público cujo alcance não cabe ao Poder Judiciário, mas apenas ao Legislativo e ao Executivo.²⁵

Andreas Krell segue, em sua obra seminal, criticando os adeptos da teoria e demonstrando razões de ordem política para sua não-observância. Porém, fica a questão: quando e em que situações é ou não pertinente o uso da “reserva do possível” pelo Estado, para fugir de suas responsabilidades sociais?

A Constituição Brasileira estabeleceu vários objetivos a serem alcançados, o que pode ser vislumbrado no art. 3º:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses *objetivos* devem ser perseguidos pelos governos que se sucederem no comando do Estado. Toda a estrutura de Estado deve servir à obtenção desses desígnios. Daí que todo o sistema de *planejamento* que a Constituição de 1988 estabeleceu para o desenvolvimento nacional deve estar voltado para a consecução desses objetivos.

No âmbito orçamentário, fundamental para que o Estado demonstre a origem das receitas (oriundas de seu patrimônio, de imposições fiscais e de empréstimos) e o destino das despesas e investimentos, foi estabelecido um sistema de planejamento constituído por um conjunto de três leis que se sucedem e se completam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Todos os Planos e Programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição, deverão ser elaborados em consonância com o plano plurianual (art. 165, §4º, CF), e a LDO deverá estar sempre em consonância com o PPA (art. 166, §4º, CF).

Essas normas possuem necessária e obrigatória pertinência com as normas-objetivo²⁶, traçadas no art. 3º, bem como com outras, espalhadas no texto constitucional.

²⁵ Para os autores brasileiros que seguem esse perfil, ver a obra de Andreas Krell, cit., nota de rodapé 115, na p. 52 e referências na mesma página.

²⁶ Para o conceito de normas-objetivo, ver Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

Por outras palavras, não há total e completa Liberdade (de conformação) do Legislador para incluir nesse sistema de planejamento o que bem entender. O legislador, e muito menos o administrador, não possuem discricionariedade²⁷ ampla para dispor dos recursos como bem entenderem. Existem vários tipos de limites a essa Liberdade do Legislador para utilizar os recursos públicos. Ela é *conformada* pela Supremacia da Constituição.

Existem limitações no âmbito da *receita*, pois não se permite a retirada de recursos da sociedade sem respeito a normas constitucionais que se traduzem nos direitos de 1ª. dimensão vinculados ao direito tributário, tais como o Princípio da Reserva Legal Tributária, o da Anterioridade, o da Irretroatividade Tributária, entre vários outros.

Existem também limitações no âmbito da *despesa*, impedindo que o gasto público aconteça ao bel prazer dos legisladores. Esses limites podem ser *formais*, tais como o Princípio da Não-Afetação (que estabelece algumas vinculações de receitas a despesas; art. 167, IV, CF), limitações aos gastos com pessoal (art. 169, CF), obrigatoriedade de gastos com educação (art. 212, CF) e com saúde (art. 198, §§ 2º e 3º, CF), entre outros.

Ocorre que as limitações aos gastos públicos também podem ser *materiais*, por que o uso de recursos públicos deve se dar de forma a permitir que os objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição sejam alcançados. Para tanto, “é imprescindível que sejam realizados gastos públicos em direitos fundamentais sociais, a fim de permitir que as pessoas possam exercer sua liberdade jurídica obtendo condições de exercer sua liberdade real” (Alexy). Logo, os gastos públicos não permitem que o legislador, e muito menos o administrador, realizem gastos de acordo com sua livre consciências, de forma desvinculada aos objetivos impostos pela Carta, especialmente em seu art. 3º.

Uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal bem demonstra essa vinculação entre objetivos propostos pela Carta e a obrigatoriedade de realização de despesas adstritas àquela finalidade. Nela, a discussão se dava em torno da vinculação dos recursos arrecadados pela União sob a rubrica da CIDE-Petróleo, cujo dispêndio deveria se dar para as finalidades especificadas no próprio texto constitucional.²⁸ Ocorre que o ano de 2002 findou sem que a totalidade dos recursos arrecadados com a CIDE fosse gasto, e a Lei Orçamentária Anual para 2003 previa a possibilidade de que esses recursos fossem remanejados para serem

²⁷ Um dos trabalhos que melhor analisa a questão da discricionariedade administrativa é o de Andreas Krell, *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: O controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais*. Um Estudo Comparativo. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2004.

²⁸ CF, art. 177: II - os recursos arrecadados serão destinados: a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

gastos em finalidades distintas daquelas estabelecidas de forma vinculativa, no texto constitucional, diretamente para a arrecadação com a CIDE. O Supremo Tribunal Federal decidiu ser isto inconstitucional. O voto do Ministro Carlos Mário bem espelha o teor do pronunciamento do Tribunal: “A Constituição estabelece a destinação do produto da arrecadação da CIDE. Estamos todos de acordo em que a destinação dessa contribuição não pode ser desviada porque não há como escapar do comando constitucional, art. 177, §4º, II. Mas o que ouvi dos debates e das manifestações dos advogados é que o desvio está ocorrendo. [...] Evidentemente que não estou mandando o Governo gastar. A realização de despesas depende de políticas públicas. O que digo é que o Governo não pode gastar o produto da arrecadação da CIDE fora do que estabelece a Constituição Federal, art. 177, §4º, II.”²⁹

Esse posicionamento do STF é novo e deve ser saudado como um passo adiante no reconhecimento de limites à liberdade de conformação do legislador. Até esse julgamento, a posição do STF era de não reconhecer o direito ao controle concentrado de constitucionalidade, o que inviabilizava o debate, pois a discussão desse tipo de matéria através de controle difuso é um exercício impossível³⁰.

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática que determinou o arquivamento da Medida Cautelar na ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 por perda superveniente de objeto, procede a diversas considerações acerca da Reserva do Possível, conforme pode ser visto desde a ementa:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da Liberdade de Conformação do Legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘Reserva do Possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).³¹

²⁹ Voto do Ministro Carlos Mário na ADI 2925, cuja ementa não reflete a riqueza dos debates ocorridos.

³⁰ Para conferir a posição anterior do STF, ver, por todos, a ADI 1640-7, cujo Relator foi o Ministro Sydney Sanches, na qual se debatia a vinculação da CPMF aos gastos com saúde.

³¹ *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, maio 2004. Disponível em: www.interessepublico.com.br Acesso em 13-07-2005.

O que se debatia nessa ADPF era o veto presidencial a um artigo da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2003 (Lei 10.707/03), que afastava a imposição constitucional que estabelece percentuais mínimos para aplicação de verbas públicas em gastos com o sistema de saúde. A perda de objeto se deu em razão de que, após a propositura da ADPF, o Poder Executivo voltou atrás e enviou um Projeto de Lei, o qual foi transformado na Lei 10.777/03, que reproduziu o preceito vetado, fazendo com que a disposição constitucional fosse mantida íntegra, quanto aos patamares de vinculação de receita destinada à saúde.

Na análise efetuada, o Ministro Celso de Mello explicitou que “a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” E, no mesmo sentido do que se encontra exposto neste trabalho, mas com adequado arrimo em Ana Paula de Barcellos³² e em Andreas Krell³³, assevera:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, recebam a investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a atuação do Poder Executivo.

Situação semelhante à que acima está descrita, porém que ainda não foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, diz respeito à Desvinculação de Receitas da União – DRU, que há vários anos vem afastando das vinculações constitucionais 20% de toda a arrecadação tributária brasileira. Trata-se de mais uma violação ao princípio da Supremacia da Constituição, corolário necessário das limitações à Liberdade de Conformação do Legislador, e do Administrador público.

Por já ter tratado deste tema em outra obra, remeto o leitor interessado para aquela publicação³⁴, não podendo deixar de fazer referência à similitude de situações encontradas com as decisões acima expostas: da CIDE (ADI 2925), do veto à vinculação de receita às ações de saúde (ADPF 45) e da CPMF (ADI 1640, cuja decisão foi díspar, mas é anterior às demais).

O caso da CIDE acima relatado nos permite bem delinear os limites da liberdade de conformação do legislador, e, a partir daí, os limites da “reserva do possível”.

³² *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. RJ; Renovar, 2002.

³³ *Direitos Sociais ...*, acima citado.

³⁴ *Justiça Constitucional e Tributação*. Fernando Facury Scaff e Antonio G. Moreira Maués. SP: Dialética, 2005.

Estabeleceu o STF que o Governo (leia-se, o Poder Executivo) poderia gastar os recursos arrecadados com a CIDE apenas nas finalidades constitucionalmente estabelecidas no art. 177, §4º, II, quais sejam:

- a) pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;
- b) financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;
- c) financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

O legislador *não* possui liberdade para realizar gastos em outras finalidades que não sejam estas; mas *possui* liberdade de escolher *onde, quando e de que forma* realizará estes gastos. Apenas a título de exemplo, observemos que no item “b” podem ser financiados projetos ambientais com vários perfis. Pode-se privilegiar a questão da economia ambiental, ou aspectos do estudo jurídico-ambiental, ou ainda incentivar análises geológicas e/ou vários outros aspectos. Os projetos podem ser propostos por universidades ou institutos de pesquisa, podem congregiar grupos emergentes ou consolidados, nacionais ou estrangeiros etc. Enfim, há uma multiplicidade de aspectos que devem ser valorados e sobre os quais o legislador tem liberdade. O que ele não pode é fugir do escopo constitucional que vinculou as receitas com esse tipo de tributo à finalidade do dispêndio.

Tal tipo de limitação não existe apenas no que tange à CIDE, mas a toda e qualquer despesa pública, jungido que está o legislador aos objetivos previstos no art. 3º da Carta de 1988, dentre outras normas-objetivo espalhadas pelo texto, fruto da teoria da Supremacia da Constituição, que já foi acatada inclusive por nosso Supremo Tribunal Federal, na ADI 2010-MC, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello:

“RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A

defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política.”

Como exposto, a liberdade de conformação do legislador não é tão ampla como se pensa, pois vinculada à Supremacia da Constituição, e a teoria da “reserva do possível” está ligada a esses limites.

“Como os direitos fundamentais sociais são, por definição, direitos a prestações, não é razoável que se aloquem todos os recursos públicos disponíveis para sua implementação. Mas é imprescindível que sejam disponibilizados recursos públicos bastantes e suficientes, de forma proporcional aos problemas encontrados e de forma progressiva no tempo, de modo a que as deficiências para o exercício das liberdades jurídicas seja sanado através do pleno exercício das liberdades reais” (Robert Alexy), ou, por outras palavras, “para o exercício pleno das capacidades de cada indivíduo ou coletividade de indivíduos” (Amartya Sen).

“A teoria da Reserva do Possível somente poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados³⁵, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível.

Observe-se que esse procedimento acarretará a necessidade de implementação de políticas públicas diversas em distintos lugares e para diferentes populações, uma vez que os problemas são distintos e peculiares a cada grupo de pessoas³⁶.

Duas últimas observações devem ser ainda efetuadas.

Deve-se notar que este tipo de análise permite que diferentes opções políticas sejam implementadas, visando a alcançar os objetivos constitucionalmente estabelecidos. Certamente, partidos políticos com espectro mais à esquerda optarão por intensificar políticas públicas que privilegiem a igualdade, enquanto os partidos mais à direita

³⁵ A necessidade de ponderação de valores na aplicação dos direitos fundamentais sociais é preconizada por Ingo Sarlet, contudo, sem a análise financeira aqui referida (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 265).

³⁶ Amartya Sen aponta as diferenças de análise entre a China, com desrespeito aos direitos civis e políticos, e a Índia, com desrespeito aos direitos econômicos. Ob. cit., p. 152-3.

implementarão essas políticas com um perfil mais voltado para o mercado. Esse fato, por si só, não acarretará nenhuma violação constitucional, desde que comprovado que os desideratos prescritos na Carta de 1988 estejam sendo perseguidos de forma ampla, democrática e transparente. A singela argumentação não deve ser suficiente para comprovar o alegado, sendo necessária a comprovação de que os meios utilizados são aptos a conseguir os fins estabelecidos. O sistema de planejamento instituído pela Constituição de 1988 permite a comprovação disso, especialmente o subsistema de planejamento orçamentário acima descrito, que obriga a compatibilização do Plano Plurianual com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

Outro aspecto a ser destacado é que esse procedimento nada tem a ver com o candente debate hoje existente, no Brasil, acerca da *judicialização da política*, através do qual se alega estar o Judiciário praticando uma espécie de *ativismo* em prol dos mais necessitados. No Brasil, o que se pede é apenas a aplicação da lei, em consonância com a Constituição. Existem países em que da sua Constituição é necessário extrair as diretrizes normativas oriundas de lacônicos Princípios por um delicado, custoso e árduo processo exegético. Não é o caso brasileiro. O caráter analítico de nossa Carta permite que apenas com sua implementação seja possível alcançar um maior grau de Justiça Social, sem que os juízes sejam acusados de fazer *ativismo judicial*, o que, em outras plagas, é um imperativo ético. “Aqui o singelo ato de aplicar a Constituição - o que não é habitual - é um imperativo ético de Justiça”.

Conclusão

Como acima exposto, nos países periféricos onde a situação sócio-econômica acarreta amplas desigualdades sociais, com déficits de condição econômica para grande parte da população, há de haver uma estreita vinculação entre a teoria do mínimo existencial (*status positivus libertatis*) e os direitos fundamentais sociais. Esse fator não invalida a tese de Ricardo Lobo Torres, conforme exposta na parte inicial deste trabalho, mas apenas coloca diferenciais de sua aplicabilidade e enfoque para países que se encontram na periferia do capitalismo, como o Brasil.

A aplicação dos direitos fundamentais sociais decorre da necessidade de dotar essa parcela da população excluída dos patamares mínimos de condições para o exercício de suas capacidades (Amartya Sen), ou, por outras palavras, de condições para realizar a liberdade *real*, a fim de poder gozar da liberdade *jurídica* (Robert Alexy). Sem tais condições reais (fáticas) para o exercício da liberdade jurídica, esta se tornará letra morta.

A teoria da Reserva do Possível é condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, porém os legisladores não possuem ampla Liberdade de Conformação, pois estão vinculados ao Princípio da Supremacia Constitucional, devendo implementar os objetivos estabelecidos na Constituição de 1988, que se

encontram no art. 3º., dentre outras normas-objetivo. “Essa teoria somente pode ser argüida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população que não puder exercer sua liberdade jurídica, e de modo progressivo no tempo, em face de não conseguir a liberdade real necessária para tanto” (Roberto Alexy), ou “não puder exercer suas capacidades para exercer tais liberdades” (Amartya Sen).

Tal procedimento não implica judicialização da política ou ativismo judicial, pois se trata apenas de aplicação da Constituição brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

KRELL, Andréas. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais. Um Estudo Comparativo*. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2004.

REVISTA INTERESSE PÚBLICO. Porto Alegre: Notadez, maio, 2004. Disponível em: www.interessepublico.com.br. Acesso em 13-07-2005.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCAFF, Fernando Facury e Antonio G. Moreira Maués. *Justiça Constitucional e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, nº 177, p. 29-49, jul/set-1989.

_____. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. III (Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia).

A IMPORTÂNCIA DO ESTATUTO DA CIDADE NO DESENVOLVIMENTO SÓCIO-ECONÔMICO DO ESTADO BRASILEIRO

THE IMPORTANCE OF CITY RULES IN THE SOCIAL ECONOMICAL DEVELOPMENT OF BRAZIL

Evandro Silva BARROS*
Ruy de Jesus Marçal CARNEIRO**

RESUMO

O desenvolvimento das cidades é o grande desafio pós-moderno, sobretudo na realização dos interesses coletivos, tendo em vista que o ambiente urbano é o nascedouro da sociedade organizada. Essa preocupação deu ensejo ao advento do Estatuto da Cidade, em 2001, em que o legislador infraconstitucional procurou instrumentalizar o citado desenvolvimento, com supedâneo na Constituição Federal de 1988. Contudo, recai sobre o Estatuto da Cidade uma interpretação distorcida de sua abrangência e finalidade, reduzindo-o a um mero instrumento de regulação do “uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo”. Essa interpretação restrita macula sua principal característica, que é ser um mecanismo propulsor do desenvolvimento nacional e global, a partir do ambiente urbano.

Palavras-chave: cidade, desenvolvimento, planejamento.

ABSTRACT

The development of the cities is the greatest post-modern challenge, especially in the accomplishment of the collective interests, because the urban environment is the birth place of an organized society. This concern brought up the advent of

* Mestrando do Programa de Mestrado em Direito na UNIMAR – Marília/SP. Advogado. Coordenador do Curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco - *Campus* São Gabriel. Professor da Universidade Católica Dom Bosco/UCDB.

** Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP e Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR – Marília/SP.

City Rule (Estatuto da Cidade) in 2001, in which the infra-constitutional legislator tried to tool that development, based on the 1988 Federal Constitution. However, the City Rule distorted interpretation of its sense and purpose, reduces it to a mere instrument of regulation of the “use of the urban property in favor of the collective good”. This restricted interpretation, stains its main characteristic that is to be a propeller mechanism of the national and global development, from the urban environment.

Key words: city; development; planning.

A necessidade de políticas públicas no cotidiano das pessoas é marcante desde os mais remotos tempos, ganhando relevância a partir do processo de globalização que se acentuou em todo o mundo.

Esse processo passou a exigir uma atuação positiva do Estado¹ no cumprimento da função legislativa atinente ao desenvolvimento urbano, a fim de se realizar um desenvolvimento equilibrado, com respeito ao ser humano.

Miguel Reale, valendo-se de sua experiência e de seu infundável conhecimento jurídico, delineou essa circunstância, ao apontar que “é a própria expansão da globalidade que vem justificar a presença atuante dos Estados nacionais”, numa clara alusão de que “não são apenas questões econômicas e financeiras que estão em jogo no processo de globalização, como o demonstram todas as medidas reclamadas para salvaguarda do alto valor do meio ambiente”².

As considerações acima coadunam-se com os princípios que norteiam a República Federativa do Brasil, em especial, o de valorização do ambiente urbano, por meio de políticas públicas, ante a sua considerável influência sobre o desenvolvimento sócio-econômico, como, aliás, indicam vários dos artigos da Constituição Federal.

O fato urbanístico, enquanto influenciador do desenvolvimento sócio-econômico, impõe a necessidade de exata compreensão do processo de surgimento das cidades, assim como do urbanismo e dos instrumentos legais aptos à sua efetivação.

A análise histórica das cidades antigas, medievais, contemporâneas e modernas, desde que o homem se agrupou em cavernas, esconderijos, acampamentos, aldeias e povoados, até o momento em que, de maneira efetiva, se formaram os centros urbanos, facilitará a compreensão dos fatores desenvolvimentistas, e ainda as conseqüências deixadas em cada um dos períodos.

¹ O Estado, nesse aspecto deve ser compreendido como instituição política.

² REALE, Miguel. *A realidade do Estado Nacional*, p. 2-3, fev. 2006. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ren.htm>. Acesso em 14-04-2006

A relevância da cidade é perceptível nas lições de filósofos, como Platão, que a considerava o lugar onde os homens possuem vida em comum e ali realizam os seus objetivos de vida. Sem dúvida, as cidades sempre tiveram um papel importante para o homem, fato que as transformou em um importante empreendimento da civilização.

Segundo a História, nas cidades antigas, o processo evolutivo está atrelado à organização social dos povos, motivado pela comunicação que se instaurou entre eles, como reflexo da evolução dos transportes.

Os juristas espanhóis Ricardo Santos Diez e Julio Castelao Rodríguez enfatizam esse processo, apontando que:

La ciudad, gracias al transporte, primero a través de las grandes vías fluviales –a Babilônia iban los comerciantes por el río, a favor de corriente y volvían por tierra-, después por tierra con animales y con la invención de la rueda, accede al poder sobre hombres y recursos en zonas remotas. Hasta tal punto era vital para la ciudad el transporte, que las grandes urbes para asegurar sus «líneas de vida» no tienen inconveniente en emprender guerras con otras pequeñas ciudades que puedan cortar estas vías. Tiende a extender sus fronteras. Se explica así el camino político del centro urbano hacia el império.³

Não se pode esquecer que, as cidades antigas, antes de servirem para a comunicação e comércio entre os povos, tiveram por finalidade a salvaguarda das vidas destes, tanto que, para atender a essa necessidade, impuseram limites urbanos, provocando a renúncia desses homens à liberdade, até então, desfrutada no campo.

A segurança propiciada pela organização comunitária estendeu-se até o século III d.C., quando se iniciaram as invasões bárbaras no Império Romano, que levaram ao maciço êxodo urbano.

Entre os séculos X e XII, ressurgiram os núcleos urbanos medievais, isentos da dependência dos senhores feudais, mas sob influência e proteção do Poder Real.

A aliança entre Monarcas e burgueses, de grande importância na luta contra os senhores feudais⁴, deu início à grande expansão urbana européia, apresentando-se

³ DIEZ, Ricardo Santos; RODRÍGUEZ, Julio Castelao. *Derecho Urbanístico: Manual para Jurista y Técnicos*. 4. ed. Madrid: El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, 2000, p. 59.

⁴ HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. Traduzido da 3. ed. por Waltensir Dutra. 21. ed.; rev. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos, 1986, p. 69.

[...] tan espectacular que no tendrá paralelo hasta el proceso de urbanización originado por la revolución industrial. Pode-se dizer que as cidades medievais adquiriram “conciencia de sua propria identidad y – sobre todo – la conciencia de que la estructura organicista, gremial, creadora de «islas» en la ciudad, es capaz de concebir a la ciudad misma como el puente que une y da sentido unitário a dichas «islas» ciudadanas. Es la personalidad de «cada» ciudad⁵

Já a cidade moderna, destoando da antiga e da medieval, destacou-se pela beleza e esplendor, traços marcantes do Renascimento. A evolução das praças e logradouros denunciava essa alteração: eis que, deixando de ser, fundamental e respectivamente locais de comércio e trânsito de pessoas, passaram a servir de centro cívico e tráfego de veículos.

A partir do século XIX, surgiu a cidade contemporânea, cuja característica era a grande concentração urbana, decorrente da Revolução Industrial e do êxodo rural, iniciados na Inglaterra.

O desenvolvimento dessas cidades, motivado por forças externas (fatores exógenos) ou internas (fatores endógenos), promoveu o elevado crescimento demográfico, conduzindo à revitalização e readequação do espaço urbano, em função dos reflexos sócio-econômicos.

É justamente o momento dessa revitalização e readequação que serve como referencial do surgimento do urbanismo.

Todavia, nessa época, o urbanismo era reduzido à concepção simplista de mero embelezamento da cidade, segundo se constata das observações de José Nilo de Castro⁶, em citação a Louis Jacquignon, ao salientar que o urbanismo constituía-se na arte de readaptar as cidades para o bem-estar humano e a preservação do meio ambiente em que vive.

Em verdade, nesse momento histórico, o urbanismo⁷ servia de instrumento de modificação interior – da estética e da salubridade – das cidades, do desenvolvimento quantitativo, voltado à realização de uma melhor distribuição da população, industrial e residencial, ou seja, focava-se aí apenas a questão da quantidade.

Essa concepção não retratava a relevância do desenvolvimento urbano racional, que pressupõe a figura da qualidade.

⁵ DIEZ, Ricardo Santos; RODRÍGUEZ, Julio Castelao. Op. cit. p. 61-62

⁶ CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 4. ed., rev. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 292.

⁷ A concepção do urbanismo estava centrada, nesse período da história, na idéia de que se tratava apenas de uma teoria e ciência da construção, melhoramento e embelezando da cidade.

O urbanismo quantitativo, cujo objetivo era corrigir e ordenar a cidade, cedeu lugar ao urbanismo qualitativo, pautado na “planificación u ordenación anticipada de las estructuras demográficas, sociales y econômicas de una ciudad territorial”⁸.

Em 1933, com o advento da Carta de Atenas, aprovada pelo Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (CIAM), reforçou-se esse entendimento qualitativo, em especial, ao apontar que o objetivo do urbanismo necessitava ser ampliado, a fim de ordenar a vida urbana e propiciar melhores condições de vida.

É bem verdade que os seguidores do urbanismo da Carta de Atenas, denominado funcionalista, acreditavam ter descoberto um formato definitivo para as cidades, severamente criticado, mas que veio somar no resgate do amor ao ambiente urbano, como ocorrido na Idade Medieval⁹.

Toda essa evolução deu ensejo ao estudo da cidade e da questão urbana de forma sistematizada, multi e interdisciplinar, com a finalidade de promover o desenvolvimento racional e humano, através de medidas técnicas, administrativas, econômicas e sociais, característica do urbanismo moderno.

Anhaia Mello, citado por Hely Lopes Meirelles¹⁰, grande expoente no processo de sistematização do urbanismo brasileiro, aponta que o

[...] urbanismo tem aspectos artísticos, científicos e filosóficos, porque é fundamentalmente uma Arte – criação de sínteses novas; uma Ciência – que estuda metódicamente os fatos; e uma Filosofia – com a sua escala própria, preservando, impondo e exigindo a precedência de valores humanos e espirituais em face dos mecânicos e imobiliários.

Ruy de Jesus Marçal Carneiro complementa essa concepção, ao salientar que:

[...] a importância da figura do urbanismo vai além do entendimento que se lhe dava em passado recente. Já está assente que a cidade cumpre uma função social, a qual se volta, primordialmente, para o bem-comum de forma abrangente, posto que ela, como já dito anteriormente, deve proporcionar os meios para que o homem exerça coletivamente qualquer das ‘quatro funções essenciais na comunidade’ urbana onde viva; ‘habitação, trabalho, circulação e recreação’¹¹.

⁸ DIEZ, Ricardo Santos; RODRÍGUEZ, Julio Castela. Op. cit. p. 68.

⁹ HUBERMAN, Leo. Op. cit. p. 58.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal*. 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, p.307.

¹¹ CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Organização da Cidade*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 76.

Desse modo, a relevância do urbanismo na vida do homem moderno impôs a sistematização de suas regras, técnicas e instrumentos jurídicos, fazendo surgir o Direito Urbanístico, ramo do Direito Administrativo, voltado a disciplinar, normativa e principiologicamente, o solo urbano e urbanizável.

É incontestável que o âmbito de aplicação e a função do urbanismo, passando ao largo das divergências anteriores, já se encontram definidos **como a busca pelo desenvolvimento das cidades**, segundo lecionam doutrinadores de escol.

Essa observação deixa evidente duas situações: a) o abandono da concepção de urbanismo francês, voltado apenas a tornar bela a cidade – o embelir la ville – , de caráter meramente estético; e b) a assunção do urbanismo inglês, cujo enfoque é o desenvolvimento unificado da sociedade, voltado à humanização, ordenação e harmonização ambiental dos locais de vivência.

Não se pode negar que essa mudança de pensamento possui estreita relação com o desenvolvimento humano, por conta da necessidade de se evitarem as condições de pobreza existentes na Europa no período da Revolução Industrial, conforme descrição de Jean Lojkiné¹².

Indiscutivelmente, o urbanismo atual tem como foco o desenvolvimento do espaço urbano e urbanizável, com conteúdo preciso e de eficácia vinculante à administração pública e ao particular, voltado à melhoria das condições de vida dos habitantes da cidade, pautado no desenvolvimento sócio-econômico equilibrado.

O comprometimento dos administradores públicos e dos cidadãos¹³, na melhoria da qualidade de vida, pela satisfação das funções apontadas por Ruy de Jesus Marçal Carneiro, é aspecto de extrema relevância para o desenvolvimento qualitativo.

Porém, como realizar esse propósito? Como congregiar os interesses públicos e os interesses privados na realização do desenvolvimento urbano? Quais os instrumentos legais a serem utilizados para a consecução desse objetivo?

O primeiro passo é conhecer a cidade, realizando detida análise de sua localização, formação, habitantes, carências, enfim, traçar um perfil local. Exemplificando a análise do perfil de uma cidade, nos remetemos à de Atenas antiga, “esculpida” por Fidias, Platão, Sócrates, Esquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes, como, “com seus monumentais edifícios públicos nas colinas e os

¹² Segundo Jean Lojkiné, no período pós-industrialização, “a coordenação estatal da ocupação e da utilização do solo urbano se teve resultados bem desiguais, também sofreu dificuldades imediatas. Assim, as leis de 1850-1860 sobre a salubridade e a higiene públicas impõem às municipalidades um certo controle das condições de higiene das moradias operárias. As leis sobre a habitação social da Terceira e sobretudo da Quarta República resultaram na construção de centenas de milhares de habitações cujo conforto era incomparavelmente maior do que o das casas de famílias modestas. Poderiam também ser citados os inúmeros trabalhos de viação, de adução de água, de construções escolares, de transportes.... provenientes da política urbana adotada pelo Conseil general de la Seine entre as duas guerras mundiais”. (LOJIKINE, Jean. *O Estado Capitalista e a Questão Urbana*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 191).

¹³ Entenda-se por “cidadãos”, neste trabalho, não os detentores de cidadania política, mas da cidadania “lato sensu”, prevista no Art. 1º, II, da Constituição Federal.

seus amplos espaços livres para reuniões públicas, mas com poucas acomodações para residências particulares, coadunava-se com a preponderância da vida pública”¹⁴.

Apurado o perfil, num segundo momento, passar-se-ia à delimitação de seu planejamento, a fim de se estabelecerem as funções sociais a serem desempenhadas pela cidade, ressaltando-se a necessidade de “elaboração de um plano geral para o desenvolvimento futuro da comunidade e, em seguida, a adoção das medidas indicadas para a efetivação do plano na prática”¹⁵, com o propósito de realizar o “bem-estar dos habitantes da comunidade, concorrendo para criar na mesma um ambiente cada vez melhor, mais saudável, conveniente, eficiente e atraente”¹⁶.

Em termo global, é preciso observar que a adoção de planejamento, voltado ao desenvolvimento futuro da comunidade, não é algo simples de ser realizado, como se percebe das dificuldades enfrentadas na Europa e nos Estados Unidos da América, onde, *v.g.*, foi preciso modificar as concepções objetivas do planejamento, e ainda estabelecer os mecanismos de sua administração.

No Brasil, a situação é ainda mais grave, bastando percorrer as Cartas e Constituições brasileiras, para perceber que estas, exceto a de 1988, não apresentavam instrumentos voltados à realização do desenvolvimento qualitativo.

O constituinte de 1988, consciente dessa falha e da necessidade de adequação das cidades brasileiras ao contexto mundial, repartiu a competência legislativa entre os entes federativos, inserindo, na Constituição Federal, dispositivos que regulam o desenvolvimento urbano-sócio-econômico, *v.g.*, os artigos 21, IX, XX; 23, IX, X; 25, § 3º; 29, XII; 30, VIII; 43; 48, IV; 174; 182, § 1º¹⁷.

A inserção no Texto Constitucional de dispositivos, estabelecendo que a União, o Estado Federado e os Municípios, individual ou conjuntamente, devem efetivar o planejamento de desenvolvimento nacional, regional ou local, de forma a combater as desigualdades sociais e econômicas, e ainda promoverem a melhoria das condições de vida dos cidadãos brasileiros, representa um grande avanço, sobretudo no estímulo à adoção de políticas públicas desenvolvimentistas.

O *caput* do Art. 182 da Constituição Federal, *v.g.*, apresentou disposições inovadoras em relação à política de desenvolvimento urbano, ao estabelecer que:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em

¹⁴ MENHINICK, Howard K. et al. *Planejamento Urbano*. Tradução de Maria de Lourdes Lima Modiano e Hilton J. Gadret. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1965, p. 4.

¹⁵ *Ibidem*. p. 12.

¹⁶ *Ibidem*. p. 12.

¹⁷ A inserção desses dispositivos reafirma o que já foi salientado sobre o poder-dever do Estado, enquanto instituição política, no cumprimento de sua função legislativa sobre normas urbanísticas e de desenvolvimento.

lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes.

A satisfação dos objetivos de ordenação do desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar dos seus habitantes será, segundo o § 1º, do artigo supracitado, efetivada pelo “plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes”, razão pela qual é considerado “instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”.

O constituinte brasileiro, no dizer de Diógenes Gasparini¹⁸, ao enquadrar o plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, apenas descreveu o regime jurídico e delineou a sua finalidade.

A regulamentação e a fixação das diretrizes gerais do plano diretor sobrevieram com o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001), que estabelece as “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.

Logo, é preciso observar que as disposições do parágrafo único do Art. 1º do Estatuto da Cidade não retratam suficientemente a importância desse regramento legal, tendo em vista que seus objetivos possuem similitude com os “Princípios Gerais da Atividade Econômica”, estatuídos no Art. 170 da Constituição Federal.

A percepção da magnitude do Estatuto da Cidade pode ser extraída das diretrizes gerais para a política urbana, descritas no seu Art. 2º, uma vez que trata do atendimento aos interesses nacionais.

Comparando-se, *v.g.*, o Art. 6º da Constituição Federal e o Art. 2º, I, da legislação infraconstitucional citada, percebe-se o que se afirma, isto porque as diretrizes gerais a serem observadas na efetivação do objetivo da política pública urbana não vão além do que estabelece o Capítulo II, do Título I, do Texto Constitucional, ao declinar os Direitos Sociais de interesse de toda a coletividade.

A despeito da nomenclatura, o Estatuto da Cidade, não concentra, apenas, normas de ordem pública e interesse social urbano.

O seu objetivo primeiro, ainda que implícito, é realizar o desenvolvimento nacional, por intermédio da segurança, do bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental. Por isso, secundariamente, e disso não se discorda, se lança a ordenar o espaço urbano.

A confirmação dessa concepção pode ser abstraída, partindo-se do Art. 4º, exatamente, porque ao tratar dos “Instrumentos da Política Urbana”, esse dispositivo indicou como “Instrumentos Gerais” a serem utilizados para os fins

¹⁸ GASPARINI, Diógenes. *Aspectos Jurídicos do Plano Diretor*. p. 1, fev. 2005. Disponível em http://200.198.41.151:8080/tribunal_contas/2005/01/-sumario?next=2. Acesso em 15-04-2006

do Estatuto da Cidade, os seguintes: a) os planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; b) o planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; c) planejamento municipal, em especial; d) institutos tributários e financeiros; e) institutos jurídicos e políticos; e, f) estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo de impacto de vizinhança (EIV).

O legislador infraconstitucional teria, portanto, incorrido em acerto se tivesse apontado que o Estatuto da Cidade estabelece *normas de ordem pública e interesse sócio-econômico nacional e global, através da regulamentação do uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental*. Mas não foi esse o seu entendimento.

Essa circunstância facilitaria aos cidadãos a exata compreensão do plano diretor, instrumento do planejamento municipal, nos termos da letra “a” do inciso III do Art. 4º do Estatuto da Cidade, nos moldes do que ocorreu nos Estados Unidos da América do Norte, que, visando a efetiva implementação do plano, lançou-o como complemento curricular nas escolas, possibilitando uma formação crítica do cidadão desde o seu nascedouro.

A adoção dessas medidas impediria o alheamento, conscientizando o cidadão da necessidade de participar da elaboração, implementação e fiscalização do plano diretor, de forma a atender aos preceitos do inciso XII do Art. 29 da Constituição Federal¹⁹.

Além disso, permitiria a familiarização dos cidadãos com as particularidades do plano, posto que no dizer de Augustin Gordillo²⁰, citando Günther Winkler.

[...] el plan tiene algunas particularidades que le son propias, tanto en su exteriorización formal como en sus funciones; pero ello no obstante, la disección jurídica del plano rompe esa posible unidad de su exteriorización, y muestra que un plan puede ser, según qué aspecto del mismo se considere, tanto una norma como un principio jurídico, un reglamento como un acto administrativo, o puede ser también una simple comunicación sin efecto jurídico directo; en suma, el plan no tiene ninguna jurisdicción específica, propia sólo de él, ni constituye en consecuencia categoría jurídica alguna que quepa agregar a las ya existentes. Lo que significa, por cierto, que sea un *tertium genus*, sino que, en cuanto

¹⁹ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

²⁰ GORDILLO, Augustin. *Introducción al derecho de la planificación*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, v. 20, 1981, p.99-100. Colección Monografías Jurídicas.

institución socioeconômica, tiene manifestaciones que abarcan casi toda la gama de las categorías jurídicas.

A importância do plano diretor enquanto instrumento básico da política pública de desenvolvimento e expansão urbana, segundo dispõe a Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, encontra justificativa, parafraseando Rui Barbosa²¹, no fato de que o homem vive na cidade, porção territorial do Município, logo, requer a conscientização dos cidadãos de que ela (cidade) é o marco inicial do processo de desenvolvimento sócio-econômico nacional.

Conclusão

O desenvolvimento dos Municípios é preeminente desde a antiguidade e o Estatuto da Cidade, importante regramento do Estado brasileiro, tem por escopo principal, ainda que implícito, o desenvolvimento sócio-econômico nacional, a partir do aperfeiçoamento da qualidade de vida do homem, e consoante “Instrumentos Gerais”, já descritos em seu Art. 4º, para a realização da política urbana.

Dessa maneira, considerando-se os aspectos abordados, é de se concluir que o papel decisivo do Estado brasileiro na realização das políticas públicas de desenvolvimento sócio-econômico, voltadas à delimitação da qualidade de vida dos cidadãos, firma-se no fato de que este (Estado brasileiro) somente atingirá os objetivos fundamentais, consignados no Art. 3º da Constituição Federal, se tiver a preocupação de, por intermédio de políticas públicas positivas, “operacionalizar a construção de uma ‘sociedade justa’, de ‘garantir o desenvolvimento nacional’, de ‘erradicar a pobreza’, de ‘promover o bem de todos’ etc.”²², tomando-se como ponto inicial dessa conquista o ambiente urbano, nascedouro da sociedade organizada e objeto de regulamentação do Estatuto da Cidade.

REFERÊNCIAS

ALBI, Fernando. *Derecho Municipal Comparado Del Mundo Hispánico*. Madrid: Aguilar, 1955.

²¹ Rui Barbosa apontava a importância dos Municípios, dizendo que “Não há, senhores, corpo sem células. Não há Estado sem municipalidades. Não pode existir matéria vivente sem vida orgânica. Não se pode imaginar existência de nação, existência de povo constituído, existência de Estado, sem vida Municipal.” (BARBOSA, Rui. *Tribuna Judiciária*. Hábeas-Corpus em Defesa da Autonomia dos Municípios Baianos. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, v. IX, 1958, p. 289/298).

²² CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Organização da Cidade*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 71.

- ANDRADE, Manoel Correia de. *Globalização e Geografia*. Recife: Editora Universitária, 1996.
- BARBOSA, Rui. *Tribuna Judiciária*. Habeas-Corpus em Defesa da Autonomia dos Municípios Baianos. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, v. IX, 1958.
- BRASIL. Constituição (1988). Coleção Saraiva de Legislação. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Organização da Cidade*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. 4. ed., rev. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico*. Curitiba: Juruá, 1999.
- DIEZ, Ricardo Santos; RODRÍGUEZ, Julio Castela. *Derecho Urbanístico - Manual para Jurista y Técnicos*. 4. ed. Madrid: El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, 2000.
- ESTEFANÍA, Joaquim *apud* DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico*. Curitiba: Juruá, 1999.
- FREITAS JR., Antonio Rodríguez de. *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. Os direitos sociais como direitos humanos num cenário de globalização econômica e de integração regional. Coordenação de. Flávia Piovesan. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- GASPARINI, Diógenes. Aspectos Jurídicos do Plano Diretor. p. 1, fev. 2005. Disponível em http://200.198.41.151:8080/tribunal_contas/2005/01/-sumario?next=2. Acesso em 15-04-2006
- GORDILLO, Augustin. *Introduccion al derecho de la planificacion*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1981.
- HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. Traduzido da 3ª edição por Waltensir Dutra. 21. ed.; rev. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos, 1986.
- LOJIKINE, Jean. *O Estado Capitalista e a Questão Urbana*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal*. 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I.
- MENHINICK, Howard K. et. al. *Planejamento Urbano*. Tradução de Maria de Lourdes Lima Modiano e Hilton J. Gadret. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1965.

NOGUEIRA, Alberto. *Viagem ao Direito do Terceiro Milênio*: justiça, globalização, direitos humanos e tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. Coordenação de. Flávia Piovesan. São Paulo: Max Limonad, 2002.

REALE, Miguel. A realidade do Estado Nacional. Fev. 2006. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ren.htm>. Acesso em 14-04-2006.

O TRIBUTO COMO FATOR DE GERAÇÃO DA JUSTIÇA FISCAL E DO BEM-ESTAR SOCIAL

THE HUMAN BEING DIGNITY AND RELATIONS FLEXIBILITY ON LABOR RIGHTS

Luiz Antonio Ramalho ZANOTI*

Maria de Fátima RIBEIRO**

RESUMO

O Estado não se constitui num mero gerenciador de recursos financeiros obtidos junto aos contribuintes, em forma de tributação. A função do Estado, vai muito além disso, pois, se é verdade que, na condição de sujeito ativo, tem o direito de lançar tributos, e os contribuintes o dever de recolhê-los segundo os ditames de leis positivadas, é imprescindível que se diga que tais postulados devem obrigatoriamente obedecer a princípios fundamentais de Direito, para que o ente estatal possa fazer justiça e fortalecer o bem-estar social.

Palavras-chave: Função social do tributo; justiça tributária; capacidade contributiva; desenvolvimento social e político.

ABSTRACT

The progress on globalization can break many customs barriers, many territory limits between States, improve people journeys, service and capital goods. It also inserts a new economical moment characterized by world economy which demands more flexibility on working relationships as a way of maintaining competitive in a situation of deep competition. The labor contracts flexibility thesis becomes the

* Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR, Advogado, Administrador e Economista. Professor na Faculdade Estácio de Sá, de Ourinhos; na FEMA - Fundação Educacional do Município de Assis- e no IEDA - Instituto Educacional de Assis-SP.

** Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília-UNIMAR.

command voice of those who struggle for free economy offered as an alternative of minimizing increased unemployment rates. On the other hand, there are economical, social and cultural rights which have become part of Brazilian Constitution as an intentional way of not allowing human rights going backwards. **Key-words:** flexibility; human being dignity; labor relationships.

1. Introdução

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da organização nacional e passou a se constituir no vértice para o qual convergem todos os direitos individuais e coletivos, proclamados nas constituições democráticas de uma sociedade cada vez mais pluralista. Por analogia, a dignidade da pessoa humana não pode ser aviltada pelo Estado com a imposição tributária que exceda à capacidade contributiva do contribuinte.

Por outro lado, o Estado tem o dever de instituir e cobrar tributos para poder fazer frente às despesas necessárias para a sua manutenção, e também custear as necessidades imediatas e mediatas da população. Quando se tributa, observando-se os princípios gerais do Direito, promove-se a justiça social, porque somente deve contribuir quem tem capacidade contributiva, e na medida de sua capacidade de suportar o ônus tributário. O ideal é que a tributação contribua para otimizar a distribuição de renda da população, inibindo, pelo peso do tributo, a formação de grandes fortunas individuais, permitindo-se, em contrapartida, que uma maioria menos privilegiada possa desfrutar de melhores condições de vida, de forma que uns e outros possam desfrutar do bem-estar social.

Tais garantias protetoras da função social do tributo com relação aos contribuintes são dispostas, inicialmente, no texto constitucional.

O desdobramento da legislação infraconstitucional deverá acolher os direitos do contribuinte, garantidos constitucionalmente, tanto na instituição quanto na arrecadação dos tributos e aplicação da receita tributária.

2. Tributação e Direitos Fundamentais

A Constituição brasileira dispõe sobre os direitos e garantias individuais no artigo 5º, demonstrando que são direitos auto-aplicáveis, constituindo-se em cláusulas pétreas¹. Tais direitos e garantias estão embasadas na soberania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, na livre iniciativa e no pluralismo político, sob o Estado Democrático de Direito (art. 1º - I a V da CF).

¹ O artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal enaltece, entre outros dispositivos, que os direitos e garantias constitucionais não podem ser alterados por Emenda Constitucional.

Atualmente, não se pode negar que o respeito e a promoção dos direitos humanos constituem um padrão de conduta de natureza obrigatória. Dificilmente pode ser encontrado um sistema tributário que seja estatuído, levando em consideração plenamente os direitos humanos.

Mário Paiva² escreve que,

na medida em que a dinâmica da acumulação privada e a mobilidade dos capitais já não são controladas pelo Estado, através da tributação, os direitos humanos, numa visão jurídico-positiva, encontram-se sobrevivendo, em termos formais, aos processos de tributação. Mas não tem mais condições de ser, efetivamente implementados no plano real (se é que o foram, integralmente, um dia). E quando isso efetivamente ocorre, sua aplicação tende a ser seletiva.

Assim, qualquer discriminação injustificável que implique excluir alguém da regra tributária geral ou de um privilégio não odioso, constituirá ofensa aos direitos humanos, posto que desprezará a igualdade assegurada no artigo 5º da Constituição brasileira³.

Da mesma forma, a proibição da utilização do tributo com efeito de confisco, que, ao teor do inciso IV do art. 150 da Carta Política brasileira, é considerado uma limitação constitucional ao poder de tributar.⁴

Com isso, verifica-se que há confisco sempre que houver afronta aos princípios da liberdade de iniciativa, ou de trabalho ou profissão, quando ocorrer absorção, pelo Estado, de valor equivalente ao da propriedade imóvel ou quando o tributo acarretar a impossibilidade de exploração de atividades econômicas.⁵

A razoabilidade da imposição se deve estabelecer em cada caso concreto, segundo as exigências de tempo e lugar, os fins econômicos e sociais de cada tributo.

Nessa trilha, ressalva Villegas que há confisco quando se está “ante exigência tributária que exceda a razoável possibilidade de colaborar para os gastos públicos, isto é, que vão além do que permite a capacidade contributiva do particular afetado.”⁶

² PAIVA, Mario Antonio Lobato de. *Direitos Humanos e Tributação*, disponível em <http://www.geocities.com/eureka/4990/direito/trabalhos/trab9.txt>, acesso em 09/mar/1999.

³ Citado por Mário Antonio Lobato de Paiva, *Direitos Humanos e Tributação*, pesquisado na home page <http://www.jus.com.br/doutrina/dirtrib.html>, em 09.03.1999.

⁴ Escreveu Villegas que há confisco, quando se está ante a exigência tributária que exceda a razoável possibilidade de colaborar para os gastos públicos, isto é, que vão além do que permite a capacidade contributiva do particular afetado. (Hector Villegas, *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 56). Anota Villegas que a Constituição argentina assegura a inviolabilidade da propriedade privada, seu livre uso e disposição e proíbe o confisco (art. 14 e 17). Segundo ele, a Corte Constitucional argentina tem sustentado que os tributos são confiscatórios quando absorvem uma parte bastante substancial da propriedade ou da renda. A dificuldade surge para determinar concretamente o que se deve entender por – parte substancial.

⁵ Barreto, Ayres Fernandino. *Base de Cálculo, Alíquota e Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 108.

⁶ Villegas, Hector. *Curso de Direito Tributário*, trad. Roque Antonio Carrazza, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 89.

Outro ponto que merece relevo é o atendimento ao princípio da capacidade contributiva, disposta no §1º do art. 145, da Constituição Federal, que exige que o imposto seja graduado segundo a capacidade econômica do contribuinte.

Deve ser observado que o legislador deverá graduar a exigência do imposto segundo a capacidade contributiva do contribuinte. Essa norma está dirigida ao legislador, confirmando tal posicionamento, quando destaca que a graduação deverá ser feita com base na lei. Portanto, somente a lei poderá estabelecer essa graduação cujo limite legal se encontra na necessidade de respeitar os direitos individuais previstos no artigo 5º da Constituição Federal brasileira (Direitos e Garantias Individuais).

Toda vez que ocorrer o confisco através da tributação elevada, haverá ofensa aos direitos fundamentais do contribuinte.

Para Villegas, a capacidade contributiva é o limite material quanto ao conteúdo da norma tributária, garantindo sua justiça e razoabilidade. É também um princípio distributivo da carga tributária, integrando ainda a caracterização jurídica do tributo.⁷

A capacidade contributiva é a base fundamental de onde partem as garantias materiais, diretas ou indiretas, que as Constituições outorgam aos particulares, tais como a generalidade, a igualdade, a proporcionalidade e a vedação de confisco.

Destacando o princípio da igualdade como um dos mais importantes princípios fundamentais, como característica do primado dessa igualdade, com referência à posição dos legisladores, tem-se que: “Os poderes que de todos recebe, devem, traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade, se não fosse marcada pela igualdade”.⁸

Dois vetores — os direitos fundamentais do contribuinte e a busca da justiça fiscal — passam a vincular o direito hodierno, no plano nacional e no internacional. No âmbito internacional, pode ser observada a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica - 1969), dispõe sobre os direitos básicos dos contribuintes, entre outros.

Além das disposições constitucionais sobre os Direitos Fundamentais, é importante mencionar alguns destaques da Exposição de Motivos do projeto do *Código de Defesa do Contribuinte*⁹. Com a aprovação do Projeto, o *cidadão-contribuinte* passa a ter uma relação de igualdade jurídica com o Fisco para, mediante co-responsabilidade cívica, tratarem juntos, e com transparência democrática, da origem e da aplicação da arrecadação pública. Os deveres e os direitos são mútuos; nada se presume negativamente contra um ou outro; o quanto se decidir, a favor

⁷ VILLEGAS, Hector. *Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 56.

⁸ Cf. Geraldo Ataliba. *Instituições de Direito Público e República*, 1984, p. 175-176, mono.

⁹ Projeto de Lei Complementar nº 646 de 1999.

de um ou outro, será mediante expressa indicação dos fatos e motivada declinação do direito.

O projeto implica, substancialmente, uma revolução cultural na compreensão da Constituição, para nela se ler o quanto em outras sociedades democráticas, mais sólidas e corajosas no reconhecer e tornar eficazes os direitos da cidadania, já o fizeram há séculos ou décadas.

Enaltece o Projeto que há um fortalecimento dos direitos fundamentais, seja no plano das legislações internas e dos tratados internacionais, seja no campo da reflexão jurídica e da busca da sua justificativa ética. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais do contribuinte passam a ter nova relevância. A Constituição Federal dedica todo um capítulo (art. 150 a 152) às *limitações ao poder de tributar*, que consubstanciam os direitos básicos do cidadão frente ao poder fiscal do Estado, e que se colocam como contraponto tributário do elenco dos direitos e garantias proclamados e assegurados pelo art. 5º. Pretende, assim, tornar eficaz a relação do cidadão-contribuinte com o Fisco, a ordem de valores normatizados no Sistema Constitucional brasileiro e, para tornar substantivamente eficazes, os dispositivos constitucionais sobre a declaração de direitos fundamentais do contribuinte e sobre os princípios de justiça fiscal condicionadores da tributação, põe a sociedade civil em igualdade legal com a administração pública, que deve buscar a consecução dos grandes ideais de justiça social e redistribuição da riqueza, mediante a tributação.

As normas constitucionais, contudo, por sua generalidade e abertura, necessitam de complementação na via legislativa, a fim de harmonizar os direitos humanos e o ordenamento tributário positivo.

Por outro lado, na Proposta do Projeto do Código de Defesa do Contribuinte, reafirma-se a preocupação com a justiça fiscal. Sendo esta, especial emanção da idéia de justiça social, necessita de princípios positivados que a instrumentalizem.¹⁰

Quanto à segurança jurídica, é necessário mencionar o princípio da legalidade tributária, na Constituição Brasileira disposto no artigo 150-I. O princípio da legalidade destaca-se para garantir os demais princípios constitucionais.

Ricardo Lobo Torres escreve que o tributo nasce no espaço aberto pela auto-limitação da liberdade, o que equivale a dizer que vive permanentemente

¹⁰ Nos Estados Unidos, foi aprovada, em 30 de julho de 1996, a Declaração de Direitos do Contribuinte II (*Taxpayer Bill of Rights II*), que alterou o Código de Rendas Internas de 1986 (*Internal Revenue Code*), para fortalecer a proteção aos contribuintes. Na Espanha, publicou-se a Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes -LDGC (nº 1/1998, de 26 de fevereiro), que regula os direitos e garantias básicas dos contribuintes em suas relações com as Administrações tributárias e que, segundo sua Exposição de Motivos, constituiu um marco de inegável transcendência no processo de reforço do princípio da segurança jurídica característico das sociedades democráticas mais avançadas, permitindo, ademais, aprofundar a idéia de equilíbrio das situações jurídicas da Administração tributária e dos contribuintes, com a finalidade de favorecer a estes o melhor cumprimento voluntário das obrigações. Exposição de Motivos do Projeto de Lei sobre o Código de Defesa do Contribuinte.

limitado pela liberdade individual, que lhe é existente. Assevera, também, que as idéias de liberdade e tributo, e, de direitos humanos e poder de tributar, ligam-se essencialmente na mesma equação de valores e se encontram em permanente interação; sendo a legitimidade do poder de tributar, fundada na liberdade absoluta, sendo as imunidades tributárias tão indefiníveis, como os próprios direitos da liberdade, as discriminações fiscais são desigualdades infundadas que prejudicam a liberdade do contribuinte. Qualquer discriminação injustificável que implique excluir alguém da regra tributária geral ou de um privilégio não odioso constituirá ofensa aos direitos humanos, posto que desrespeitará a igualdade assegurada no artigo 5º da Constituição Federal Brasil.¹¹

Assim, estará garantindo a segurança e a justiça tributária, e enaltecendo os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.¹²

O art. 3º da Constituição Federal dispõe que um dos objetivos da República brasileira consiste em construir uma sociedade, livre, justa e solidária. As limitações à indiscriminada instituição e cobrança de tributos estão, em última análise, concentradas na idéia de justiça tributária, sendo esta consequência direta do objetivo fundamental da República de construção de uma sociedade justa.¹³

A necessidade de justiça tributária está presente na quase totalidade das Constituições, sob a forma de um princípio, seja implícito, seja explícito. No direito brasileiro, por mais que se afirme que esse princípio não é explícito, pois entendido como uma consequência do ideal de construção de uma sociedade justa, estaria ele resguardado nas diversas formas através das quais se manifesta, quais sejam a capacidade contributiva, a progressividade, a não-confiscatoriedade, além de outras já mencionadas.

A anterioridade tributária deve refletir um lapso temporal razoável para que o cidadão possa anteciper a forma e os meios com os quais vai contribuir para o custeio coletivo das despesas da sociedade e não apenas para que o governo possa exercer o seu poder arrecadador. É preciso o adequado planejamento à economia do país, para que os cidadãos vivam com segurança e previsibilidade.

¹¹ Citado por Mário Antonio Lobato de Paiva, *Direitos Humanos e Tributação*, pesquisado na home page <http://www.jus.com.br/doutrina/dirtrib.html>, em 09.03.1999,

¹² Nakayama, Juliana N. e Ribeiro, Maria de Fátima, O Impostos sobre o Valor Agregado (IVA) no MERCOSUL e os Direitos Fundamentais, in *Anais das XX Jornadas do IDADT*, ano 2000, Salvador, Temas Direitos Humanos e Tributação, p. 705.

¹³ Rodrigo S. Muzzi escreve: "Para o cidadão, a característica essencial do Estado de Direito está na limitação aos poderes dos governantes, assegurando-se duas ordens de direitos individuais: aqueles que poderíamos chamar de políticos (integridade física, inviolabilidade do lar, direito à opinião, direito ao voto, etc.); e aqueles de conteúdo econômico (direito ao patrimônio, ao exercício de atividades produtivas, à vedação ao confisco, dentre outros). São, portanto, as Constituições, cartas de direitos do cidadão contra o Estado. Permita-me o leitor lembrar que os processos históricos de independência política, quando envolveram ruptura institucional, resultaram, quase sempre, de revolta de natureza tributária. A Reforma Tributária e os Contribuintes", *Disponível em* <http://www.neofito.com.br/front.htm>. Acesso m 12.6.2000.

A incidência de impostos indiretos, existentes no Brasil, tem pesadas conseqüências sobre o preço final dos produtos, sobrecarregando o usuário final. O Brasil destaca-se internacionalmente pela alta carga tributária sobre os contribuintes, incluindo os encargos sociais obrigatórios para as empresas.

Os países, da mesma forma que as empresas, devem competir para produzir o máximo com o custo mínimo. Os impostos são parte importante dos custos de produção e do custo de vida. O sistema tributário da maioria dos países, que penaliza, por exemplo, os aumentos de renda, penalizam ao mesmo tempo os aumentos de produção.

Para a população de maneira geral, não é importante saber se a tributação é direta ou indireta, se recai sobre empresas ou pessoas. O país em que há perda do seu capital (fuga de capitais) e do seu capital humano (emigração de profissionais)¹⁴ apresenta dificuldade em seu desenvolvimento, quanto à qualidade de vida de seus habitantes.

No Estado de Direito, o tributo exigido por meio da relação jurídica, que significa – em virtude de lei – na medida por esta, está prevista e fixada.

O princípio da igualdade jurídica abrange o Direito como um todo. Trata-se de princípio essencial entre os direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira.

Vêm a calhar as orientações passadas por Geraldo Ataliba, quando disserta sobre o tema enfocado, de que não teria sentido que os cidadãos se reunissem em República, erigissem um Estado, outorgassem a si mesmos uma Constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem, seja de modo direto, seja de modo indireto, a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime. *A res publica* é de todos e para todos. Os poderes, que de todos recebe, devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade, se não fosse marcada pela igualdade.¹⁵

De outra parte, há que se ter presente que vive hoje o mundo a *era dos direitos legislados*. A cidadania não se satisfaz mais com meras declarações de direitos - *todo direito é-*. Assim, a Constituição Federal tornou expresso que “ as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, §1º). Longe está o tempo de ter o cidadão seus direitos fundamentais subordinados à discricionariedade do Estado mediante cláusulas de eficácia contida ou não auto-aplicáveis.

As pessoas políticas, enquanto tributam, não podem agir de maneira arbitrária, sem obstáculo algum, diante dos contribuintes. Nas relações com eles, submetem-se a um rígido regime jurídico. Assim, “regem suas condutas de acordo

¹⁴ Alan Reynolds, citado por Cretella Junior, José. *Curso de Direito Tributário Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 12.

¹⁵ Geraldo Ataliba. *Instituições de Direito Público e República*, mono, 1984, p. 175-176.

com as regras que veiculam os direitos fundamentais e que colimam, também, limitar o exercício da competência tributária, subordinando-o à ordem jurídica”.¹⁶

Conforme foi observado, os direitos fundamentais do contribuinte, devem merecer destaque não só no âmbito constitucional ou da legislação ordinária, e sim, a administração tributária deve fazer valer esses direitos, efetivamente em suas ações fiscalizadoras e aplicadoras das regras tributárias.

3. A função tributária do Estado

Tributo constitui-se em uma contribuição pecuniária e compulsória, com amparo em lei, exigida pelo Estado, calculada com base na renda do contribuinte, ou pelo fato de este possuir uma propriedade ou, ainda, a partir de seu consumo de produtos ou serviços, devendo guardar respeito à sua capacidade contributiva, a fim de que o ente estatal reúna recursos financeiros necessários para proporcionar o bem-estar social a todos os que vivem sob aquela jurisdição. O Estado tem natureza eminentemente social e solidária, vez que todas as pessoas que vivem naquela comunidade são niveladas no momento de auferir os benefícios proporcionados pela receita decorrente da arrecadação, pois os recebem, na mesma intensidade, os que contribuíram com maiores quantias, os que contribuíram com menores valores e, igualmente, aqueles declarados por lei como isentos.

O Estado tomou para si a função de pugnar pela prosperidade material e moral das pessoas que vivem sob a sua jurisdição, bem como a responsabilidade de proporcionar-lhes bem-estar social, razão pela qual arrecada o tributo, porque nele vê o seu sustentáculo financeiro para fazer frente às necessidades de investimento e de manutenção das necessidades de uma sociedade organizada e de sua máquina administrativa.

Com efeito, o Estado existe porque tem um aparato político, que lhe dá o respaldo administrativo, uma base econômica que lhe dá sustentação material e fundamentos legais que se constituem no seu ordenamento jurídico. Dessa forma, o comando da economia pertence ao Estado, com respaldo constitucional, todavia poderá desempenhar tal mister com uma atuação política mais social, com maior intervenção na economia, ou mais liberalizante, assumindo a postura de um Estado-mínimo, concedendo, nesse caso, prerrogativas para que os particulares encontrem um denominador comum para os seus conflitos, segundo as leis de mercado. Sidou explica que o dirigismo econômico por parte do Estado sempre se fez presente na história da humanidade:

¹⁶ Carrazza, Roque Antonio. *Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 140.

[...] Nos fragmentos do Código de Hammurabi, vigorante na Babilônia pelo menos vinte e três séculos antes de Cristo; nos regimes faraônicos, e de tal é exemplo a lição bíblica de José para vencer a depressão oniricamente representada pelas vacas magras; em Roma, por efeito das leis Sempronia (133 a.C.), visando a incentivar o retorno aos campos da plebe urbana; nos Estados modernos, inclusive na Norte-América, cuja independência é uma resultante do dirigismo estatal relacionado com os tecidos de lã [...].¹⁷

Para tanto, o Estado deve utilizar o produto da arrecadação do tributo como instrumento para realizar uma justa *distribuição de riquezas* e para promover a *paz social*. Esse objetivo é perpetrado mediante o emprego de uma ação econômica, porém de cunho eminentemente social, vez que tem por escopo compensar as desigualdades sociais, por meio da taxação evolutiva do tributo, visando a inibir o crescimento vertiginoso das riquezas individuais de uma classe minoritária, para que ocorra o fortalecimento econômico de uma grande maioria desfavorecida. O Estado deve empregar a receita originária da arrecadação do tributo para *regular a produção*, como medida econômica para atingir benefícios sociais, para preservar a livre concorrência interna, garantir o direito da livre iniciativa e impedir ataques eminentemente especulativos de economias externas que objetivem, tão somente, debelar a economia interna. O Estado deve, ainda, empregar os recursos arrecadados da receita tributária para agilizar a *circulação econômica*, atuando como agente alavancador da economia em situações pontuais em que se detectam esmorecimentos ou mesmo estagnação dos meios circulantes, concedendo, para tanto, subsídios fiscais ou financeiros, isenções ou até mesmo imunidades tributárias (estas últimas, mediante emendas constitucionais); ou, em sentido oposto, diminuindo o dinheiro em circulação, com objetivo de inibir o consumo das pessoas e, com isso, atingir metas inflacionárias tidas como satisfatórias, estratégia esta empregada pelas equipes econômicas principalmente após a implantação do Plano Real.

4. Justificativas éticas e políticas para a imposição tributária

Deve ser salientado quão arduos são os indivíduos diante de imposições tributárias. A história de todos os tempos, é repleta de manifestações de contrariedade quanto à iniciativa do Estado de efetuar lançamentos de tributos. São até compreensíveis tais protestos, principalmente porque, em termos puramente aritméticos, o pagamento de tributos produz o empobrecimento do

¹⁷ SIDOU, J.M. Othon. *A Natureza Social do Tributo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 8.

contribuinte. Por outro lado, esse mesmo contribuinte nem sempre fica satisfeito com a forma com o que o Estado gerencia os recursos financeiros auferidos. O Brasil, infelizmente, é uma economia de fraca tradição tributária. A sonegação e a evasão não são reprimidas com a mesma intensidade observada em outros países de tradição tributária mais sólida. A sonegação e o planejamento tributário não são considerados atitudes anti-sociais. Pelo contrário, são vistos como atos de saudável oportunismo empresarial.¹⁸

Todavia, há algumas teorias acerca das justificativas éticas e políticas para o lançamento tributário. Há teóricos — dentre os quais Paul Leroy-Beaulieu — que sustentam a tese de que o Estado é um prestador de serviços para a coletividade e que, por isso, precisa ser reembolsado pelas despesas diretas e indiretas que for obrigado a realizar para atingir esse mister. Para Montesquieu e Bodin, o tributo se assemelha a um prêmio de seguro que o contribuinte paga, para o Estado, como contraprestação pela segurança que este oferece às pessoas e à garantia de gozo de seus bens.¹⁹ Laferrière e Waline têm uma visão mais socializante acerca da concepção do tributo, pois defendem a tese de que ele se constitui no “ônus decorrente da solidariedade social que atinge a todos os membros de uma determinada comunidade”, na medida da capacidade contributiva de cada um, ausente a expectativa do contribuinte de receber obrigatoriamente do Estado, como retorno, a mesma proporção de benefício²⁰. Para Ferreiro Lapatza, notável defensor da ideologia econômica liberal, “cada um deverá contribuir tributariamente com uma quantidade proporcional à utilidade das prestações que recebe do Estado”. Há, ainda, a “teoria do sacrifício igual e do sacrifício proporcional”, segundo a qual, em síntese, propõe “a idéia geral de igualdade como algo justo e desejável [e, portanto] todos os indivíduos de uma comunidade devem ser iguais na hora de suportar o peso dos tributos”.²¹

Percebe-se, com efeito, que as diferentes concepções éticas e jurídicas sobre tributo variam de conformidade com a visão que cada teórico tem a respeito da intervenção do Estado no domínio econômico, delas fluindo ora um enfoque social, ora um enfoque liberal.

¹⁸ CINTRA, Marcos. O Brasil e os modelos europeu e americano de tributação. São Paulo: *Folha de S. Paulo*, 08 mar. 2004..

¹⁹ MARINS, James. *Justiça Tributária e Processo Tributário (ensaios)*. Curitiba: Universitária Champagnat, 1998, p. 22-26.

²⁰ MARINS, James. *Justiça Tributária e Processo Tributário (ensaios)*. Curitiba: Universitária Champagnat, 1998, p. 24.

²¹ MARINS, James. *Justiça Tributária e Processo Tributário (ensaios)*. Curitiba: Universitária Champagnat, 1998, p. 22-26.

5. Política Tributária e a Função Social do Tributo

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.²² 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 e sociais.²³

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

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.

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.²⁴

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.²⁵

²² RODRIGUES, Rafael Moreno. *Intributabilidade dos Gêneros Alimentícios Básicos*. São Paulo: Resenha Tributária, 1981, p. 7.

²³ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 458. Neste mesmo sentido, merecem destaque os escritos de Aliomar Baleeiro, quando ressalta 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 às Ciências das Finanças*, Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 42.

²⁴ Gustavo Miguez de Mello 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 às perspectivas e finalidades do Estado, estar-se-á executando política tributária. 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, Sup. Esp. I Congresso Bras. de Direito Financeiro, 1978, p. 5.

²⁵ VINHA, Thiago Degelo e Ribeiro, Maria de Fátima. *Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais*. In *Tributação, Justiça e Liberdade*, coord. Marcelo Magalhães Peixoto e Edison C. Fernandes, Curitiba: Juruá, 2005, p. 659.

Misabel Derzi ensina que não é fácil distinguir as finalidades fiscais e extrafiscais da tributação. Seus limites são imprecisos. Entende a professora 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.²⁶

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.

A Constituição Federal estabelece quais as espécies e as competências tributárias de cada ente político. Assim, os tributos estabelecidos na carta política 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.²⁷

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.²⁸

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 dimensão social do homem, sem a qual ele não se realiza integralmente, considerando as dimensões individual e familiar. 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 a 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.

²⁶ DERZI, Misabel. Família e Tributação. A vedação constitucional de se utilizar o tributo com efeito de confisco In *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 32, p. 153, 1989.

²⁷ VINHA, Thiago Degelo e Ribeiro, Maria de Fátima. *Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais*. In Tributação, Justiça e Liberdade, coord. Marcelo Magalhães Peixoto e Edison C. Fernandes, Curitiba: Juruá, 2005, p. 659.

²⁸ WAGNER, José Carlos Graça. *Tributação Social do Trabalho e do Capital*. São Paulo: Resenha Tributária, 1982, p. 5-6.

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.²⁹

No que consiste a tributação social? Não se trata apenas em atender às necessidades mais elementares da população, é mais do que isso. A tributação deve respeitar a dimensão individual e familiar, considerando a capacidade contributiva, entre outros princípios constitucionais de proteção ao contribuinte.³⁰

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.³¹

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.

O poder tributante, ao elaborar sua política tributária, deve levar em conta se o sistema tributário é justo, 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, favorecendo a política de estabilização da economia, o combate do desemprego, a inflação, entre outros aspectos.

A reforma constitucional tributária deverá promover, prioritariamente, a função social do tributo, redistribuindo riquezas, promovendo a justiça social. Uma reforma tributária, além de guardar respeito à Constituição Federal, deve representar os anseios da sociedade brasileira, observando como objetivos a

²⁹ *Ib.idem*, p. 19.

³⁰ VINHA, Thiago Degelo e Ribeiro, Maria de Fátima. *Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais*. In Tributação, Justiça e Liberdade, coord. Marcelo Magalhães Peixoto e Edison C. Fernandes, Curitiba: Juruá, 2005, p. 661.

³¹ 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”.

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; a desoneração da carga tributária, sobretudo das incidências sobre a produção e a atividade econômica; a simplificação e a busca da eficiência do sistema tributário; a preservação do pacto federativo e a 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.³²

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.

6. A Justiça Tributária e o princípio da capacidade contributiva

“Kelsen considera a justiça como a qualidade de uma conduta humana relativa ao tratamento de um indivíduo por outro, especialmente o tratamento dos indivíduos de uma comunidade por parte do legislador ou do magistrado. Confrontada tal conduta (ordem do ser) com o conteúdo de uma norma de justiça (ordem do dever ser), obtém-se um juízo segundo o qual a conduta é justa (valiosa) ou injusta (desvaliosa)”.³³ Em resumo, Kelsen entende que a conduta humana concreta pode ser classificada como justa ou injusta. O mesmo não se pode dizer da norma ou do próprio ordenamento jurídico que servem de parâmetros. Com efeito, Kelsen leva em conta *juízos de fato* e não *juízos de valor*, quando pretende avaliar se uma conduta é justa ou injusta.

A justa distribuição da carga tributária entre os cidadãos, por intermédio de leis fiscais éticas, é princípio fundamental de um Estado Democrático de Direito. Se não existir política fiscal justa, não há espaço para política justa. Tipke & Yamashita ensinam, a propósito: “A tributação seria um procedimento sem dignidade ética se impostos pudessem ser arrecadados de qualquer maneira, se o legislador pudesse ditar as leis fiscais de qualquer maneira. [...] Leis fiscais sem relação alguma com a justiça não fundamentam Direito algum, mas criam apenas uma coisa tributária – ou, melhor, um tumulto tributário”.³⁴

³² MORAES, Germana de Oliveira. Palestra ministrada no Seminário sobre Reforma Tributária, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em março de 2003, Fortaleza – CE, mimeo.

³³ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 4. – Apud: GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 11.

³⁴ TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 28.

Dentre os princípios que compõem uma estrutura tributária justa, o *princípio da capacidade tributária* é a pedra angular de um sistema no qual deve prevalecer a igualdade, a justiça e a equidade, conforme já destacado anteriormente. Dele decorre o espírito de que somente é atingido pela obrigação tributária quem tem capacidade contributiva e, dentre estes, o ônus é maior à medida que aumenta a capacidade do contribuinte suportá-lo. Ou seja, o impacto do *sacrifício* da tributação deve ser igualmente suportado por todos.

Para São Tomás de Aquino, cada um deveria pagar os tributos *secundum facultatem* ou *secundum equalitem proportionis*, para que a tributação fosse considerada justa.³⁵

Smith pregava que “os súditos de cada Estado devem contribuir o máximo possível para a manutenção do Governo, em proporção a suas respectivas capacidades.”³⁶

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabelece, em seu Art. 13, que, “para a manutenção do poder público e para o custeio da administração é absolutamente necessário uma contribuição de todos: esta contribuição deve ser igualmente repartida entre todos os cidadãos do Estado na proporção de seu patrimônio.”³⁷

As Constituições Federais brasileiras também albergaram o princípio da capacidade contributiva: na de 1824, consta, no Art. 179, parágrafo 15: “Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção de seus haveres.”

³⁵ TABOADA, Carlos P. Isonomia e Capacidade Contributiva. In: *Revista de Direito Tributário* 4. São Paulo: RT, p. 126.

³⁶ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Trad. de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 247. Apud: CONTI, José Maurício. *Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 37. v. II (Coleção Os Economistas)

³⁷ É comum a introdução do princípio da capacidade contributiva nos textos constitucionais: na República de Bolonha (1796). Art. XVI da Declaração de Direitos: “O objeto de qualquer imposição é o bem público. A distribuição entre os contribuintes deve regular-se em proporção de suas possibilidades”. Na República Romana (1798). Art. 16 da Declaração de Direitos: “Todas as contribuições são estabelecidas por utilidade geral; elas devem ser repartidas entre os contribuintes em proporção às suas aptidões”. Art. 299: “As contribuições de qualquer natureza são repartidas entre todos os contribuintes em proporção às suas aptidões”. No Reino das Duas Sicílias (1820). Art. 326: “As contribuições serão repartidas proporcionalmente às aptidões de cada um sem exceções nem privilégios de qualquer tipo”. A de Piemonte (1821): Proclamação da Constituição espanhola. Art. 339: “Os tributos serão repartidos dentre todos os espanhóis em proporção das suas aptidões, sem qualquer exceção ou privilégio”. A Constituição da Venezuela prevê, em seu Art. 223: “O sistema tributário procurará a justa distribuição das cargas públicas segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]”. A Constituição da Suíça estabelece, no Art. 41: “As pessoas jurídicas, qualquer que seja a sua forma jurídica, devem ser tributadas segundo a sua capacidade econômica [...]”. A Constituição do Chile estatui, no Art. 20, 2ª parte: “Em nenhum caso a lei poderá estabelecer tributos manifestamente desproporcionados ou injustos”. A Constituição de Portugal pontua, no Art. 13, n. 2: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado [...] em razão de ascendência, sexo, [...] situação econômica ou social”. A Constituição do México frisa, no Art. 31: “São obrigações dos mexicanos: IV – Contribuir para os gastos públicos, tanto da Federação como do Estado e Municípios em que residem, de maneira proporcional e equitativa que disponham as leis.

Na de 1946, estava previsto, no Art. 202: “Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”. O princípio da capacidade contributiva foi abolido da Constituição de 1969, todavia ele poderia ser notado dentro de uma interpretação sistêmica da Carta Magna. A atual Constituição Federal preceitua, em seu Art. 145, parágrafo “1º: Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade contributiva do contribuinte [...]”.³⁸

A propósito, mister se faz ressaltar que a despeito de tantas interpretações contraditórias já suscitadas pela expressão *sempre que possível*, contida no parágrafo 1º, do Art. 145, da Constituição Federal, dúvida parece não mais restar de que se trata de abertura de perspectivas para exceções em que não será exigido o respeito ao princípio da capacidade contributiva, no caso, por exemplo, de tributação extrafiscal, a qual tem por escopo o direcionamento das atividades dos agentes econômicos, e não a arrecadação propriamente dita. Vale frisar, também, que a expressão - *caráter pessoal* - contida no mesmo dispositivo legal, já foi alvo de intensas e controvertidas discussões, contudo hoje parece não haver mais dúvida de que o constituinte induziu a criação de impostos com caráter pessoal, preferencialmente.

Sidou ensina que “[...] a capacidade econômica do contribuinte passou a ser elemento impartível na exigibilidade do imposto.”³⁹ Dessa forma, a busca da justiça social, que é própria de um Estado Democrático de Direito, como é o caso brasileiro, impõe um tratamento tributário que se ampara no fundamento de que os contribuintes devem receber, por parte do Estado, “um tratamento desigual, para os desiguais, na medida de suas desigualdades”. Essa discriminação constituiu-se na capacidade econômica, que resulta na capacidade contributiva.

O respeito ao princípio da capacidade contributiva enseja a possibilidade de diminuição patrimonial do contribuinte, em virtude do recolhimento do tributo, todavia em nível tal que não impeça ou dificulte sobremaneira a geração de novos bens econômicos e, conseqüentemente, novos tributos, por parte desse mesmo contribuinte. Assim, é marcada pela inconstitucionalidade a iniciativa de se tributar com tal intensidade, a ponto de prejudicar a sobrevivência do contribuinte. Isto é, o contribuinte deve ter um mínimo filosófico, ou seja, um mínimo necessário para se manter com dignidade. E esse mínimo não revela capacidade contributiva, mas tão somente revela a capacidade econômica mínima que não pode ser atingida pelo Estado, até mesmo por uma questão de justiça fiscal. Nesse sentido, o parágrafo 1º, do Art. 15, da Constituição Federal de 1946, previa: “São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar

³⁸ Op. cit., p. 38-41.

³⁹ Op. cit., p. 44.

como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica”.

A não-observância do princípio da capacidade contributiva pode ensejar a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do Art. 103, da Constituição Federal, visando a anular a eficácia da lei imperfeita.

O mandado de segurança é um outro remédio jurídico de que pode se valer o contribuinte para rebater abuso de poder perpetrado por autoridade pública ou por agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público, que viole o princípio constitucional da capacidade contributiva, de conformidade com o que dispõe o Art. 5º., LXIX e LXX.⁴⁰

7. O tributo como fator de geração do bem-estar social

O tributo tem a função social de contribuir para com a ponderação das desigualdades sociais, de forma que os contribuintes recebam o retorno do Estado, em termos de serviços. Na verdade, os contribuintes cooperam com o sacrifício de parte de seu patrimônio, na medida de sua capacidade contributiva, para que o interesse coletivo seja prestigiado, buscando-se a instauração de um clima de paz, segurança e prosperidade, do qual todos são beneficiados, mesmo aqueles que nada contribuíram, por serem ‘isentos’, ‘imunes’ ou não deterem capacidade para tanto. Dessa forma, o tributo tem o condão de fazer prevalecer o interesse social sobre o interesse particular.

Com efeito, busca-se o desenvolvimento social com o intuito de se atingir a plena felicidade de todos, “[...] visto com ênfase ao aspecto da equidade, vale dizer, da justa distribuição da riqueza.”⁴¹ Quando se argumenta nesse sentido, claro está que não se vislumbra uma sociedade onde todos sejam iguais, pois se assim fosse estaríamos elaborando uma tese pueril e romântica, eis que a desigualdade faz parte da própria natureza do ser humano, mesmo porque os sonhos, as expectativas e a tábua de valores variam, em muito, de pessoa para pessoa, até mesmo no âmbito das famílias, numa mesma época e dentro de faixas etárias muito próximas.

Todavia, pode-se afirmar que a tributação somente encontra foro de legalidade quando o produto de sua arrecadação (o tributo) é aplicado com o objetivo de se promover o desenvolvimento social e político de todos. Em outras palavras, tributo que não exerce a sua função social não é tributo legítimo, ainda

⁴⁰ Poderão ser também interpostas ações ordinárias de conhecimento, que poderão ser utilizadas com o mesmo objetivo, dentre as quais podemos destacar: ‘Ação Anulatória de Débito Fiscal’, ‘Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica’ e ‘Embargos de Devedor’, em execução fiscal.

⁴¹ MACHADO, Hugo de Brito. A Função do Tributo nas Ordens Econômica, Social e Política. Fortaleza: *Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza* n. 28, p. 23, jul/dez 1987.

que para o seu lançamento tenham sido rigorosamente respeitados os postulados do direito positivado.

Não fosse isso, o ato de tributar consistiria num mero *ato arrecadatório*, eminentemente mecânico, calcado em singelos cálculos aritméticos de *continhas que se fazem de trás para frente*, orçando previamente as despesas e os investimentos, para se chegar ao montante a ser arrecadado. Essa seqüência de atos simplistas, na maioria das vezes, não leva em consideração a capacidade contributiva dos contribuintes, o que invariavelmente gera uma carga tributária, insuportável, sem que aquela coletividade seja beneficiada com um atendimento social compatível com o seu sacrifício financeiro, como é o caso típico da política tributária há muito instaurada no País.

Essa prática traz o ranço da irresponsabilidade e da falta de humanismo, tendo sido a causa de transtornos e descontentamentos. A carga tributária onerosa não é aquela que sangra parte significativa dos recursos financeiros do contribuinte, mas, principalmente, a que não tem a capacidade de promover o desenvolvimento social e político de todos, que não resulta em pleno bem-estar de uma coletividade, que não se constituía em perfeito instrumento para se atingir uma justa distribuição de rendas. A propósito, por menor que seja uma carga tributária, esta nunca irá ser considerada justa pelo contribuinte, se gerida sem sabedoria, despida dos princípios humanitários mais elementares. Não há, com efeito, tributação justa se ela for utilizada para agravar ainda mais as desigualdades sociais. Logo, “o sistema tributário diz-se proporcional quando esse encargo é proporcional à renda de cada um, e, finalmente, progressivo é o sistema tributário quando o conjunto de tributos que o compõem representa um encargo percentualmente maior na medida em que é maior a renda individual, conforme acentua Machado.”⁴²

Parece lógico que a potente intervenção do Estado, no processo econômico, é fator preponderante e indispensável para que o tributo seja utilizado como ferramenta para se promover maior equidade na distribuição de rendas, especialmente no caso dos países periféricos. Através da racional tributação é que podem ser diminuídas as distâncias que separam a minoria de pessoas que detém grande concentração de riqueza individual, e a maioria dos que não têm praticamente nenhuma riqueza particular, dos quais 1/3 vive na mais profunda miséria. Aqui vale sopesar o alerta dos ultraliberais, com o destaque de Friedman:

Uma sociedade que coloca a igualdade — no sentido de igualdade de renda — à frente da liberdade terminará sem igualdade e liberdade. O emprego da força para implantar a igualdade destruirá a liberdade, e a força para implantar a igualdade

⁴² MACHADO, Hugo de Brito. A Função do Tributo nas Ordens Econômica, Social e Política. Fortaleza: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza n. 28, p. 25, jul/dez 1987.

destruirá a liberdade, e a força, adotada para as boas finalidades, acabará nas mãos de pessoas que a usarão para promover seus próprios interesses.⁴³

Não se pretende aqui defender a tese de que a economia de uma nação deve ser engessada pela presença maciça e estatizante do Estado, assumindo papéis da cadeia produtiva naturalmente reservados à iniciativa privada; contudo, esse mesmo Estado não deve se posicionar como um *Estado mínimo*, como pretendem os defensores de uma política ultraliberalizante. A primeira hipótese é condenada, porque inibe a liberdade econômica, e a segunda também o é, porque está escudada na falsa premissa de que as forças diametralmente opostas encontram-se no mesmo patamar de potencialidades, a ponto de disporem de torque e têmpera suficientes para negociarem, em nível de igualdade, num mercado nervoso e altamente competitivo.

Cabe ao Estado, portanto, a tarefa de indutor da economia, de forma a sinalizar os objetivos maiores de natureza sociais, econômicos e políticos a serem atingidos, e corrigir as distorções de conduta, à medida que elas porventura ocorrerem. Ser Estado mínimo é tão pernicioso ao desenvolvimento econômico, social e político, como ser Estado empresário único.

Sob essa óptica, é imprescindível observar o notável papel fomentador da economia realizado pelas sociedades anônimas, como sói acontecer num sistema capitalista, pois revolucionam a expansão das atividades empresariais, geram riquezas, abrem imensos campos de trabalho, contribuem para com a elevação da receita tributária do Estado e buscam divisas estrangeiras; tudo isso mediante a pulverização de seu capital social, que permite a participação até mesmo dos menores poupadores, com responsabilidade econômica limitada, para estes, ao valor de sua participação acionária, num clássico exemplo de *democratização de capital*. Ainda sob esta óptica, e apenas a título exemplificativo, o Estado tem condição plena de fortalecer esse segmento empresarial representado pelas sociedades por ações, por meio de renúncia fiscal que permita ao contribuinte pessoa física canalizar parte de seu imposto de renda devido, à aquisição de ações de empresas que atuem em regiões menos desenvolvidas, ressuscitando e modernizando o antigo Decreto-Lei 157 (10-02-67). À primeira vista, tal iniciativa colidiria com os postulados fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal, todavia desnecessário se torna dizer que a óbvia *renúncia de arrecadação* seria compensada pela conseqüente geração de novas receitas tributárias decorrentes da ativação da economia de uma região e, conseqüentemente, do País, sem contar com os inestimáveis benefícios de natureza social que seriam contabilizados.

⁴³ FRIEDMAN, Milton e FRIEDMAN, Rose. *Liberdade de Escolher*. Rio de Janeiro: Record, s.d., p. 152 – Apud: MACHADO, Hugo de Brito. A Função do Tributo nas Ordens Econômica, Social e Política. Fortaleza: *Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza* n. 28, p. 28, jul/dez 1987.

A legislação que resultou na criação de micro e pequenas empresas também precisa ser revista, especialmente no plano tributário, para incentivar e fortalecer esse importante segmento da economia do País, que é representativo na geração de empregos.

Entende-se que a busca do bem-estar social passa também pelo fortalecimento da economia do país, e que essa meta pode ser alcançada por meio da utilização do tributo como elemento que produza o perene fortalecimento da poupança interna, e instrumento que viabilize uma saudável distribuição de rendas.

8. Conclusão

O Estado não se constitui num simples caixa “recedor de tributos” e “pagador de despesas”. A função do Estado é muito mais nobre, qual seja a de se constituir num agente cuja função é fazer a correta leitura das necessidades sociais imediatas, antever, mediante rigoroso planejamento, as necessidades mediatas, hierarquizar o cronograma físico do atendimento de tais expectativas, sempre em obediência à vontade coletiva, e fixar uma carga tributária, para os contribuintes, respeitando o princípio da capacidade contributiva, da legalidade, da razoabilidade e demais princípios constitucionais, considerados como direitos fundamentais do contribuinte.

O tributo deve ser lançado não apenas para financiar as despesas que a máquina estatal é obrigada a realizar para se manter, mas também como forma de contribuir para com a efetivação de uma justa distribuição de riquezas, para que o progresso econômico não seja uma prerrogativa de poucos, e para que a paz, o bem-estar social e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito sejam uma garantia de todos.

Dessa forma, pode ser identificada, no Brasil, a ausência de uma distribuição mais eqüitativa de rendas, gerando crescentes bolsões de pobreza. Se a carga tributária brasileira tem padrões escandinavos, enquanto que o atendimento das necessidades sociais mantém-se em níveis abaixo do mínimo, é sinal evidente de que a arrecadação tributária não está norteada para o objetivo de que o tributo deve atender a sua função social, conforme estatuído na Constituição Federal, quer na instituição, quer na arrecadação e na aplicação da receita tributária.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Instituições de Direito Público e República*, mono, 1984.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARRETO, Ayres Fernandino. *Base de Cálculo, Alíquota e Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1960.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Princípios Constitucionais e Competência Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- CINTRA, Marcos. O Brasil e os modelos europeu e americano de tributação. São Paulo: *Folha de S. Paulo*, 08 mar. 2004.
- CONTI, José Maurício. *Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Tributário Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- DERZI, Mizabel. Família e Tributação. A vedação constitucional de se utilizar o tributo com efeito de confisco in *Revista da Fac. de Direito da UFMG*, 1989, v.32.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e Mudança Social*. RJ, Forense, 1981.
- GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.
- KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. SP: Martins Fontes, 1993.
- MACHADO, Hugo de Brito. A Função do Tributo nas Ordens Econômica, Social e Política. Fortaleza: *Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza* n. 28, jul/dez 1987.
- MARINS, James. *Justiça Tributária e Processo Tributário (ensaios)*. Curitiba: Universitária Champagnat, 1998.
- MELLO, Gustavo Miguez. *Temas para uma nova estrutura tributária no Brasil*. Rio de Janeiro: Mapa Fiscal Editora, 1978 (I Congresso Bras. De Direito Financeiro) Supl. especial.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Seminário sobre Reforma Tributária no Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça*, março de 2003, Fortaleza – CE, mimeo.
- MUZZI, Rodrigo S. *A Reforma Tributária e os Contribuintes*, Disponível em <http://www.neofito.com.br/front.htm>
- NAKAYAMA, Juliana N.; Ribeiro, Maria de Fátima *O Impostos sobre o Valor Agregado (IVA) no MERCOSUL e os Direitos Fundamentais*, in Anais das XX Jornadas do IDADT – ano 2000, Salvador, Temas Direitos Humanos e Tributação.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Capacidade Contributiva: conteúdo e Eficácia do Princípio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. *Direitos Humanos e Tributação*, disponível em <http://www.geocities.com/eureka/4990/direito/trabalhos/trab9.txt> acesso em 09 mar. 1999.

RIBEIRO, Maria de Fátima Ribeiro e Vinha, Thiago Degelo. Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais. In: *Tributação, Justiça e Liberdade*, (coord.) Peixoto, Marcelo Magalhães e Fernandes, Edison Carlos, em homenagem a Ives Gandra da Silva Martins, Curitiba: Juruá, 2005.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Direitos Humanos e Tributação: Um enfoque sobre o MERCOSUL com ênfase ao Sistema Tributário Brasileiro, in *Anais das XX Jornadas do IDADT*, 2000, Salvador, Tema: Direitos Humanos e Tributação.

RODRIGO, Rafael Moreno. *Intributabilidade dos Gêneros Alimentícios Básicos*. SP: Resenha Tributária, 1981.

SEABRA, Godoi Marciano de. *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.

SIDOU, J.M. Othon. *A Natureza Social do Tributo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

TABOADA, Carlos P. Isonomia e Capacidade Contributiva. In: *Revista de Direito Tributário* 4. São Paulo: RT.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

VINHA, Thiago Degelo e Ribeiro, Maria de Fátima. Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais. In *Tributação, Justiça e Liberdade*. (coord.) Peixoto, Marcelo Magalhães e Fernandes, Edison Carlos, em homenagem a Ives Gandra da Silva Martins, Curitiba: Juruá, 2005.

VILLEGAS, Hector, *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

WAGNER, José Carlos Graça. *Tributação Social do Trabalho e do Capital*. SP: Resenha Tributária, 1982.

WAGNER, José Carlos Graça. *Penalidades e Acréscimos na Legislação Tributária*. Resenha Tributária, SP: 1979.

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E OS NOVOS DESAFIOS DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

PUBLIC - PRIVATE PARTNERSHIPS AND NEW CHALLENGES TO THE CONTEMPORARY NATION

Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA*
Nilton Kiyoshi KURACHI**

RESUMO

O presente ensaio aborda os novos desafios a serem enfrentados pelo Estado contemporâneo para suprir o déficit em investimento público, decorrente do desequilíbrio das contas públicas, que o impede de prestar serviços públicos eficientes e adequados, conforme preconizados pela Constituição Federal de 1988 gerando atraso no desenvolvimento econômico e social do país. Nesse desiderato, imprescindível o estudo das parcerias público-privadas como um possível instrumento de crescimento econômico e social, buscando investimentos privados, com a finalidade de suprir a falta de condições financeiras do Estado para investir em infra-estrutura.

Palavras-chave: Parcerias público-privadas; Estado contemporâneo; novos desafios.

ABSTRACT

The present essay will approach the new challenges that need to be faced by a contemporary State in order to supply the deficit in public investment, which is a result from a lack of balance in public accounts that prevents the government to provide efficient and adequate public services, as praised by the 1988 Federal Constitution. That generates a delay in the economical and social development of

* Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP e Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR – Marília-SP.

** Mestrando do Programa de Mestrado em Direito (UNIMAR – Marília-SP), Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul, Professor universitário (UNIDERP – Campo Grande-MS), Diretor Administrativo da Associação Nacional de Procuradores de Estado.

the country. In this desideratum, it is essential to study the public-private partnerships as a possible instrument of economical and social development, searching for private investments with the purpose of fulfilling the lack of financial conditions of the State to invest in infrastructure.

Key words: public- private partnerships; contemporary state; new challenges.

1. Introdução

O Estado passou por diversas transmutações até os dias atuais, alterando sua estrutura política, social e econômica, quer pela influência da evolução natural da sociedade, quer pelas adequações às suas necessidades.

Fundado no absolutismo, o Estado medieval apresentava estrutura centralizada na figura do Rei que dominava a economia e o poder político, ignorando os direitos fundamentais do homem.

Economicamente, naquela época, predominava o feudalismo, baseado em um sistema de produção servil, formando o binômio absolutismo-feudalidade, no qual o rei possuía o poder político e o feudo o poder econômico.

A busca pela igualdade perante a lei e pelo reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente os direitos de liberdade, de igualdade e de propriedade, com influência das revoluções liberais, fez soçobrar o feudalismo e surgir o liberalismo, preconizado por Adam Smith, sustentando a intervenção mínima do Estado e a defesa da plena liberdade do particular. Nesse contexto histórico, cabe registrar a ascensão da classe burguesa insatisfeita com os desmandos da Coroa.

Surge, então, Estado Liberal ou absenteísta, para o qual o bem-estar coletivo não dependia da atuação do Estado, mas da liberdade inerente a cada um dos indivíduos e, especificamente em relação à economia, acreditava-se que a livre concorrência e a lei da oferta e da procura eram as forças responsáveis pelo destino da economia e se encarregariam do estabelecimento do equilíbrio, em forma de “mão invisível”, que impulsionava o mercado econômico e suas relações, sem que o Estado precisasse intervir, tendo muita afinidade, nesse particular, com o capitalismo.

Porém, essa “plena liberdade” enveredou por caminhos distintos do desejado pelo capitalismo, sem permitir ao mercado econômico a auto-regulação, incorrendo na prevalência do individualismo em detrimento do liberalismo, descumprindo os propósitos deste em relação à fraternidade, evidenciando uma clara superioridade dos mais ricos sobre os mais pobres, fazendo com que a burguesia se afastasse dos ideais democráticos e da busca da igualdade.

Fatos que tais, conduzem ao Estado Social, de caráter intervencionista, avançando no sentido da delimitação do poder econômico e regulação da atividade econômica, especialmente, no campo contratual, e, sobretudo, em relação à propriedade. Entretanto, não se pode afirmar que houve a transformação do Estado Liberal no Estado Social (intervencionista e provedor), mas a conjugação dos princípios socialistas aos princípios liberais, motivando o surgimento do Estado social-democrático ou o Estado do bem-estar social (*welfare state*).

Esse Estado Social ou “Estado de Direito Social” incorpora os direitos sociais além dos civis, nasce por volta de 1920, organizado como resposta à retaliação burguesa, oportunista e conservadora dos movimentos sociais, e tem seu término nas décadas de 1970 e 1980.

Durante esse modelo de Estado, histórica e constitucionalmente, definem-se os direitos sociais e trabalhistas como direitos fundamentais da pessoa humana, sob a proteção do Poder Público, sendo criadas, desta fase em diante, as bases do “garantismo social”: o Estado como provedor de garantias institucionais aos direitos sociais e trabalhistas – com um perfil fortemente marcado pelo protecionismo social.

O Estado Social nasce em função do socialismo, conforme preleciona Paulo Bonavides: “uma constante, a nosso ver, explica o aparecimento do Estado Social: a intervenção ideológica do socialismo¹”. Porém, mesmo não propondo claramente uma alternativa ao socialismo, o Estado Social permaneceu limitado e definido como um simples modelo avançado do Estado Capitalista. Não se confirmou como alternativa ao Liberalismo que se propusera substituir, bastando lembrar do advento fulgurante do Neoliberalismo e da Globalização, constituindo uma nova ordem mundial, ou da Internacionalização do Capital Financeiro.

No Brasil, em meados dos anos setenta, ocorreu o intitulado “milagre econômico” com reflexos, em fases diversas, da cena política e econômica, absorvidos até o governo de Fernando Henrique Cardoso e com a era das privatizações. Ocorre a quebra do sindicalismo combativo com o incentivo ao sindicalismo de resultados, além de acentuar o êxodo rural e a mecanização do campo, que gerou a atual situação de miserabilidade urbana e da violência no campo, como, por exemplo, o “trabalho escravo” em condições desumanas.

Nos anos oitenta a defesa constitucional dos direitos sociais e o próprio Estado Social são desconsiderados. O Estado participa como “agente de financiamento ou de investimento econômico” e os países mais pobres são injustamente os mais controlados pelas agências internacionais de regulação da economia global, como, por exemplo, a atuação do Fundo Monetário Internacional.

¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 183.

Neste período, de breve resgate histórico, é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de cunho, verdadeiramente, democrático e social. O Estado Democrático de Direito e Social apesar de fortemente organizado, não consegue implementar as previsões das pautas axiológicas constitucionais, em especial, os direitos sociais, comprometendo a eficiência dos serviços públicos prestados e a satisfação dos cidadãos. Foi justamente essa assunção exagerada de atividades pelo Estado, bem como a dificuldade de prestá-las com eficiência que provocam a crise do Estado Social.

A década de noventa, é demarcada pelo “Estado Providência”, caracterizado pelo crescimento da miséria, do desemprego e da violência social. De outra parte, cresce a burocracia estatal e a imposição do capital externo. O Estado enfrenta reformas de um lado, e grave crise fiscal de outro, acarretando contínuas mutações na esfera política e social, comprometendo a eficácia da prestação direta dos serviços públicos pelo aparelho estatal².

O Programa Nacional de Desestatização, implantado pela Lei nº 8.031/90, revogada pela Lei nº 9.491/97, em face da incapacidade do Estado de realizar novos investimentos nos diversos setores básicos da economia, cria novos mecanismos de oferta de serviços públicos.³ O Estado reserva para si as atividades de regulação e de fiscalização, exercidas por agências reguladoras. Promulga-se a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no artigo 175 da Constituição Federal.

Essa prestação de serviços, realizada por terceiros, normalmente estranhos à administração, foi pactuada através da celebração de contratos de concessão ou de permissão ou por meio de atos de autorização, conforme dicção dos artigos 21, XI e XII, e 175 da Constituição Federal de 1988.

A prestação do serviço público não pode ser confundida com a exploração direta da atividade econômica, pois aquela constitui a função essencial do Estado e no segundo caso somente será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173 da CF).

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) visa conter os desmandos dos governantes e as políticas públicas para não aumentar a dívida nacional. Neste período é incorporada a terminologia “Estado Global”, voltado para a economia globalizada, que explora os pequenos Estados.

O Estado de Direito e Social tem seu modelo esgotado, sendo substituído pelo Estado Neoliberal, garantidor do mínimo de segurança jurídico-social. Os direitos sociais não são efetivados, predominando a estratégia da privatização e terceirização do patrimônio e serviços públicos.

²ZYMLER, Benjamim; ALMEIDA, Guilherme Henrique De La Rocque. *O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 225.

³ ZYMLER, *op. cit.*, p. 226.

Nesse sentido, para Eros Roberto Grau e a grande maioria dos doutrinadores, o Estado atual denomina-se neoliberalista⁴ ou “Estado-Empresa”, malgrado não admitir o Ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso e o atual Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Sobre o assunto, o autor preconiza que: “A política *neoliberal* também nessa matéria implementada pelo governo Fernando Henrique é incompatível com os fundamentos do Brasil, afirmados no art. 3º da Constituição de 1988, e com a norma veiculada pelo seu art. 170”⁵.

Após questionar os objetivos, os fundamentos, a estrutura e até a razão de ser do Estado, “emerge um novo modelo estatal, sucessor do Estado intervencionista e provedor, o qual, por sua vez, emergiu a partir do declínio do clássico Estado Mínimo, mero garantidor da ordem, do cumprimento dos contratos e do direito de propriedade”⁶.

O Estado Democrático de Direito e Social brasileiro têm por objetivos fundamentais, na forma do art. 3º da Constituição Federal, construir uma sociedade livre, justa e solidária; **garantir o desenvolvimento nacional** compreendendo o desenvolvimento econômico e social; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promovendo o bem de todos sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação.

É neste contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana, somado ao princípio dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, são indispensáveis à apreensão e desenvolvimento do tema sob estudo. A crise do Estado Nacional tem por desafio consolidar, de maneira eficaz, os fundamentos da República Federativa do Brasil, tornando eficazes as pautas axiológicas do texto constitucional.

2. O Estado Contemporâneo

O Estado contemporâneo caracteriza-se como um Estado Regulador⁷, Garantidor⁸ ou Pós-Intervencionista⁹, pois o Estado toma para si somente a tarefa de orientar e controlar o sistema econômico.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 32.

⁵ GRAU, *op. cit.*, p. 38.

⁶ ZYMLER, *op. cit.*, p. 225.

⁷ Segundo MOREIRA, Vital. *Serviço Público e Concorrência*. A Regulação do Setor Elétrico. Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. Anais... Universidade de Coimbra. 2001. pp. 223 e ss.

⁸ Segundo CANOTILHO, J.J. Gomes. In “*Estado Constitucional Regulador*”, comunicação inédita proferida no “Seminário Regulação, Concorrência e Proteção ao Consumidor”, realizado pela Faculdade de Direito de Coimbra em 15.07.2003, definiu o Estado Garantidor como sendo o “modelo alternativo ao Estado Social e ao Estado Liberal no plano das estratégias de ação e no plano das tarefas e fins do Estado”. Esse modelo caracteriza-se pela adoção das seguintes estratégias de ação:

a) adoção de procedimentos cooperativos em substituição aos anteriores procedimentos autoritários unilaterais;
b) desempenho de função habilitante-estimulante em substituição à função de providência;
c) assunção de responsabilidade perante as insuficiências da auto-regulação.

⁹ ZYMLER, *op. cit.*, p. 227.

O Estado brasileiro em relação à Ordem Econômica e Financeira, estabelece como fundamento a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, norteados pelo princípio da livre concorrência, função social da propriedade, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, dentre outros¹⁰.

Outrossim, conforme preceitua o art. 174 da Constituição Federal, o Estado assume um novo papel, deixando de ser empreendedor (empresário), passando a ter um papel regulador, normatizador, fiscalizador e indutor. Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 174, *caput*, preceitua que:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado¹¹.

Presentemente, segundo Cristiane Rozicki¹², “a situação é de conflito em face dos primados fundamentais dos valores humanos e os direitos humanos universalmente consagrados. A economia globalizada surpreende o mundo, pois os direitos fundamentais são desconsiderados pelo capital”.

Esses direitos foram desenvolvidos sob a convicção de que o bem estar de uma sociedade depende da solidariedade entre os homens, podendo ser implementados se forem proporcionadas e asseguradas condições para que o indivíduo alcance, efetivamente, o estado de bem-estar social.

Ainda sobre o Estado contemporâneo, segundo Carmen de Carvalho e Souza Moura, é importante ressaltar um traço distintivo do Estado Contemporâneo: a **empresariade**, conforme texto abaixo transcrito:

[...] No estado contemporâneo, o estado participa com um capital privado em empresas mistas e promove a estatização das empresas. É também característica precípua do estado contemporâneo a primazia da função social da propriedade. A propriedade perde gradualmente o seu significado de direito adquirido e passa a se destinar ao bem estar social. **A propriedade do bem é limitada pela função social do mesmo.** O direito de proprietário é limitado pela função social da propriedade. Verifica novamente a presença no estado contemporâneo da primazia do coletivo

¹⁰ Art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹² ROZICKI, Cristiane. *Do Estado absoluto ao atual*. Disponível em: <http://www.factum.com.br/artigos/003.htm> - 23k. p 1.

sobre o individual. **Os direitos individuais são ilimitados em prol da sociedade.** (grifos constantes do original)¹³.

Carmem de Carvalho e Souza Moura preleciona que:

[...] o Estado contemporâneo tem função eminentemente social, isto é, tornou-se o Estado das Prestações. Nessa função, o Estado deve zelar pelo bem-estar social, destinando, para tanto, parte do produto nacional bruto para esse mister [...] essa função social do Estado contribui para a redistribuição de renda decorrente da implantação e do funcionamento de serviços públicos mediante organizações complexas que confiam a eficiência de tais serviços à responsabilidade coletiva, visando a confiança no bem público, na propriedade de todos e de ninguém. [...] o direito social decorrente da adaptação do Estado Democrático de Direito em um Estado Social implica a limitação jurídica de determinados direitos individuais. O estado social desencadeia um processo de integração de vários grupos nacionais¹⁴.

Em síntese, o Estado contemporâneo é regulador, porquanto tem o mister de estabelecer regras e controlar a atividade econômica; garantidor, por sua função incentivadora às pequenas e médias empresas e planejadora do desenvolvimento econômico e social, e pós-intervencionista no sentido de ser, segundo a doutrina, um Estado neoliberal.

3. Os novos desafios do Estado Contemporâneo e o advento das parcerias público-privadas (PPPs)

O Estado brasileiro encontra-se em crise, sendo obrigado a redefinir o seu papel, pois os problemas sociais agravam-se e as desigualdades aumentam em face da nova ordem mundial, deflagrada pelo neoliberalismo e pela globalização, conforme preleciona Osvaldo Luís Golfe, em seu artigo “A Crise do Estado Contemporâneo”, inclusive fazendo constar que:

A renda dos brasileiros que estão no topo da pirâmide social, os 10% mais ricos, é quase dez vezes maior que a soma dos rendi-

¹³ MOURA, Carmen de Carvalho e Souza. O Estado contemporâneo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=54>. Acesso em: 04 out. 2006. p. 2.

¹⁴ MOURA, 2006, *loc. cit.* p. 2.

mentos dos brasileiros que vivem abaixo da linha de pobreza, cerca de 30% da população, na estimativa mais otimista. Junto com o desemprego esta é uma questão que deve ser o alvo principal de qualquer governo¹⁵.

Tratando ainda do mesmo assunto, o mesmo autor ainda questiona:

[...] para quem deve o governo governar, para os mercados ou para a sociedade?” A resposta óbvia seria governar para a sociedade, porém não é isto o que acontece. Os Estados nacionais muitas vezes não conseguem governar para a sociedade porque grande parte do dinheiro é gasto com juros, etc. Com este trabalho, embora não tenhamos ainda perspectivas claras sobre a “nova ordem mundial”, queremos acenar para esta crise que, sobretudo hoje, atinge o estado contemporâneo¹⁶.

Nesse seguimento, um dos desafios primordiais do atual modelo de Estado, dentre outros, é implementar os postulados constitucionais da Carta Magna de 1988 e prestar à população serviços públicos adequados e eficientes. Tais desafios são de difícil enfrentamento considerando o desequilíbrio administrativo das contas públicas da União, estados-membros e municípios, decorrentes do descompasso existente entre a arrecadação e despesas, prejudicando investimentos como infraestrutura e saneamento básico.

A falta de investimento público atrasa o desenvolvimento econômico e social do país, razão pela qual, com o surgimento do Estado Neoliberal, houve a conseqüente delegação desses serviços públicos, conforme preconiza artigo 175, da Constituição Federal¹⁷, e normas infraconstitucionais, que tratam das concessões e permissões dos serviços públicos (Lei nº 8.987/95, com as alterações da Lei n. 9.648/98, e Lei n. 9.074/95). Porém, essa delegação do serviço público e a venda de algumas empresas estatais não foram suficientes para o Estado recuperar o seu poder de investimento em infra-estrutura.

As parcerias público-privadas, denominadas como PPPs, decorrentes do contexto sob análise e reguladas pela Lei 11.079/2004, têm por escopo funcionar como possível instrumento de desenvolvimento econômico e social, buscando

¹⁵ GOLFE, Osvaldo Luís. A Crise do Estado Contemporâneo. Disponível em: <http://www.rubedo.psc.br/Artigos/crisesta.html>. Acesso em: 04 out. 2006. p. 1.

¹⁶ GOLFE, 2006, *loc. cit.* p. 1.

¹⁷ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p 132.

investimentos privados para suprir o déficit de investimentos em infra-estrutura e saneamento básico, sem a utilização de recursos fiscais.

4. Noções de parcerias público-privadas

As parcerias público-privadas foram concebidas, há quase três décadas, no Reino Unido, presentemente, concentrando quatrocentos e cinqüenta projetos em operação, envolvendo aproximadamente cinqüenta e cinco bilhões de libras. O modelo vem sendo adotado por Portugal, Holanda, Canadá, Chile, México e outros países que vivenciam bons resultados, conforme preleção de Diógenes Gasparini¹⁸.

Antes do advento da Lei nacional nº 11.079/2004, diversos Estados-membros já haviam legislado sobre a matéria, como Minas Gerais (Lei n. 14.868/2003); Goiás (Lei n. 14.910/2004); Santa Catarina (Lei n. 12.930/2004); São Paulo (Lei n. 11.688/2004) e, mais recentemente, o Estado do Rio Grande do Sul (Lei n. 12.234/2005).

A expressão Parceria Público-Privada (PPP) pode ser utilizada sob dois enfoques distintos. Primeiramente, significando a união de pessoas que anseiam por interesses comuns. No outro enfoque, designa os ajustes comerciais de procedimento duradouro que visam instituir relações entre a Administração Pública e o particular, objetivando a realização de atividades imbuídas de interesse público, segundo o conceito dado por Carlos Ari Sunfeld:

[...] são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral¹⁹.

O conceito sob estudo engloba os contratos de *concessão de serviço público*, disciplinado pela Lei n.º 8.987/1995, os contratos de *gestão de organizações sociais*, o *uso de bem público pelos particulares* em atividades de interesse social e outros. Floriano de Azevedo Marques Neto afirma “que podemos vislumbrar parcerias em sentido amplo (o que comportaria o campo genérico do direito das parcerias a que alude Maria Sylvania Zanella Di Pietro), contemplando hipóteses de convênios, termos de cooperação, franquias, concessões típicas, concessões de uso de bens públicos, licenciamentos, arrendamentos etc”²⁰.

¹⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 406

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico. In: _____, et. al. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 16.

²⁰ MARQUES, Floriano de Azevedo Neto. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 280.

Na década de noventa, com a instabilidade acarretada pelo sistema econômico, financeiro, social e administrativo, reduziu-se a dimensão do Estado sem, contudo, diminuir sua carga. A solução buscada residiu na implantação de um modelo, inverso ao anterior, que propiciasse ao particular a assunção de responsabilidades públicas.

Para Adílson Abreu Dallari “em tempos de austeridade orçamentária e financeira, em tempos de duro combate ao déficit público, é preciso que as entidades públicas busquem recursos junto ao setor privado da economia”²¹.

Cabe frisar na legislação de Parceria, concebida sob a égide da reforma do Estado, a regulamentação dos contratos específicos de concessões como instrumento de implementação do desenvolvimento econômico e social.

A Lei nº 11.079/2004 regulou as parcerias público-privadas em sentido estrito, organizadas em concessões patrocinadas e administrativas.

As Parcerias Público-Privadas distinguem-se do regime clássico das concessões, considerando duas características. A primeira refere-se à incumbência do concessionário de obter investimentos para a execução do projeto, abonando a amortização das verbas empregadas nos contratos de longo prazo, através da remuneração pelo parceiro público, em conjunto com a exploração econômica do serviço prestado com base na infra-estrutura concebida. A segunda é a forma de estipêndio, que ocorre mediante uma contraprestação que considera o grau de contentamento da atuação e da qualidade dos serviços realizados pelo concessionário.

A Constituição Federal impõe ao Estado a execução de serviços públicos essenciais, de forma satisfatória. Inexiste nessas funções o intuito de lucro pelo Poder Público, objetivando, exclusivamente, o crescimento sócio-econômico, e o bem-estar social da comunidade, ficando obrigado a investir na infra-estrutura.

Algumas atividades permitem exploração econômica, vale dizer, autorizam a cobrança de contraprestação dos usuários que são capazes de suportar as despesas, acrescidas da vantagem financeira. O Poder Público pode transferi-las ao setor privado mediante concessão, sem adicional na remuneração, configurando a concessão tradicional.

Conforme Floriano de Azevedo Marques Neto a concessão “[...] é a entendida como aquela em que o prestador do serviço (concessionário) é remunerado integralmente pela tarifa paga diretamente pelos seus usuários”²².

Existem, contudo, as serventias que inviabilizam a exploração econômica e, mesmo assim, o Estado deve mantê-las à disposição da sociedade para a plena satisfação do interesse público. Por óbvio, não haverá parceiro privado disposto a arcar com esse ônus apenas pela exploração em si.

²¹ DALLARI, Adílson Abreu. *Parcerias em transporte público*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 360.

²² MARQUES, *op cit*, p. 279.

Resulta daí a importância das concessões patrocinadas²³, caracterizadas por atrair investimentos privados através do pagamento de adicional de tarifa pelo parceiro público adicionalmente à tarifa dos usuários. Se, ao contrário, a Administração tivesse que alocar recursos próprios, estar-se-ia revelando uma alternativa mais onerosa para os cofres públicos.

São definidas as modalidades contratuais caracterizadas pelos encargos próprios de investimentos em infra-estrutura, somados às prestações de serviços de forma direta ou indireta para a administração, com remuneração a longo prazo, conhecidas como concessão administrativa²⁴ (artigo 2º, §2º, da Lei n.º 11.079/2004).

Corroborando o asseverado, Marçal Justen Filho leciona que:

A concessão administrativa abrange os casos em que não existe serviço público. O contrato tem por objeto a construção pelo particular de uma infra-estrutura necessária ao desempenho de uma atividade estatal²⁵.

Saliente-se que tais contratos não podem ter como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, a instalação de equipamentos ou a execução de obras públicas²⁶ (artigo 2º, §4º, III, da Lei n.º 11.079/2004).

Como visto, a definição legal de parceria pública-privada está circunscrita às modalidades de concessão administrativa e patrocinada.

José Cretella Neto ensina:

Contrato de Parceria Público-Privada é o acordo firmado entre a Administração Pública e entes privados, que estabelece vínculo jurídico para implantação, expansão, melhoria ou gestão, no todo ou em parte, e sob o controle e fiscalização do Poder Público, de

²³ A Lei n.º 11.079/2004 que tem como objeto “instituir normas gerais para licitação e contratação de parcerias público privadas no âmbito da Administração Pública” definiu no artigo 2º os modelos de concessão sujeitas ao seu regime.

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

²⁴ §2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

²⁵ JUSTEN, Marçal Filho. A PPP brasileira e as Lições do Passado. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. *Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

²⁶ §4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

[...]

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

serviços, empreendimentos e atividades de interesse público em que haja investimento pelo parceiro privado, que responde pelo respectivo financiamento e pela execução do objeto estabelecido²⁷.

Em igual sentido, Marçal Justen Filho conceitua:

Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro²⁸.

Assim, a parceria público-privada é contrato público administrativo, sob regime de concessão, celebrado entre o particular e a Administração Pública, tendo por objeto o aporte de recursos financeiros do setor privado para gerar infra-estrutura, com amortização a médio e longo prazo, visando eficiência, bem como a prestação de serviços públicos, acautelado por garantias asseguradas pelo Poder Público.

O surgimento desse modelo de contratação não pode ser analisado de maneira isolada, em verdade, o assunto adveio da crise do Estado do Bem-Estar Social desenvolvido no Brasil a partir da década de 1990. O apogeu do modelo marca o Estado Neoliberal com o fomento ao chamado Terceiro Setor e as privatizações de grandes empresas federais, como por exemplo, a Vale do Rio Doce.

A Carta Magna estabeleceu o regime básico das concessões e permissões no artigo 175²⁹, regulamentado pelas Leis n.º 8.987/1995, 9.074/1995, 9.648/1998 e 11.079/2004.

O atual governo implantou o modelo do regime das concessões e permissões que recebe na prática a designação de PPP – Parceria Público-Privada, almejando o crescimento econômico do país e aproveitando as conseqüências positivas advindas das experiências internacionais.

²⁷ CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.

²⁸ JUSTEN, Marçal Filho. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 509.

²⁹ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seus contratos e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

As primeiras soluções surgiram com as leis estaduais, que embora não sendo foco do estudo, cabe registrar. O Estado de Minas Gerais³⁰ edita a primeira legislação acerca das parcerias. Em 2004 é editada a Lei Federal n.º 11.079, regulamentada pelo Decreto n.º 5.385, de 4 de março de 2005. A Lei Federal não traz inovações adotando como metodologia a sistematização da matéria.

Escândalos nacionais como a BR 163, as precárias estradas de Goiás e Bahia, pessoas que morrem na porta dos hospitais por falta de atendimento, o débil ensino público, enfim, as mazelas que travancam o crescimento digno da nossa sociedade, são alguns exemplos dos problemas que devem ser solucionados, ou, ao menos, amenizados.

O desenvolvimento sócio-econômico deve gerar empregos com a conseqüente redução das desigualdades sociais e proporcionar receitas, superando os obstáculos causados pelo *déficit* gerado pela infra-estrutura. Contudo, permanece a carência de condições, inviabilizadoras do crescimento econômico dos setores dependentes da infra-estrutura, com o conseqüente acréscimo dos custos e redução da concorrência, mergulhando na crise real da estagnação do mercado.

Nesse contexto, houve, no decorrer da história, uma metamorfose no modelo de contratação do Estado que percorreu, desde as privatizações, aumento da concorrência, restrição do papel de agente econômico até a passagem para o Estado Regulador.

O Poder Público reconheceu sua incapacidade para fazer frente aos pesados investimentos de infra-estrutura e projetos de interesse social (saúde, educação, transporte, presídios), por não ser gestor de recursos, considerando, a capacidade fiscal para prover essas necessidades. Assim, estabelece mecanismos para propiciar maior participação do setor privado.

As parcerias público-privadas representam opção moderna na busca de resultados eficazes relativos à infra-estrutura somadas às dificuldades e ineficiências dos serviços públicos gerais. Essa espécie de investimento envolve altos custos, médio e longo prazo de execução, até alcançar a fase produtiva e apta a gerar receitas. Tais peculiaridades não cativam qualquer capital privado, seja pela escassez de lucros, pela demora no retorno ou pelos elevados riscos. Vários mecanismos (garantias, arbitragem etc.) foram definidos visando atrair o capital privado. Além disso, as parcerias público-privadas são capazes de viabilizar maiores investimentos do que os instrumentos tradicionais. Traz à baila a eficiência ínsita ao setor privado,

II – os direitos do usuário;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter o serviço adequado.

³⁰ Além do Estado de Minas Gerais (Lei n.º 14.686, de 16.12.2003), os de Santa Catarina (Lei n.º 12.930, de 4.2.2004), São Paulo (Lei n.º 11.688, de 19.5.2004), Goiás (Lei n.º 14.910, de 11.8.2004), Bahia (Lei n.º 9.290, de 27.12.2004), Ceará (Lei n.º 13.557, de 30.12.2004) e Rio Grande do Sul (Lei n.º 12.234, de 13.1.2005) também aprovaram leis envolvendo o tema.

resultando em benefícios na diminuição dos custos, pois em regra uma obra pública custa três vezes mais e, por fim, a celeridade na execução dos empreendimentos.

Por fim, cabe observar certa “blindagem” – termo convenientemente empregado por Juarez Freitas³¹ – que exprime as garantias adicionais nos contratos públicos, caracterizados pela busca de investimentos particulares para o desenvolvimento nacional. Permanece, neste contexto contratual a questão inarredável do inadimplemento contumaz da administração, em especial nos encargos assumidos a longo prazo.

Em relação às características das Parcerias Público-Privadas, cabe destacar, não se tratar de categoria original considerando o caráter *contratual* como subespécie dos contratos públicos definido pelo *regime das concessões*. Os riscos compartilháveis são inatos aos *contratos* de parceria de acordo com a viabilidade econômica, com a garantia do equilíbrio da cláusula econômico-financeira, com os encargos e com a remuneração do concessionário, sem a pressuposição de divisão exata.

Predomina a *indelegabilidade das funções exclusivas* do Estado, estabelecidas de modo não exauriente no artigo 4^o³¹, III, da Lei n.º 11.079/2004, dentre eles os ofícios de regulação, jurisdicional e do exercício do poder de polícia. Tais funções não podem ser incumbidas a mais ninguém, exceto as atividades instrumentais ou secundárias decorrentes. É uma parceria entre a Administração Pública e a entidade privada, obrigatoriamente constituída sob a forma de pessoa jurídica. As regras gerais preceituadas na Lei das PPPs, aplica-se à Administração Direta e Indireta de Direito Público. Exige implantação e gestão (administração) de coisa já existente. O serviço deve ser público, como transporte coletivo, educação, saúde etc. O objeto (art. 3^o do projeto) pode ser uma obra, como casas populares, construção de presídios e outras. Pode constituir-se em administração de coisa existente. Compõem-se de contratos de *longo prazo*, que não podem ser *inferiores a 5 anos* (a distinção das concessões reguladas pela Lei n.º 8.666/93) *nem superiores a 35 anos, incluído eventual prorrogação*, interregno reservado para a amortização dos investimentos³³.

³¹ FREITAS, Juarez. *Parcerias Público-Privadas (PPPs): Características, Regulação e Princípios*. Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público. Porto Alegre, ano 7, n. 29, p. 13, jan./fev. 2005.

³² Art. 4^o Na contratação de parcerias público-privadas serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

³³ Art. 4^o [...]

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 anos;

Art. 5^o As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

Outro atributo refere-se ao *mínimo de capital a ser empregado*, R\$ 20.000.000,00 (*vinte milhões de reais*), o intento é de garantir recurso bastante para viabilizar a consecução do objeto. Deve ser observado o princípio federativo, considerando a existência da previsão de formação de consórcios por entes públicos³⁴. Admite *análise permanente do desempenho do concessionário* com metas de eficiência e padrões de qualidade pré-estabelecidos, que poderão servir de parâmetro para a remuneração.

Antes da celebração do contrato é constituída uma *sociedade de propósito específico*, para implantar e gerir o objeto da parceria (art. 9º da Lei nº 11.079/2004).

Por imposição legal, o contrato deve ser precedido de *certame licitatório na modalidade de concorrência*, segundo o artigo 10, I, da Lei n.º 11.079/2004³⁵. A despeito de mesclar procedimentos do leilão, ao estabelecer os critérios de julgamento, não criou uma nova modalidade de licitação, pois não modificou substancialmente aquela, configurando tão somente uma impropriedade normativa sem maiores conseqüências.

Há a obrigação de *motivar a escolha dessa espécie de contratação*, em razão das vantagens sócio-econômicas e das garantias agregadas à sustentabilidade dessa alternativa. Deve haver destinação de recursos pelo particular. Diferente da concessão, que o particular não tem que transferir dinheiro. No início, o investimento é de responsabilidade do parceiro particular (investimento e execução) e somente após o Governo aporta recursos, pagando ao particular um aluguel. O particular que não detém recursos financeiros suficientes poderá financiar e, neste caso, o governo paga ao banco primeiro e depois ao particular.

O projeto prevê várias garantias ao particular. Relevante destacar também a possibilidade de aplicação de multa, no caso de descumprimento do contrato pelo Poder Público.

De vital importância tem sido a opção do Juízo Arbitral adotada resolução dos conflitos através da arbitragem como meio de solução das controvérsias de forma célere, garantindo a segurança jurídica, desde que realizada no Brasil e em língua portuguesa.

No caso da União, há regras especiais, inclusive com a instituição de um órgão gestor (art. 14) e a criação de um Fundo Garantidor de Parcerias Público-

³⁴ Art. 4º [...]

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

³⁵ Nos termos do artigo 22, §1º, da Lei n.º 8.666/93, concorrência é “a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

Privadas (art. 16). Os Estados, o DF e os Municípios não podem aplicar nas parcerias mais de 1% da receita líquida corrente (art. 28).

As Parcerias Público-Privadas são contratos administrativos antecedidos por processo licitatório especial, celebrados entre o governo ou entes da administração indireta e sociedades privadas, tendo como obrigações administrar ou prestar serviços de interesse público nos quais os entes privados assumem a responsabilidade pelo financiamento e investimento. O pagamento é de responsabilidade do setor público, podendo ser feito por meio de exploração da atividade subjacente. Não se tratando de um novo instituto, mas de uma nova espécie de concessão, subdivida em patrocinada e administrativa, contempladas por diversas garantias que visam assegurar o cumprimento contratual.

Conclusão

O Estado Intervencionista e Provedor emergiu a partir do declínio do Estado Mínimo, que garantia a autonomia privada, a ordem, o cumprimento dos contratos e o direito de propriedade.

Esse modelo estatal resulta da mescla dos fundamentos neoliberalista e pós-intervencionista, formando constitucionalmente um Estado regulador, garantidor e planejador do desenvolvimento econômico-social.

O Estado brasileiro contemporâneo vivencia a crise do modelo social, necessitando redefinir o seu papel, pois os problemas sociais, e as desigualdades econômico-social permanecem sem solução, influenciadas pela nova ordem mundial, deflagrada pelo neoliberalismo e pela globalização.

O Estado Nacional enfrenta desafios significativos na busca de soluções para tão complexos problemas. O modelo das PPPs visa a eficácia constitucional na forma da prestação dos serviços públicos de maneira adequada e eficiente em benefício da população.

A escassez de investimentos públicos inviabiliza o desenvolvimento econômico e social do país. Assim, como uma das opções possíveis, é implementada a delegação da prestação de alguns dos serviços públicos, exceto os essenciais, como: a educação, saúde e segurança pública. Essas providências não foram suficientes para o Estado recuperar o seu poder de investimento em infra-estrutura.

A parceria público-privada institui uma nova modalidade de concessão do serviço público – patrocinada ou administrativa –, diferente daquelas previstas na Lei nº 8.987/95, podendo, assim, funcionar como um possível instrumento de desenvolvimento econômico e social, no sentido de buscar investimentos privados para suprir o déficit de investimentos em infra-estrutura e saneamento básico, sem a utilização de recursos fiscais, praticamente indisponíveis em todos setores da Administração Pública.

As parcerias público-privadas consistem em contratos administrativos antecedidos por um processo licitatório, especialmente celebrados entre o governo ou entes da administração indireta e sociedades privadas, com escopo de administrar ou prestar serviços públicos.

A Lei das PPPs previu uma série de garantias que visam assegurar o cumprimento contratual, para efetivamente atrair o investimento de capital privado nesse tipo de investimento, visando concretizar o investimento em infra-estrutura e proporcionar desenvolvimento econômico e social da região contemplada com a obra ou prestação de serviços públicos, viabilizados por meio dessa espécie de concessão.

A implementação dos direitos sociais dependem da concretização da democracia política, social e econômica. A busca de alternativas ou de soluções para algumas questões de interesse social deverá contar com a participação da população, envolvendo-a na tomada de decisões, constantemente, conferindo-lhe a oportunidade de emitir sua opinião (ex: audiências públicas para aprovação de PPPs). Cabe ao Estado a gestão adequada da economia, visando o bem-estar social.

Por fim, é papel indelegável do Estado brasileiro vencer os desafios e fomentar o desenvolvimento econômico e social, com novas formas de políticas públicas voltadas a angariar recursos, como por exemplo as PPPs, no intuito de implementar projetos públicos capazes de promoverem mudanças sociais indispensáveis à sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

- BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias Público-Privadas*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CRETELLA, José Neto. *Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.
- DALLARI, Adílson Abreu. Parcerias em transporte público. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico: Globalização & Constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

FIGUEIREDO, Lucia Vale. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs): Características, Regulação e Princípios. *Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público*. Porto Alegre, ano 7, n. 29, p. 13-61, jan./fev., 2005.

FROTA, Mário. Parcerias Público-Privadas: Um Olhar “Destrouta Riba” do Atlântico. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, ano VIII, n. 185, p. 32-33, set. de 2004.

GARTENKRAUT, Michal. Inovação e Estruturação dos Contratos – Aspectos Institucionais e Econômicos da PPP. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. *Parcerias Público-Privadas: Um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 322-328.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOLFE, Osvaldo Luís. *A Crise do Estado Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.rubedo.psc.br/Artigos/cristesta.html>. Acesso em: 04 out. 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN, Marçal Filho. A PPP brasileira e as Lições do Passado. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar - A PPP brasileira e as lições do passado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Mônica Herman. Os Programas PPPs. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, ano VIII, n. 185, p. 28-29, set. de 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete (org.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILESKI, Hélio Saul. Parcerias Público-Privadas: Fundamentos, Aplicação e Alcance da Lei, Elementos Definidores, Princípios, Regras Específicas para Licitações e Contratos, Aspectos Controvertidos e Perspectiva de Aplicação de Lei n. 11.079, de 30.12.2004. *Revista Interesse Público*. n. 29. Porto Alegre: Notadez, jan./fev. 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestrutura e a nova lei de parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA, Vital. Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Setor Elétrico. Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. *Anais...* Universidade de Coimbra. 2001.

MOURA, Carmen de Carvalho e Souza. O Estado contemporâneo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=54>. Acesso em: 04 out. 2006.

MUKAI, Toshio et al. *Parcerias Público-Privadas*. 1. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense Universitária, 2005.

MUKAI, Toshio. *Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Parcerias Público-Privadas. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, ano VIII, n. 191, p. 40-41, dez. de 2004.

_____. Parcerias Público-Privadas. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, ano VIII, n. 185, p. 30-31, set. de 2004.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emílio de (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: MP Editora, 2006.

PEREIRA, César A. Guimarães. O Processo Licitatório das Parcerias Público-Privadas (PPP) na Lei 11.079/2004. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 199.

ROZICKI, Cristiane. *Do Estado absoluto ao atual*. Disponível em: <http://www.factum.com.br/artigos/003.htm> - 23k

SILVEIRA, Raquel Dias. Os Processos Privatizadores nos Estado Unidos, Europa e América Latina: Tentativa de Compreensão do Fenômeno das Privatizações como Política Econômica do Modelo Neoliberal no Brasil. 2004. (texto avulso).

SUNDFELD, Carlos Ari. Et all. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Análise do Projeto das PPPs. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, ano VIII, n. 185, p. 24-27, set. de 2004.

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coordenadores). *Parcerias Público Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

ZYMLER, Benjamim; ALMEIDA, Guilherme Henrique De La Rocque. *O controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

TRABALHO TERCEIRIZADO NO DIREITO BRASILEIRO: AVANÇO OU RETROCESSO DOS DIREITOS SOCIAIS?

OUTSOURCED WORK IN THE BRAZILIAN LAW: ADVANCE OR REGRESSION IN SOCIAL RIGHTS?

Lourival José de OLIVEIRA*
Elaine Cler Alexandre dos SANTOS
Cristiano Pinheiro GROSSO
Marcus Vinicius RIVOIRO**

RESUMO

As organizações empresariais assumiram no final do século XX e início do atual, uma nova forma organizacional, repercutindo diretamente nas relações de trabalho. No Brasil, esse fenômeno foi mais recente, sendo notado principalmente no início da década de 90. A antiga organização, baseada na divisão de tarefas, deu lugar à descentralização gerencial, com a conseqüente descentralização produtiva, principalmente com vistas à redução de custos para aumentar o poder de competição empresarial. Dentre as várias estratégias adotadas, desponta o processo de terceirização do trabalho, com o aumento da criação de empresas interpostas que passaram a se incumbir de parte das tarefas que antes estava concentrada em uma só organização produtiva. A terceirização dos métodos ou formas de produção passa a fazer parte deste novo modo de produzir. Contudo, no Brasil, em vários setores da produção, a terceirização está contribuindo ainda mais para a precarização do trabalho, a partir do momento que o empregado vinculado a essas empresas de trabalho terceirizado passa a ser tratado de forma discriminada, constituindo-se em algo que está contribuindo para a desvalorização do trabalho humano. O mesmo processo de terceirização em outros países, é pautado em normas de ordem pública, que impõem a responsabilidade solidária da empresa tomadora do trabalho

* Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR - Universidade de Marília, Advogado em Londrina-Pr.

** Mestrandos do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR - Marília - SP.

terceirizado, bem como a constituição da empresa de terceirização, a partir do momento que a mesma apresenta condições de responder por suas ações (caso da Espanha), exemplo que ainda não é seguido pelo Brasil. Também a limitação da terceirização para as atividades-meio não está contribuindo para a otimização do trabalho terceirizado ou o não cometimento de fraudes, devendo ser revista essa equação. É importante ressaltar que a terceirização do trabalho humano faz parte da reorganização empresarial, devendo, no entanto, guardar o respeito aos princípios que se encontram instituídos na Constituição Federal, principalmente nos artigos 170 e 193, que instrumentalizam a realização dos valores que fundam a República Federativa do Brasil, sem os quais não pode se dar o trabalho intermediado por empresa interposta.

Palavras chave: terceirização; reestruturação produtiva; descentralização das atividades empresariais.

ABSTRACT

Business organizations have taken, in the late twentieth century and beginning of the current one, a new organizational shape, with direct repercussions in the labor relations. In Brazil, this phenomenon appeared recently, mainly in the beginning of the nineties. The old organization, based on the division of tasks was replaced by the management decentralization with the consequent productive decentralization, mainly looking for a reduction of costs to increase business competitive power. Among several strategies adopted, the outsourcing of work stood out, with the increase of intermediary companies responsible for part of the tasks that were before concentrated in only one productive organization. The outsourcing of methods and forms of production then becomes part of this new method of production. However, in Brazil, in several sectors of production, outsourcing is contributing to make work even poorer, as the employee attached to these outsourced work companies is treated in a discrimination way this helps to undervalue human work in Brazil. The same outsourcing process in other countries is a public matter imposing the joint liability of the company responsible for the outsourced work, as well as the constitution of the outsourced company as it presents conditions to respond for its own actions (e.g. Spain), example which has not been followed by Brazil, yet. Moreover, the limitation of outsourcing for intermediate activities is not contributing for the optimization of outsourced work or the event of frauds, and this equation should be reviewed. It is important to emphasize that the outsourcing of the human work is part of the management reorganization, maintaining the respect to the principles that were established in the Federal Constitution, specially in the articles 170 and 193 that establish the

values that formed the Federative Republic of Brazil, and without them, intermediate work by an intermediary company cannot happen.

Key-words: Outsourcing; productive restructuring; business activities decentralization.

1. Introdução

O mundo atual encontra-se cada vez mais dominado pelo fenômeno da globalização, sendo que o Brasil não poderia ficar de fora desse fenômeno, que hoje atinge principalmente a economia, constituindo-se também em um fenômeno social, político, bélico, dentre outros. Sobre as relações de trabalho, desponta uma tentativa das empresas, no sentido de reduzir os custos operacionais, visando a tornar-se mais competitiva perante o mercado interno e externo, uma vez que a cada dia fica mais difícil imaginar que uma empresa possa sobreviver apenas do mercado da localidade onde está estabelecida.

Na busca de novas técnicas de administração para melhor gestão dos negócios e aumento de produtividade, as empresas têm optado pela descentralização de suas ações, no sentido de desconcentrá-las, para que sejam desempenhadas em conjunto por diversos centros de prestação de serviços e não mais de modo unificado numa só instituição, dando origem ao fenômeno da “terceirização”.

Porém, tais técnicas de descentralização de atividades, que se traduz em terceirização de atividades ou de funções, abstendo-se a empresa terceirizante de várias atividades que anteriormente por ela eram realizadas, acessórias ou não, são apontadas como causadoras de conseqüências e danos irreparáveis para o trabalhador, indo ao desencontro dos princípios norteadores do Direito do Trabalho, massacrando inclusive Direitos e Garantias Constitucionais, no que se refere à saúde e segurança no trabalho.

Como conseqüências imediatas produzidas pelo fenômeno da terceirização no Brasil, podem ser citadas a redução salarial, eliminação de benefícios sociais diretos e indiretos dos empregados, desintegrando, por fim, as entidades de classe dos trabalhadores, fragilização da representatividade sindical, principalmente em casos como o Brasil, que adotou o princípio da unicidade sindical, com o enquadramento por sindicato sendo feito por categorias, também a perda de referência quanto ao empregador e a perda de identidade no trabalho, com a crescente individualidade comportamental do trabalhador.

Por fim, uma vez que, a terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiros para a realização de atividades que não constituem o objeto principal, propõe-se um processo de ajustamento, que englobe mudanças ocorridas por meio

de inovações tecnológicas, principalmente, através dos novos modos de organização do trabalho, difundidos a partir de países industrializados, sem deixar de observar os direitos e garantias que tutelam o trabalhador.

Considerando-se esses posicionamentos iniciais, questiona-se sobre a possibilidade de a terceirização nas relações de trabalho efetivamente deter condições para, frente ao processo de reestruturação produtiva, poder avançar no campo social. Ou, se essa possibilidade é ilusória, a partir do momento em que a terceirização possui como condição de existência a redução do valor do preço da mão-de-obra.

Questões como as aqui apresentadas e outras que serão alinhavadas, no decorrer do presente trabalho, poderão contribuir para o aprofundamento dos estudos em torno da terceirização, de modo a compatibilizá-la com os princípios constitucionais informadores da valorização do trabalho humano, ensejando assim uma nova postura terceirizante.

Enquanto localização geográfica, o presente estudo aborda a situação brasileira no tocante à terceirização, estabelecendo-se, enquanto referencial cronológico, a década de 1990 em diante.

2. Do processo de reestruturação produtiva e o trabalho terceirizado no Brasil

A economia internacional enfrentou, nos anos setenta, do século XX, um quadro de crise estrutural que acarretou um processo de globalização do capital, por meio da integração e da internacionalização de várias etapas do processo produtivo. Essa crise trouxe consigo a imposição de um amplo processo de reestruturação do capital, a fim de instalar um novo modo de acumulação, como meio de sair da crise e também de aumentar o equilíbrio do sistema capitalista como um todo. A reestruturação do capital, em países de economias avançadas, se fez com inovações técnicas, organizacionais e financeiras, permitindo que, durante a década de oitenta, essas economias enfrentassem uma expansão sustentada pela estabilidade de preços, com recuperação do aumento da produtividade e geração de novas tecnologias.

Na busca de qualidade, agilidade, simplicidade e competitividade, mediante um processo de transferências a terceiros das atividades acessórias, partiu-se da premissa que as empresas deveriam se preocupar em focar sua atenção apenas na atividade-fim, sobrando mais tempo e mais capital para a sua atividade principal, surgindo os chamados processos de terceirização.

O ilustre jurista Luis Carlos Amorim Robortella conceitua o processo de terceirização da seguinte forma:

A palavra 'terceirização' incrustou-se definitivamente ao processo econômico, indicando a existência de um terceiro que, com competência, especialidade e qualidade, em condição de parceria, presta serviços ou produz bens para a empresa contratante.¹

Sérgio Pinto Martins prefere conceituar o processo de terceirização como sendo uma estratégia na forma da administração das empresas, que tem por objetivo organizá-la e estabelecer novos métodos para a atividade empresarial. Contudo, deve-se atentar aos problemas dela decorrentes, senão vejamos:

A terceirização não está definida em lei, nem há norma jurídica tratando, até o momento, do tema. Trata-se de uma estratégia na forma de administração das empresas, que tem por objetivo organizá-la e estabelecer métodos da atividade empresarial. No entanto a utilização da terceirização pelas empresas traz problemas jurídicos, que necessitam ser analisados, mormente no campo trabalhista.²

Diante disso, pode-se observar que o fenômeno da terceirização é novo no Direito do Trabalho brasileiro, vindo a assumir maior destaque nas últimas três décadas do segundo milênio.

Conforme já afirmado em períodos anteriores deste trabalho, a empresa moderna pauta-se em novos princípios de organização científica do trabalho, alterando não só a fábrica e o escritório, mas o sistema empresarial como um todo, submetendo-se a um verdadeiro processo de reestruturação, com a descentralização das atividades da empresa por meio de sub-contratações, caracterizando as tendências contemporâneas, com reflexos sobre as relações individuais e coletivas de trabalho; tudo isso, pela imposição do fenômeno globalizante, que obriga as empresas multinacionais a produzirem partes de um mesmo produto em países diferentes, para montagem em um terceiro local.

Pode-se, dizer ainda, que a reestruturação produtiva é o termo que engloba o grande processo de mudanças ocorridas nas empresas, por meio da introdução de inovações, tanto nos equipamentos e máquinas, aqui automatizados, como organizacionais e de gestão, buscando-se alcançar uma organização do trabalho integrada e flexível.

¹ ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1994, p. 236.

² MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 23.

Reverendo a teoria geral da administração até os anos 1970, no Brasil, as organizações caracterizavam-se por terem uma estrutura predominantemente formal, hierarquizada, departamentalizada, com centralização de informações e decisões, estrutura esta criada com base nas grandes empresas industriais. Nessa estrutura, eram visíveis a extrema parcerização das tarefas, a utilização da mão-de-obra não qualificada e os altos índices de rotatividade. A relação entre as firmas caracterizava-se pela concorrência, verificando-se poucos movimentos, no sentido de buscar a cooperação mútua.

Já os padrões de produção de tais organizações eram marcados principalmente: a) a produção em massa, com bens com baixa diferenciação; b) a produção em linha de montagem, onde era programada em setor específico e empurrada para as vendas; c) a mecanização do fluxo de produção; d) e a presença de estoques. A esse padrão de produção correspondia uma padronização do maquinário e do equipamento, da mão-de-obra e das matérias primas. Essa estrutura pressupunha um mercado inesgotável, com maior demanda por produtos do que oferta.

Por sua vez, a organização e a gestão do trabalho baseavam-se na divisão das tarefas e, conseqüentemente, na especialização do trabalhador, na separação entre execução e produção (ficando a execução a cargo dos níveis hierárquicos mais elevados) e no aumento do controle (buscando a certificação de que o trabalho estava sendo executado de acordo com os padrões estabelecidos). Dessa forma, o trabalhador passou a ter seus movimentos e seu ritmo de trabalho controlados pela máquina e pela organização racional do trabalho. O trabalho passou a ser rotineiro, com pequeno grau de envolvimento dos operários, e a produção era estimulada principalmente por incentivos financeiros e fiscais.

Esse conjunto de características ficou conhecido como o paradigma taylorista/fordista, ou o modelo de produção fordista, que durante muito tempo serviu como base para a administração das empresas. Mais do que um modelo de produção, representou também uma forma de dominação do capital, expropriando do trabalhador seu saber específico, desqualificando seu ofício e desorganizando sua forma de luta política, na medida em que individualizava o operário no interior da fábrica.³

Porém, com o acirramento da concorrência, a partir da década de 70, em nível mundial, e do início dos anos 1990, no Brasil, esse padrão de acumulação de capital entrou em crise devido a fatores como a saturação do mercado de bens duráveis, a perda do poder aquisitivo dos consumidores, a entrada de novos países produtores e a formação de blocos regionais. Começou-se a buscar novos modelos de organizações frente aos desafios de competitividade, através dos quais as empresas

³GIDDENS, Anthony, et al. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997, p. 40 e *passim*.

poderiam sobreviver. Com o constante desenvolvimento de novos conhecimentos técnicos-científicos formou uma nova base tecnológica, cujos produtos passaram a estar à disposição da sociedade, de maneira relativamente ampla (baixo custo e fácil acesso). Essa nova economia passou a exigir uma estrutura organizacional que, se não definitivamente rompesse com o antigo modelo, deveria buscar alternativas aos seus aspectos mais frágeis.

No quadro da crise brasileira dos anos 1980, o Japão, especialmente no que tange à indústria automobilística, passou a ser tomado por dirigentes empresariais como modelo referencial de desenvolvimento industrial e, conseqüentemente, fonte de inúmeros estudos que buscaram identificar sua estrutura e sua estratégia de competitividade. Posteriormente, o caso sueco na produção em média-série e o caso italiano também foram vistos por estudiosos a cerca do tema como modelos alternativos para a obtenção de melhorias de qualidade e de produtividade. A referência a esses modelos organizacionais possibilitou a elaboração de estratégias de sobrevivência das empresas brasileiras, nos mercados interno e externo, por mostrarem-se capazes de promover a redução de custos de produção, e ao mesmo tempo assegurar a qualidade dos produtos e a flexibilização da oferta (diversidade e rapidez).

A partir desses estudos, observou-se que, para que tais modelos servissem de exemplo para outras economias que não as que lhe deram origem, seriam necessárias não apenas mudanças de maquinários e equipamentos, mas, principalmente, novas formas de organização do trabalho. Tornar-se-ia imprescindível uma ruptura com o padrão até então vigente, buscando-se organizar a empresa de forma mais flexível e integrada, de modo que elevasse a produtividade em um ambiente marcado pela imprevisibilidade do mercado. Faziam-se necessárias estruturas organizacionais mais planas, mais ágeis e mais enxutas, que possibilitassem uma redução de custos e uma diferenciação das empresas frente aos seus concorrentes, através de ações como lançamento de novos produtos, aumento da qualidade, rapidez na entrega e melhoria dos serviços associados ao produto, assim como novos padrões de relação inter-firmas. Substitui-se, assim, os sistemas homogêneos típicos do fordismo e cria-se uma nova cultura empresarial e com ela um novo mundo do trabalho e uma forma diferente de comportamento entre as pessoas.⁴

As empresas adotaram uma estratégia orientada para a descentralização produtiva, focalizando seu negócio principal, ou seja, missão da produção e, em paralelo, desenvolvendo ou contratando outras empresas especializadas em atividades, serviços de apoio, fornecedoras de componentes de produtos finais,

⁴ KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

ou seja, a terceirização. Surge, assim, a necessidade de um novo relacionamento, semelhante ao que ocorre no Japão, onde as grandes empresas estabeleceram vínculos estreitos com suas terceiras, vínculos esses que incluem o desenvolvimento conjunto de novos projetos e/ou o aperfeiçoamento de componentes já existentes, através de auxílio técnico, uso comum de laboratórios, pessoal e equipamentos.

Essa é uma das características-chave da especialização flexível, em que a cooperação entre as unidades produtivas é imprescindível e vem desencadear um processo novo de fabricação. O produto passa a percorrer uma rota através de equipamentos e instalações de diferentes unidades produtivas autônomas. A empresa-mãe concentra suas atividades, reduzindo o número de processos de transformação, e passa a sub-controlar ou desenvolver outras empresas, formando-se uma cadeia de produção ordenada e eficiente. Essa organização leva as empresas menores a enfrentarem problemas como o acesso às fontes de matérias primas, aos financiamentos, às informações, entre outras utilidades. Por outro lado, responde a necessidade das organizações mais rapidamente, às oscilações da demanda, podendo lançar novos produtos em tempo curto, ou seja, diversificar seus bens.⁵

Entre os benefícios decorrentes dessa mudança, destacam-se: redução do nível de estoques; diminuição dos riscos de grandes investimentos em uma planta muito verticalizada, descentralização gerencial, que torna o sistema produtivo mais eficaz; redução dos custos de trabalho; economia de escala; transformações de custos fixos em variáveis; aumento dos montantes destinados à pesquisa e desenvolvimento, pelo conjunto das empresas e potencialização do processo de aprendizagem mútuo.

Porém, estudos apontam que existem fatores que dificultam o estabelecimento desta nova relação de cooperação que possibilite às empresas obterem uma eficiência coletiva, como a cultura conservadora dos empresários, ou seja, a valorização da competição inter-firmas, a instabilidade econômica, a tradição centralizadora do Estado, a cultura conservadora dos sindicatos, que dificulta a negociação das novas tecnologias, e as práticas tayloristas/fordistas, ainda comum em várias empresas.

No Brasil, as pesquisas sobre relações inter-firmas ainda não são muitas. Mesmo assim, tem-se observado que a terceirização tem sido utilizada mais como uma estratégia de enxugamento frente a recessão, buscando-se principalmente corte nos custos, envolvendo pessoas, não favorecendo ainda à formação de uma cadeia de cooperação. Em outras palavras, o processo de terceirização parece não estar vinculado em toda a sua extensão à descentralização empresarial, à especialização da produção, que possibilite a eficiência coletiva. De forma inversa, propõe-se através da terceirização, a redução do custo da mão-de-obra, estando longe da eficiência empresarial.

⁵ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação*. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 39 e *passim*.

No Brasil, com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, através do seu art. 445, delimitou-se a sub-contratação de mão-de-obra, no que se refere à empreitada e sub-empreitada (década de 1940), onde a terceirização não constituía fenômeno com a abrangência assumida, sendo praticamente quase desconhecida.

Dessa forma, a terceirização passou efetivamente a ter grande relevância, com a acentuação industrializante, que efetivamente se desenvolveu no Brasil a partir da década de quarenta. Entre as décadas de sessenta e setenta, a legislação incorporou a Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974, que regulou especificamente o trabalho temporário, que se constitui em uma das formas de terceirização, com a particularidade de que as empresas de trabalho temporário em sua criação dependiam da autorização do poder público através do Ministério do trabalho (artigos 5º e 6º da Lei nº 6.019/74).

Algum tempo depois, começou a ser regulamentado o trabalho terceirizado, através da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, que passou a regular os serviços de vigilância bancária, que, diferentemente da lei anterior, é oferecido em caráter permanente, dispondo-se inclusive sobre a constituição, direção e forma de funcionamento das empresas de vigilância.

Nota-se que, nos dois casos, as empresas de terceirização necessitam cumprir determinadas exigências para a sua constituição e funcionamento, o que é seguido por alguns países europeus, como leciona Souto Maior, citando Vieira de Almeida Rezende, que se refere à terceirização na Espanha:

Na Espanha, segundo informa Roberto Vieira de Almeida Rezende, a jurisprudência acolhe como autêntica a subcontratação de trabalhadores quando verifica que, além de deter o poder de comando e gerenciamento diretos do trabalho, **a empresa tem atividade empresarial própria, com patrimônio e instrumental suficiente e compatível para consecução de seus fins.** [...]

Para o Direito Espanhol, a subcontratação de trabalhadores é considerada lícita, mas normalmente, virá acompanhada da responsabilidade solidária da empresa principal às obrigações da subcontratada com seus trabalhadores com a Seguridade Social. O art. 42 do Estatuto dos Trabalhadores estabelece que os empresários que contratem ou sub-contratem com outros a realização de obras ou serviços correspondentes à própria atividade daqueles deverão comprovar que ditos contratados estejam com o pagamento das cotas de Seguridade Social em dia (grifos nossos).⁶

⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Terceirização sob uma perspectiva humanista. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. 70, n. 1, p. 124, jan./jun., 2004.

Contudo, ao longo dos últimos 30 anos no Brasil, independentemente de texto legal que autorizasse tal prática, com exceção ao modelo empregatício clássico, passou a ter um crescimento incontrolável de práticas de terceirização da força de trabalho, sendo um dos primeiros os trabalhos de conservação e limpeza, seguindo-se por outros, como por exemplo, o de treinamento de pessoal e a digitação de lançamentos bancários. Embora ocorresse o aumento do número de empresas de terceirização, não foram exigências para a sua constituição. Não existe a necessidade do cumprimento de qualquer requisito de constituição, salvo para os casos aqui citados (trabalho temporário e vigilância), que não estão voltados a oferecer qualquer garantia aos seus empregados.

A jurisprudência pátria, nos anos de 1980 e 1990, deu maior atenção ao tema, que se generalizava com frequência, cada vez mais significativo no âmbito do mercado laborativo do país, de modo a ser editado pelo Tribunal Superior do Trabalho duas súmulas de jurisprudência uniforme, sendo a de número 256, de 1986, cancelada pela Resolução nº 121, de 28 de outubro de 2003 e a Súmula nº 331, de fins de dezembro de 1993, que tratou sobre a forma de contratação do trabalho terceirizado, das variadas hipóteses para a criação do vínculo de emprego com a tomadora, da autorização para a terceirização de atividades-meio e não atividades-fim, e da responsabilidade do tomador da prestação de serviço terceirizado em relação ao empregado que presta os serviços.

Amauri Mascaro do Nascimento esclarece:

Essa é a diretriz estabelecida pelo Enunciado n.331 do Tribunal Superior do Trabalho sobre contratação da prestação de serviços entre empresas, que fixou as seguintes regras: a) ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário; b) a licitude da terceirização de serviços de vigilância (lei n. 7.102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligado à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direto; c) a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto às obrigações trabalhistas da empresa contratada, nos casos de inadimplemento desta perante os seus trabalhadores, devendo a empresa contratante integrar o processo trabalhista para que possa ser condenada a esses pagamentos.⁷

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 28 ed., São Paulo: LTR, 2002, p. 194.

Ao mesmo tempo em que se desenvolvia a terceirização no Brasil, também eram construídos argumentos contrários ao processo de terceirização, como por exemplo: a) que a terceirização afetava o núcleo do contrato de trabalho, reduzindo direitos e obrigações dos empregados, ferindo a própria dignidade do trabalhador e estabelecendo um novo tipo de trabalhador que não se fixava a uma localidade apenas de trabalho, e b) com a terceirização agravava-se o processo de precarização da mão-de-obra.

Jorge Luiz Souto Maior, fazendo referência direta à Súmula 331 do TST que tratou sobre a terceirização, em especial quanto à divisão entre atividades-fim e atividades-meio, sendo permitida a terceirização em relação a esses últimos, fez as seguintes críticas:

Dentro do modelo jurídico atual, ditado pelo Enunciado nº 331 (*agora súmula*) do TST, portanto, uma empresa pode oferecer mão-de-obra a outra empresa para executar serviços no âmbito da primeira, desde que estes serviços não se vinculem à atividade-fim daquela que contrata a mão-de-obra e desde que não haja subordinação direta dos trabalhadores à empresa tomadora. Além disso, no caso de não-pagamento dos créditos trabalhistas desses trabalhadores por parte da empresa prestadora, a tomadora será considerada responsável, subsidiariamente, na obrigação de adimplir tais créditos.

O critério jurídico adotado, no entanto, não foi feliz. Primeiro porque, para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, partiu-se de um pressuposto muitas vezes não demonstrável, qual seja, a diferença entre atividade-fim e atividade-meio. É plenamente inseguro tentar definir o que vem a ser uma e outra. O serviço de limpeza, por exemplo, normalmente apontado como atividade-meio, em se tratando de um hospital, seria realmente uma atividade-meio?

O mais grave é que a definição jurídica, estabelecida no Enunciado nº 331, do TST, afastou-se da própria realidade produtiva. Em outras palavras, o Enunciado nº 331, sob o pretexto de regular o fenômeno da terceirização, acabou legalizando a mera intermediação de mão-de-obra, que era considerada ilícita no Brasil, conforme orientação que se continha no Enunciado nº 256 do TST.⁸

Por fim, nota-se que, no conjunto, pelo menos em termos de propaganda do instituto, um dos objetivos básicos das empresas com a terceirização tem sido

⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Terceirização sob uma perspectiva humanista. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. 70, n. 1, p. 1119-120, jan./jun., 2004.

a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, além da redução do preço final do produto ou serviço. Não se pode negar, ainda, que existe um forte apelo na defesa da terceirização, enquanto forma de desburocratização da estrutura organizacional da empresa. Quanto à veracidade ou não dessas assertivas, é outra questão que merece ser debatida a partir de estudos econômicos, administrativos e contábeis, o que coloca em dúvida se o carro chefe que apresenta a terceirização, ou seja, a efetiva economia empresarial, realmente é verdadeiro.

Com relação especificamente à precarização do trabalho, escreve Márcio Túlio Vianna que a precarização é a própria lógica da terceirização, uma vez que as empresas de terceirização (empresas prestadoras de serviço), para garantir a prestação dos seus serviços, diante das dificuldades de investimentos, acabam, para redução do seu custo, precarizando o trabalho, no sentido de pagar abaixo do mercado os seus empregados, para possibilitar-lhe a oferta de serviços por um preço acessível, a fim de ganhar a concorrência, inclusive em relação às outras empresas de serviço.⁹

Para Ophir Cavalcante Junior, a terceirização nada mais é que: “a relação de trabalho típico que envolve dois pólos, de um lado o empregado, e, de outro, o empregador”; mais adiante, esclarece que “terceirização, como tendência econômica de reorganização da produção capitalista implica alteração do modelo vigente de relação de emprego, quebrando a bi-polarização de há muito conhecida.”¹⁰

O aspecto que provoca a necessidade de reestruturação é pura e simplesmente, econômico, que tem a possibilidade de transformar custos fixos em variáveis, eliminando boa parte das operações não essenciais e liberando capital para aplicação na melhoria do processo produtivo, em novas tecnologias, em novos produtos. Com esse novo método proveitoso defende-se a tese que, com a terceirização, economiza-se custo com contratações e treinamento de empregado, bem como com os respectivos encargos deles decorrentes.

A reestruturação produtiva ainda pode ser conceituada como um novo padrão de acumulação de capital, de organização, de produção, pelo qual empresários passam a buscar melhores capacidades competitivas através de novas formas de ganhos de produtividade aliados à flexibilidade da produção.

Visando a adequar o aparelho produtivo às novas exigências de um mercado de muita produção e pouco consumo, numa concorrência não só em nível nacional, mas principalmente internacional, com produtos de qualidade e em constante inovação, justifica-se a terceirização do trabalho como sendo um dos requisitos necessários, para obter sucesso nessa nova forma de produzir, e essa capacidade de inovação, é o elemento diferencial estratégico para as empresas.

⁹ VIANNA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; DIAS, Fernanda Melazo. *O novo contrato de trabalho: teoria, prática e crítica da Lei nº 9.601/98*, São Paulo: LTr., 1998, p. 27.

¹⁰ CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir. *A terceirização das relações laborais*. São Paulo: LTR, 1996, p. 72.

No entanto, as empresas de terceirização devem fornecer um suporte mínimo, garantias para os seus trabalhadores, impondo um controle do Estado para a sua criação.

3. Os efeitos da reestruturação produtiva aliada à terceirização em relação ao mercado de trabalho no Brasil

No que se refere aos efeitos da reestruturação produtiva no Brasil, através da utilização da terceirização, pode ser citada a desigualdade salarial, pois, mesmo que seja uma terceirização lícita, ela provocará, naturalmente, desigualdades de tratamento e de direitos, ferindo assim o princípio constitucional da isonomia, uma vez que o tratamento diferenciado ao obreiro terceirizado em face dos trabalhadores diretamente admitidos pela empresa tomadora de serviços terceirizados é comum, principalmente no que se refere à sua remuneração, merecendo tal ponto ser desenvolvido e aprofundado ao longo do tempo, para que não se deixe perder a tutela jurisdicional aplicável ao direito do trabalho, em especial ao trabalhador terceirizado.

Nesse sentido, vale citar decisão do Tribunal Regional do Trabalho mineiro

A evolução que admite a terceirização não pode, validamente, implicar em desigualdade social, ou em acirrar a sociedade injusta para atrair a prevalência de menor custo em detrimento do trabalhador com aumento de lucratividade do empreendimento. Os objetivos da terceirização não se lastreiam em lucro maior ou menor. Utilizá-la para pagar salários menores que os observados pela tomadora quanto aos seus empregados que exercem a mesma atividade é ilegítimo, constituindo-se em prática voltada à distorção dos preceitos protetivos da legislação trabalhista. Dentre as suas vantagens não se inclui a diversidade salarial ou de direitos individuais do empregado e independente da pessoa que seja seu empregador. O empregado de terceirizante, que desenvolve seu trabalho em atividade terceirizada, tem os mesmos direitos individuais e salários dos empregados da tomadora dos serviços exercentes da mesma função (TRT 3ª R. – 2ª Turma – RO 16.763/95 – Rel. Ricardo ^a Mohallem – DJMG 29.03.1996 – p. 40).

Aplicável, pois, o princípio da isonomia, que visa coibir esta prática, tendo em vista não só o caráter remuneratório, mas sim todas as parcelas de caráter salarial, cabíveis aos empregados originários da entidade tomadora, tais como: décimo terceiro salário, jornada, adicional noturno, vantagens salariais normativas

etc. Portanto, não há dúvida de que o salário equitativo aplica-se plenamente ao trabalhador temporário ou terceirizado, não cabendo qualquer distinção em relação aos outros empregados não vinculados a empresas de terceirização.

Mauricio Godinho Delgado esclarece:

A fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratório, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país. Reduzir a terceirização a simples mecanismo de tangenciamento, da aplicação da legislação trabalhista é suprimir o que pode haver de tecnologicamente válido em tal fórmula de gestão trabalhista, colocando-a contra a essência do direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea.¹¹

Luis Carlos Amorim Robortella conclui que a reestruturação através da terceirização, desmistifica um suposto caráter de modernidade, pois causa desemprego, redução salarial, piora as condições de saúde e segurança do trabalho, elimina benefícios sociais diretos e indiretos. É, também, considerado como um instrumento para combater o movimento sindical e as conquistas do conjunto dos trabalhadores, afirmando que existem inúmeras armadilhas, assim explicadas pelo autor:

- a) serve de instrumento de combate às entidades sindicais;
- b) reduz o número de empregos;
- c) permite degradação do ambiente de trabalho e das condições de segurança e higiene, já que as subcontratadas geralmente não tem a estrutura das empresas contratantes;
- d) gera o paradoxo de existir dois patrões a comandar o processo, ou, em certos casos, de inexistir patrão definido;
- e) desintegra a identidade de classe dos trabalhadores;
- f) dificulta a filiação, organização e militância sindical.¹²

Deve-se, antes de tudo, por à frente de qualquer relação de trabalho os preceitos constitucionais concernentes a idéia da isonomia inserida no art. 5º inciso I, da Constituição Federal, ainda aplicáveis à aqueles relativos à prevalência na

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 447.

¹² ROBORELLA, Luis Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1994, p. 239.

ordem jurídica dos direitos sociotrabalhistas elencados no art. 1º, incisos III e IV, art. 3º, I e III e IV, art. 4º, II, art. 6º, art. 7º caput, VI, VII, X, art. 170, III e art. 193, todos do mesmo diploma legal.

Só a título de esclarecimento, traz-se à baila o art. 7º, XXXII, da Carta Magna, que assim estabelece a “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”. Portanto, a Lei Maior veda qualquer tipo de discriminação sócio-trabalhista produzida pela terceirização, associada aos demais dispositivos constitucionais citados.

Outro dispositivo constitucional que merece ser lembrado é o artigo 170 do texto constitucional, que diz respeito à ordem econômica, que, segundo o mesmo artigo, deve estar fundada na valorização do trabalho humano. Pela expressão trabalho humano deve ser entendido trabalho digno, trabalho que efetivamente valorize o homem e não o trabalho despersonalizado, aquele que se baseia na exploração do homem, ao ponto de restar-lhe como retribuição do seu trabalho apenas o necessário para a sua subsistência, a fim de que possa continuar trabalhando nas mesmas condições. Desta feita, o trabalho prestado dessa forma, que pode ser produzido em parte pelo procedimento maléfico de aplicar a terceirização, com o tratamento desigual do trabalhador, vinculado à empresa de terceirização, contrariando as colunas que devem sustentar a ordem econômica, dentre as quais o trabalho digno.

Também não pode ser esquecida a função social da empresa, que está contida no artigo 170, inciso III da Constituição Federal, advinda da função social da propriedade, onde o poder de direção do empregador, que apesar de potestativo, sofre limitações no seu emprego, a partir do momento em que deve gerar um trabalho digno, ainda que, através da terceirização de determinadas atividades empresariais. Em outras palavras, a valorização do trabalho deve continuar existindo, independentemente dele ser prestado pelos empregados diretos ou através de empresas interpostas.

Não se quer com as colocações até aqui feitas eliminar a terceirização, atribuindo-lhe a mecha de algo maléfico. O que se quer é frear os efeitos nocivos que podem ser produzidos por uma terceirização, que, ainda que realizada nos moldes legais, pode vir a produzir um sub-empregado, caracterizado por um trabalho que propositadamente é desvalorizado, discriminado e, ao mesmo tempo, utilizado como uma forma de redução de custos, com vistas ao incremento e obtenção da elevação de lucros, no mercado produtivo.

Tudo indica que a nova forma de produzir, os novos métodos e as inovações crescentes não deixarão de existir e continuarão ocorrendo com a mesma ou maior intensidade. Os modos de produção se alteram, se interpenetram, se transformam. Com eles, os sistemas gerenciais também se transformam e a terceirização é apenas uma parte ou elemento dessa transformação, o que torna difícil as buscas por sua eliminação.

A terceirização continuará ocorrendo e se desenvolvendo, ganhando outras formas e contornos. O que precisa é o seu aperfeiçoamento, sugerindo-se aqui o controle ou regulação pelo Estado, quando da criação das empresas de terceirização, e o efetivo tratamento isonômico dos empregados que se vinculam a essas empresas em relação a todos os demais empregados.

Conclusão

01- As empresas adotam novas estratégias de proteção devido às alterações ocorridas no meio empresarial, constituindo-se novo padrão de conduta empresarial, social e nas relações de trabalho;

02- Várias estratégias administrativas e econômicas surgem para otimizar a produção, de forma a gerar condições empresariais de competitividade;

03- Os projetos de aperfeiçoamento na administração empresarial desencadeiam o surgimento de novas corporações, de novas formas de divisão do trabalho no plano interno da empresa e no plano externo, na medida em que parte das suas atividades passam a ser feitas por outras empresas, de forma a fazer surgir várias cadeias produtivas, ordenadas e sistematizadas;

04- A terceirização consegue obter sua justificativa a partir dessas transformações ocorridas no meio empresarial, principalmente, produto de uma empresa globalizada;

05- Enquanto forma de prestação de serviço, através de empresa interposta, deve continuar a valorizar o empregado, não podendo ser apenas um procedimento de redução de custos empresariais.

06- No Brasil, tem sido notado que o processo de terceirização é valorizado somente dentro desta vertente, ou seja, da redução de custos, sem dar atenção para os efeitos maléficos que este procedimento está criando para o trabalho humano;

07- A ordem econômica, que está fundada na valorização do trabalho humano, com vistas a obter a dignidade do trabalho, que significa a sua realização enquanto ser humano criativo, não pode deixar de sobreviver no processo de terceirização. Aspectos como solidariedade, identificação funcional, responsabilidade empresarial são componentes impostos constitucionalmente, não importando a forma de relação de trabalho estabelecida ou suas circunstâncias criadoras.

08- O processo de terceirização não deve ser avaliado pelo seu procedimento, por ter a participação de empresas interpostas, por se tratar do resultado de planejamentos empresariais que caminham para uma desconcentração de poder. Deve ser apreendido pelos resultados sociais que estão sendo produzidos através desse processo.

REFERÊNCIAS

- CASTELLS, Manoel. *A sociedade em rede: a era da informação*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.v.1.
- CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir. *A terceirização das relações laborais*. São Paulo: LTR, 1996.
- GIDDENS, Anthony. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997.
- KUMAR, Krishan. *Da Sociedade Pós-industrial à Pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Terceirização sob uma perspectiva humanista. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional v. 70, n. 1, jan./jun. 2004.
- MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1994.
- VIANNA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; DIAS, Fernanda Melazo. *O novo contrato de trabalho: teoria, prática e crítica da Lei nº 9.601/98*. São Paulo: LTr., 1998.

A TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA PARA PEQUENAS EMPRESAS: MECANISMO PARA POSITIVAR VALORES E PRINCÍPIOS ECONÔMICO-CONSTITUCIONAIS

DIFFERENT TAX FOR SMALL COMPANIES: MECHANISM TO POSITIVE VALUES AND CONSTITUTIONAL ECONOMIC PRINCIPLES

César Maurício ZANLUCHI*
Marlene Kempfer BASSOLI**

RESUMO

Visando a satisfazer os ideários dos modelos democráticos e republicanos do Estado brasileiro, que enaltecem os valores da liberdade e da igualdade, foi destinado ao Estado o dever de desferir um tratamento diferenciado aos pequenos empresários. O intuito é garantir o acesso e a permanência na atividade econômica ante a confirmada desigualdade de condições com as grandes empresas. Ao Estado é dado o patronato de estabelecer políticas públicas que concretizem as normas constitucionais reunidas no capítulo que apresenta o regime jurídico-econômico, a partir de 1988, no Brasil. Deve assim, conceder às microempresas e empresas de pequeno porte um tratamento diferenciado, no âmbito tributário, de deveres administrativos e creditícios, conforme prescrito na Constituição no Art. 170, IX e Art. 179. A União, no exercício da competência tributária, editou a Lei nº 9.317/96, instituindo o sistema integrado para pagamentos de tributos federais, denominado regime tributário SIMPLES FEDERAL. Em seu Art. 2º, indicou o critério do faturamento para qualificar empresas nesta categoria. No entanto, no Art.

* Mestre em Direito pela UNIMAR - Universidade de Marília, professor da UNIMEP, campus Lins e Piracicaba-SP, Curso de Pós-graduação da (ESA – Escola Superior de Advocacia), São João da Boa Vista (UNIFEOP), Bauru-SP (INTEGRALE) .

** Mestre e Doutora em Direito pela PUC-SP, professora dos Programas de Mestrado em Direito da UNIMAR -Universidade de Marília-SP e UEL - Universidade Estadual de Londrina-Pr.

9º, utilizou-se de critérios diferentes do faturamento e, com isto, exclui do direito constitucional a este tratamento especial. Ao impor um tratamento diferenciado aos pequenos empresários, garantiu-se a igualdade material, que por sua vez, positiva os direitos, já referidos, de acesso (livre iniciativa), permanência e de condições para o enfrentamento das regras da livre concorrência. As exclusões de pequenas empresas têm reflexos jurídicos, sociais e econômicos graves. Entre eles, a diminuição das oportunidades de emprego e o desenvolvimento sócio-econômico do País. Tais constatações comprovam um desencontro entre políticas públicas desejadas pelo Estado brasileiro e políticas públicas praticadas pelos governos. Sob o aspecto constitucional, as políticas do Estado são irrenunciáveis. Assim, a inconstitucionalidade da Lei deve ser discutida.

Palavras-chave: Tributação diferenciada; microempresas e empresas de pequeno porte; democracia e igualdade.

ABSTRACT

Aiming at satisfying the ideals of democratic and republic's patterns of the Brazilian State that exalt the values of freedom and equality, the government was in charge of striking a distinct treatment to small entrepreneurs. The purpose is to guarantee their access and permanence in the economic activity, trying to avoid the confirmed inequality of conditions when concerning bigger companies. To the government is given the patronage to establish public policies that can materialize constitutional rules congregated on the chapter that is destined for the legal economic regime adopted since 1988 in Brazil. Thus, it must grant micro and small business companies a distinct treatment in the tributary area, an administrative and credit duties as prescribed in the articles 170, IX and 179. The government, in the exercise of the tributary competency, has published the law number 9.317/96, establishing the integrated system for payments of federal tributes called "tributário SIMPLES FEDERAL" regime. Its second Article indicates a certain invoicing in order to qualify entrepreneurs in this category. Nevertheless, the ninth Article uses different criteria in invoicing excluding the Constitutional law to this special treatment. By imposing a different treatment to small entrepreneurs, equality was guaranteed and it makes its access permanence of rights (free of initiative), positive, and also allows them to confront the business competition free rules. The exclusion of small entrepreneurs has a bad juridical, social and economical reflex, such as: decrease of jobs opportunity and social economic development of the country. Such statements prove a disagreement between public policies wished by the governments and those effectively established. Under a

constitutional aspect, the State policies are not rejectable. So, the unconstitutionality of the law must be discussed.

Key-words: Different tax; micro and small business companies; democracy; equality.

1. Introdução

Neste ano de 2006, festejam-se 18 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. É oportuno fazer-se uma reflexão sobre os avanços esperados e aqueles efetivamente alcançados. O recorte proposto é para o âmbito dos direitos positivados, no capítulo da ordem econômica, especificamente quanto àqueles que deveriam ser vivenciados pelos micro e pequenos empresários. Sendo assim, esses estudos foram motivados pela busca em identificar atitudes governamentais que inviabilizam o acesso ao direito de tratamento diferenciado que estes empresários têm assegurado, em nível constitucional.

Algumas premissas precisam ser definidas, para o intento da pesquisa: reconhece-se que a solução do problema está no ordenamento jurídico, no nível constitucional, ao estabelecer o regime jurídico-econômico; é possível identificar um direito subjetivo dos destinatários dessas normas e o correlato dever jurídico dos governos de intervirem na ordem econômica, de forma indireta, por meio da regulação normativa e do incentivo, a partir de uma interpretação sistemática do Art. 170, IV, IX e parágrafo único, além do disposto no Art. 179, da Constituição Federal; que os parâmetros constitucionais são os únicos válidos para identificar quais empresas devem ser qualificadas como micro e pequenas empresas, titular dos direitos a tratamento diferenciado, sob pena do vício da inconstitucionalidade.

Este estudo pretende demonstrar que os direitos constitucionais precisam de efetividade, especialmente face à relevância da atuação das pequenas e microempresas no mercado e pelo seu destaque em várias pesquisas econômicas. Elas têm atuação importante no mercado: geram empregos; oferecem produtos e serviços, atendendo ao princípio da defesa dos interesses do consumidor e às premissas da livre concorrência, desenvolvem tecnologias, possibilitam a vivência com a livre iniciativa, enfim, participam ativamente para o desenvolvimento sócio-econômico do Brasil e para alcançar os objetivos em direção de justiça social.

Sendo assim, todos os esforços de interpretação da ordem econômica constitucional devem ser no sentido de que os direitos a elas garantidos deixem de ser uma expectativa e passem, em breve tempo, a ser uma realidade.

1. A estruturação do ordenamento jurídico constitucional e a positivação de seus valores

O ordenamento jurídico é um sistema de proposições de direito composto por normas dispostas numa estrutura hierárquica convergente da norma fundamental,¹ formando com ela uma pirâmide normativa.² Cada uma das unidades normativas têm fundamento de validade formal e material, nas normas imediatamente superiores, retornando ao nível constitucional de onde originaram .

As normas componentes do ordenamento jurídico, conforme sistematização de Bobbio, dividem-se em dois grupos: normas de comportamento e normas de estrutura.³ As primeiras têm por destinatários as condutas das pessoas nas relações de intersubjetividade, que acontecem no nível dos fatos, da convivência humana. Prescrevem um dever-ser jurídico indicando comportamentos obrigatórios, permitidos ou proibidos. As normas de estrutura têm por destinatários os sujeitos produtores de normas. Têm como conteúdo estabelecer limites para a produção de normas de comportamento ou mesmo outras normas de estruturas. Elas dispõem sobre órgãos do estado, procedimentos e modos pelos quais as normas devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema.⁴

1.1. Estrutura da norma jurídica

A norma jurídica é a unidade do ordenamento jurídico e sua composição é bimembre, ou seja, norma primária (direito material) e norma secundária (direito processual). Este é o posicionamento atual de Hans Kelsen⁵, para quem as normas primárias indicam o fato jurídico e prescrevem uma conduta humana a ser seguida e seus reflexos no universo jurídico (relação jurídica); já as secundárias são as que indicam a antijuridicidade (descumprimento de dever jurídico) e a respectiva sanção. Carlos Cossio,⁶ mesmo se coadunando com o entendimento de Kelsen, dá uma outra denominação às normas: endonormas e perinormas.

Da análise dessas normas, sob aspecto da Lógica Jurídica, especificamente nos estudos normativos em plano sintático, tem-se que elas podem ser construídas

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 135-138.

² CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Op cit.* p 138-139.

⁴ *Ibidem*, p. 139.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986, p. 181.

⁶ COSSIO, Carlos. 1964, *apud* CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 45-47.

a partir da moldura das proposições hipotéticas condicionais: “se (antecedente) **então** (conseqüente)”. É a composição interna das normas jurídicas. Para a norma primária, no antecedente, há a descrição de um fato de relevância jurídica (fato jurídico) e, no conseqüente, a prescrição de uma conduta proibida, obrigatória ou permitida (modais deônticos), relação jurídica material, em que está o direito subjetivo. Para a norma secundária, no antecedente, tem-se a descrição do descumprimento de um dever (antijuridicidade) e, no conseqüente, a prescrição da sanção jurídica, relação jurídica processual, em que estão os direitos de ação, de defesa e a pretensão a ser discutida perante o Estado-juiz.

Nessa estrutura são identificados dois “*dever-ser*”. O *dever ser* interproposicional, que seria o enlace entre o antecedente e o conseqüente, posto por uma decisão política pré-legislativa (liberdade do legislador), vinculando para determinado antecedente, a um ou mais conseqüentes. O *dever-ser* intraproposicional, alojado nas relações jurídicas, ou seja, prescrevendo as condutas jurídicas (modais deônticos) desejadas.

As normas jurídicas prescrevem, explícita ou implicitamente, o *deve-ser*, a conduta dos indivíduos, das autoridades e das instituições na vida social. “É um princípio diretivo da conduta”⁷.

Paulo de Barros Carvalho⁸, com amparo na teoria adotada por Norberto Bobbio, em sua obra *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, expõe que a norma jurídica apresenta-se como uma espécie do gênero “proposição prescritiva”, na forma de ação-tipo e força cogente, capaz de impor seus valores sociais hipotéticos.

[...] Comandos ou ordens seriam as proposições prescritivas de sujeito ativo coletivo ou pessoal e de sujeito passivo geral ou individual, mas que tivessem como objeto sempre um comportamento determinado concretamente, singular, vale dizer, aquele que uma vez cumprido exaure a força imperativa do comando. São as ‘prescrições concretas’. Por outro lado, normas seriam todas as proposições prescritivas, de sujeito ativo coletivo ou pessoal e de sujeito passivo geral ou individual desde que tivessem como objetivo um ação-tipo, em que a força cogente se renove sempre que o sujeito passivo venha a encontrar-se na situação hipoteticamente prevista. A esse tipo de proposições prescritivas Bobbio denomina de ‘prescrições abstratas’⁹.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 89.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

⁹ BOBBIO, Norberto. 1970, *apud* CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

Do exposto, é possível afirmar que por meio do fenômeno da produção normativa, a partir da estrutura apresentada, tem-se no Direito um dos instrumentos para que os valores eleitos pela sociedade como valores jurídicos possam ser realizados. Especialmente, porque na essência do Direito encontram-se os mecanismos da sanção e coerção estatal, para impor a conduta desejável. Essa imperatividade está presente em toda a norma jurídica, seja ela uma norma relacionada à organização e estruturação do Estado ou à regulação das relações sociais.

1.2 Estrutura do Sistema Normativo Constitucional

Considerando-se o conjunto normativo identificam-se sistemas normativos menores, sendo um desses o constitucional.

A Constituição assim é um “[...] sistema de proposições normativas, integrante de outro sistema de amplitude global que é o ordenamento jurídico vigente [...]”¹⁰. Como um sistema normativo, ela é composta por normas de estrutura e normas de comportamento, que têm por conteúdo tratar de matérias essencialmente e formalmente constitucionais.

Para positivar os modelos de estado, de governo, os direitos fundamentais, indicar valores jurídicos e outros temas constitucionais, o legislador constituinte utiliza, para a produção do texto jurídico, linguagem com termos abertos, que permitem absorção das realidades sociais vigentes em cada época. A partir dessa linguagem, é possível identificar valores e normas que podem ser princípios ou regras, que têm a capacidade de permitir a produção de normas, infraconstitucionais, para disciplinar as relações humanas em diferentes momentos, adaptando-se às mudanças que ocorrem no nível social. José Gomes Canotilho elenca, de modo bastante claro, as características constitucionais:

[...] o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este ponto de partida carece de descodificação: (1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* (Caliess), traduzido na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; (4) é um *sistema e regras e princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de regras.¹¹ (grifos do autor)

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 141-142.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 1145.

No ordenamento constitucional, os princípios e as regras não ocupam o mesmo grau de importância. Os princípios, diante do nível axiológico que carregam, estão em um grau diferenciado em relação às regras. Eles são alicerce, base, normas elementares de um ordenamento jurídico. Revelam um conjunto de preceitos de maior carga axiológica que os das regras.

Vários autores, entre os quais Alexy¹², Canotilho¹³, Bandeira de Mello¹⁴, Carraza¹⁵, Bonavides¹⁶ e Grau¹⁷, desenvolveram a idéia de princípio como sendo o ponto fundamental para a construção de um ordenamento constitucional.

Nas palavras de Karl Larenz¹⁸, ao tratar das características dos princípios, enaltecem que representam um papel de grande relevância para o ordenamento jurídico, por estabelecerem comandos fundamentais, auxiliares dos intérpretes, na aplicação de outras normas. Não possuem capacidade de aplicação direta, pois ainda lhes falta o caráter formal de proposição jurídica. Têm caráter normativo, pois direcionam as condutas a serem seguidas, porém sem força coativa direta. São dotados de comandos imperativos, com menor intensidade em relação ao das regras, mas são capazes de impor suas prescrições.

Um outro critério distintivo dos princípios em relação às regras é a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa.¹⁹ Eles, ao contrário das regras, possuem um conteúdo axiológico explícito, mas, para a positivação de tais valores, necessitam das regras, ou seja, passar pelo processo de positivação.

Os princípios podem ser analisados exaltando-se os valores por eles protegidos, sem, contudo, examinar os mecanismos necessários para a positivação desses mesmos valores. Por tal motivo, sobressaem como verdadeiros alicerces de um ordenamento jurídico.

Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que princípio é:

[...] por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre

¹² ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op cit.*

¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁵ CARRAZA, Roque Antonio. *Op cit.*

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁸ LARENZ, Karl. 1991. p. 23. *apud* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 27.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

diferentes normas compondo-lhe 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.²⁰

Para Geraldo Ataliba, princípios são

[...] as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências.²¹

Os autores referidos sublinham a idéia de que princípio está, necessariamente, relacionado a origem, início de um estudo ou de alguma coisa. Para a Ciência do Direito, o estudo dos princípios guarda especial importância, na medida em que eles figuram em todos os micro-sistemas jurídicos. Por serem os alicerces do ordenamento, se encontram no topo da estrutura normativa, seguidos pelas regras.

As normas jurídicas são proposições lógico-jurídicas que prescrevem comandos reguladores das atividades do mundo real, do mundo do *ser*. Os princípios, na mesma linha, prescrevem comandos direcionadores das atividades do mundo do *ser*, estão presentes, como espécies de normas jurídicas, no mundo do *dever-ser*. A inobservância dos comandos trazidos pelos princípios acarreta também antijuridicidade e, conseqüentemente, sanção. Considerando o nível hierárquico que ocupam no ordenamento, a sanção é a de invalidar a norma (regra) produzida em desconformidade.

1.2.1 Valores jurídicos e princípios constitucionais

Os valores extraídos do mundo do *ser* estão presentes na construção das normas jurídicas. As normas jurídicas estão impregnadas por esse componente axiológico, seja com maior ou menor intensidade, a depender de sua graduação dentro do ordenamento jurídico.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 807.

²¹ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 3ª tir. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 34.

Existem enunciados normativos que possuem uma carga maior de valor, como é o caso dos princípios. Por esse motivo, acabam exercendo influência na construção das normas de nível inferior, projetando-se também nas condutas a serem adotadas nas relações jurídicas.

Tanto os princípios quanto os valores exercem uma influência marcante na condução das relações sociais, porém ambos não se confundem. Conforme sistematização de Paulo de Barros Carvalho²², os princípios possuem característica de norma jurídica de posição hierárquica privilegiada e são capazes de promover limites objetivos. Os valores compõem a formação tanto das normas de estrutura quanto das normas de comportamento, mas são considerados independentemente da estrutura da norma. A fim de se tornar objetiva, a expressão dos fundamentos dos valores requer objetos da experiência social, mas os valores não se esgotam diante desses objetos. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho:

[...] Ainda que o belo esteja presente numa obra de arte, sobrar­á esse valor estético para muitos outros objetos do mundo. Essa transcendência é própria às estimativas, de tal modo que o objeto em que o valor se manifesta não consegue contê-lo, aprisioná-lo, evitando sua expansão para os múltiplos setores da vida social.²³

Já os princípios, por traçarem limites objetivos, demandam uma menor complexidade na construção do seu sentido. O princípio da igualdade prescrito pelo Art. 5º da Constituição Federal, de 1988, é um desses limites objetivos. A compreensão de tal princípio é mais facilitada que a do valor igualdade. Exemplificando: para reconhecer a observância às prescrições do princípio, basta analisar o instrumento que introduziu norma no ordenamento jurídico e verificar se há um tratamento igualitário a todos os destinatários da nova lei. Entretanto, para compreensão do valor igualdade, é necessário maior abstração. Ressalte-se, ainda, que o conteúdo do valor não se esgota diante da norma.

Os valores são construídos em um processo histórico e vivenciados por uma sociedade.²⁴ Os princípios que neles se fundamentam tem origem a partir da 4ª maneira como os valores serão percebidos.²⁵

Esses valores podem ser encontrados tanto em termos abstratos, como na construção de modelos jurídicos de Estado e de Governo. Na vivência com as estruturas positivadas, será possível identificar se são ou não realizados. Aqueles

²² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 144.

²³ *Ibidem*, p. 145.

²⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145.

²⁵ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 170.

valores registrados em nível constitucional, através de atos políticos, se alojam em posição privilegiada, aguardando um processo de positivação para que possam alcançar o patamar de efetiva realização no plano das relações humanas.²⁶

2. Os valores da liberdade e igualdade positivados na Ordem Econômica: princípios da livre iniciativa e da livre concorrência

Os valores liberdade e igualdade estão indicados em várias passagens da Constituição Brasileira de 1988. A positivação desses valores pode ser vista, também, no capítulo destinado à ordem econômica. Em relação à liberdade, especialmente, quando garante direito a todo cidadão de exercer livremente uma atividade econômica, independente de autorização do Estado. É o ideário do Estado Liberal, concretizado pelo Princípio da Livre Iniciativa.

No Brasil, o livre exercício de uma atividade econômica não deve ser encarado de uma forma plena, pois há autorização constitucional para impor limitações à livre iniciativa, sempre por meio de norma jurídica introduzida por lei. As limitações são intervenções do Estado, para impor aos sujeitos das relações econômicas respeito a outros valores e princípios que integram a ordem jurídico-econômica nacional, entre eles, o de evitar o abuso do poder econômico. Tem-se a presença do ideário de um Estado Social que prima pela vivência com o valor da igualdade material. No texto constitucionais, está expressa a positivação da liberdade contornada pela igualdade. O valor liberdade, garantido pela livre iniciativa, e o valor igualdade pela intervenção estatal, cumprindo seu dever de garantir a todos os agentes econômicos os mesmos direitos.

A idéia de livre iniciativa privada, como termo de liberdade de atuação dos particulares, no mercado econômico, está presente desde a Carta Imperial, que, em seu Art. 179, inciso XXIV, prescrevia: “[...] Nenhum gênero de trabalho, de cultura, de indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos”²⁷.

O fundamento da livre iniciativa não parou de ser buscado pelo legislador constituinte como meio de regular e direcionar as relações econômicas: o Art. 72, § 24, de nossa primeira Constituição republicana, de 1891; o Art. 115, da Constituição de 1934; e o Art. 135, da Constituição de 1937²⁸.

²⁶ BASSOLI, Marlene Kempfer. Positivação de valores constitucionais. *ARGUMENTUM* – Revista de Direito. Marília, SP, Universidade de Marília (Unimar), v. 4, 2004, p. 167.

²⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 245.

²⁸ *ibidem*, p. 246.

Até 1946, a expressão *liberdade de iniciativa* não havia ainda sido textualizada em constituições. O Art. 145 da Constituição, desse mesmo ano, trazia a prescrição: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a *liberdade de iniciativa* com a valorização do trabalho humano”. Esas mesmas prescrições vieram a serem repetidas na Constituição de 1967²⁹.

A livre iniciativa passou, então, de um entendimento feito pelo intérprete constitucional para um comando expresso, em conformidade com um modelo de Estado Liberal, em que a liberdade é considerada o bem maior do cidadão. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69, não só expressaram textualmente a liberdade de iniciativa, como também lhes deram um tratamento privilegiado, o de um verdadeiro princípio da ordem econômica³⁰.

A Constituição de 1988, em seu Art. 170, traz a prescrição de ser a livre iniciativa um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, “[...] o princípio básico do liberalismo econômico”³¹. Galgou o nível de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, nos termos do Art. 1º, IV³².

A liberdade deve ser conjugada em harmonia com os objetivos da ordem econômica, isto é, garantir a realização da justiça social e do bem-estar coletivo³³, enaltecendo os ideais de um modelo social de economia.

Complementando os ideais tanto do modelo liberal, fundado na liberdade, quanto do social, com bases na isonomia, a livre iniciativa, conforme prescrita no *caput* e parágrafo único do Art. 170, da Constituição, busca amparo nas bases da livre concorrência. Tanto é assim, que Eros Roberto Grau³⁴ prefere defini-las em conjunto.

Positivada no texto constitucionais, em seu Art. 170, IV, a livre concorrência tem por fundamento básico a competição entre as empresas sem qualquer interferência do Estado. Essa competição seria dotada de elementos naturais de auto-regulação do mercado. Porém, a auto-regulação do mercado é uma realidade muitas vezes não alcançada, devido à influência de empresas voltadas à prática de atitudes ofensivas à ordem econômica.

²⁹ TAVARES, *loco citato*.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. *Op cit.* p. 183.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 773.

³² 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.

³³ TAVARES, André Ramos. *Op cit.* p. 251.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. *Op cit.* p. 185.

As organizações societárias ou outras condutas da ordem econômica podem levar à concentração do poder econômico e à figura do monopólio. São atitudes empresariais capazes de quebrar a harmonia nas relações econômicas. Esse afastamento artificial da competição entre as empresas não é — e nem deve ser — tolerado em um mercado construído em bases ideológicas de Estado Social de Direito, em que o objetivo a ser alcançado com a livre concorrência não é mais aquele do liberalismo tradicional — no qual a atuação das empresas deve ser livre em todos os aspectos, deixando a natureza empresarial ditar as regras —, mas, sim, o equilíbrio entre as grandes corporações e os pequenos empresários.³⁵ A livre concorrência, nesse modelo, dá aos participantes do mercado econômico o direito de competirem entre si, utilizando meios lícitos, observando, acima de tudo, a igualdade material.

Em um mercado livre, como o idealiza o modelo liberal de Estado, a concentração econômica pode se tornar uma realidade. A atual Constituição reconhece a força do poder econômico, tanto que condena o abuso no termos do Art. 173, § 4º. Dessa forma, a intervenção do Estado vem para assegurar oportunidade a todos que querem ter acesso e permanecer atuando na atividade econômica. A proteção do mercado econômico deve ser realizada para impedir as atuações abusivas. Um mercado totalmente livre somente seria admitido com ausência do fenômeno do abuso do poder econômico³⁶.

3. Microempresas e Empresa de Pequeno Porte e as barreiras impostas pela Lei 9.317 de 05 de novembro de 1996

O Direito deve estar a serviço de realizar os valores e os princípios constitucionais. Considerando o exposto no item anterior, é dever do Estado, a partir dos ditames constitucionais, dar continuidade ao processo de produção de normas para que os valores da liberdade — livre iniciativa e livre concorrência — e da igualdade — controle estatal das relações econômicas — possam ser vivenciados, conforme o Direito. Assim, voltando-se à realidade da ordem econômica, para que a igualdade material seja possível, é preciso considerar as desigualdades entre os agentes econômicos, ou seja, reconhecer que há diferença entre grandes e pequenos empresários.

Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, há normas que buscam tutelar os pequenos empresários, para que tenham acesso e que possam permanecer

³⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 129.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. *Op cit*, p. 192.

atuando no mercado, assim, garantir-se a livre iniciativa, a livre concorrência e a igualdade material.

O direito comparado indica que foi o Direito italiano quem deu sua contribuição mais precisa por meio da legislação, por meio da qual, as pequenas empresas foram assim classificadas conforme o critério de tamanho e capacidade de produção.³⁷ No México, Irlanda, Alemanha, Suíça, Irã e Austrália³⁸, a definição de microempresa e empresa de pequeno porte está vinculada ao número de empregos que elas fornecem. No Uruguai e Venezuela, na América do Sul; Estados Unidos, na América do Norte; Dinamarca, Espanha e Itália, na Europa; e Israel, no Oriente Médio, esta conceituação, além do número de empregos, analisa o faturamento anual das mesmas.³⁹ Para o MERCOSUL, a Resolução GMC 90/93, alterada pela Resolução GMC 59/98, estabelece critérios de qualificação dessas empresas, tanto relacionados ao seu faturamento anual, como ao número de empregos que são capazes de fornecer⁴⁰.

Para o Direito brasileiro, o critério de definição de uma microempresa e uma empresa de pequeno porte está relacionado ao seu faturamento. O Art. 2º, da Lei 9317, de 05 de dezembro de 1996, alterado pela Lei 11.196, em 21 de novembro de 2005, define como microempresa aquela pessoa jurídica que tenha auferido receita bruta até R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) em um ano-calendário e, empresa de pequeno porte, aquela que tenha auferido receita bruta entre R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) em um ano-calendário.

Além de definir o conceito de microempresa e empresa de pequeno porte, cria o sistema SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – como meio de positivar um tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, em conformidade com os fundamentos constitucionais.

³⁷ PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social: contribuição para o incremento das atividades econômicas no âmbito do Mercosul. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, a. XL, n. 124. Out./Dez. 2001, p. 184.

³⁸ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/sdp/mpm/forpermanente/dadSegmento/defineMPE.PDF>>. Acesso em: 04 set. 2006.

³⁹ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/sdp/mpm/forpermanente/dadSegmento/defineMPE.PDF>> Acesso em: 04 set. 2006.

⁴⁰ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/sdp/mpm/forpermanente/dadSegmento/defineMPE.PDF>>. Acesso em: 04 set. 2006.

As empresas com margem de faturamento dentro dos limites trazidos pelo Art. 2º, da Lei 9317/96, alterados pela Lei 11.196/05, devem ser abrangidas pelo regime jurídico das microempresas e empresas de pequeno porte. Passam a serem assistidas pelo tratamento fiscal diferenciado, instituído pelo sistema SIMPLES FEDERAL, posto possuírem a mesma capacidade contributiva. Esse critério está conforme fundamentos constitucionais. É o fator determinante para o *status* de micro ou pequena empresa. A escolha de qualquer outro fator será uma opção inconstitucional⁴¹.

Ao ser reconhecida, em nível constitucional, a existência de um direito subjetivo de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, quer-se garantir o equilíbrio nas relações econômicas, dispensando uma proteção àquelas com menor capacidade de competição. Esta também deveria ser a tônica da legislação infraconstitucional. Porém, o Governo Federal, por meio da Lei 9317/96, não se ateu com fidelidade aos valores eleitos pela Constituição. Criou barreiras dentro do universo das microempresas e empresas de pequeno porte capazes de desigualá-las.

Apesar de estabelecer um tratamento fiscal diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei 9.317/96 impede que algumas delas — em função de algumas características de sua organização — optem pelo regime SIMPLES FEDERAL, ou seja, nos termos do prescrito no Art. 9º, não podem optar por esse sistema a pessoa jurídica:

[...]

III – constituída sob a forma de sociedade por ações;

IV – cuja atividade seja banco comercial, banco de investimentos, banco de desenvolvimento, caixa econômica, sociedade de créditos, financiamento e investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidoras de títulos e valores imobiliários, empresa de arrendamento mercantil, cooperativas de créditos, empresas de seguros privados e de capitalização e entidade de previdência privada aberta;

[...]

XIII - que preste serviço profissional de corretor, representação comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculo, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, en-

⁴¹ TAVARES, André Ramos. *Op cit.* p. 223.

fermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

[...]

XV - que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

Os critérios de *discrimem* apontados não estão autorizados pela lei fundamental, o que torna essas barreiras inconstitucionais. A Constituição Federal, ao estabelecer o direito subjetivo à qualificação de microempresas e empresas de pequeno porte, quer possibilitar tratamento diferenciado. O intento é promover condições iguais a essas empresas, em relação aos demais agentes econômicos.

O sistema SIMPLES FEDERAL foi instituído para realizar os valores republicano-democráticos positivados por meio dos princípios e regras extraídas dos Art. 170, IX; Art. 179 e Art. 146, *d*, da Constituição Federal. É a forma de promover a igualdade de condições entre todos os agentes econômicos. Tal tratamento exige dos entes federados União, Estado, Distrito Federal e Municípios tributação favorecida, simplificação de deveres administrativos, facilitação de acesso a créditos. São direitos subjetivos de nível constitucional. Não é essa interpretação que se extrai das prescrições do Art. 9º, da Lei 9.317/96. Há diversos fatores de discriminação, dentro do universo das microempresas e empresas de pequeno porte não autorizados pela Constituição. A igualdade material pretendida se faz por meio dos fatores de discriminação relacionados aos interesses constitucionalmente protegidos⁴², evitando a promoção de desigualdades não positivadas.

O texto constitucional, em várias passagens, garante direitos aos seus destinatários na tentativa de equilibrar as estruturas sociais, em conformidade com os ideais de um modelo social de Estado. As prescrições referidas pelo Art. 179, Art. 170, IX e Art. 146, *d*, da Constituição Federal, servem para a promoção de um quadro de equilíbrio nas competições dentro de um mercado econômico e, assim, não só garantir a liberdade de iniciativa, mas também realizar a igualdade.

A criação, pelo Governo, de uma lei destinada a promover um tratamento fiscal diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte é uma forma indireta de intervenção na ordem econômica, destinada a garantir a positividade dos valores eleitos e protegidos pela Constituição. Em outras palavras, concede a

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 41.

elas condições igualitárias materiais e dessa forma vivenciar os atributos de uma concorrência justa.

A desigualdade de tratamentos entre empresas situadas em universos diferentes, tendo como base o seu faturamento, demonstra uma correlação lógica e racional entre os critérios de discriminação adotados e a isonomia positivada pelo texto constitucional.

Não seria suficiente a norma ater-se aos pressupostos fáticos e racionais para o estabelecimento de desigualdades. Deve-se caminhar, principalmente, sobre os fundamentos essenciais, positivados na lei fundamental, pois, caso contrário, ter-se-á uma incompatibilidade com o preceito igualitário⁴³.

Entre as restrições impostas pela Lei 9.317/96, destaque-se aquela que não possibilita a qualificação para acesso ao regime simples das pessoas jurídicas devedoras de tributos federais. Nesses casos, a União pode usar da prerrogativa legal de promover a Execução Fiscal (Lei 6830/80) e exigir os tributos nesse processo, sem, no entanto, tirar da empresa o direito constitucional ora em análise. Essa restrição é uma sanção política promovedora de exclusão de empresas momentaneamente em dificuldades. A consequência poderá ser a sucumbência desta atividade empresarial e, então, os princípios constitucionais da ordem econômica da livre concorrência, da geração de empregos, das oportunidades para o consumidor, do desenvolvimento social e especialmente da função social da empresa estarão comprometidos.

Contemporaneamente, a empresa tem relevância especial para as relações humanas. As empresas são agentes executores de políticas sócio-econômicas estatais. Sendo assim, deve-se promover o acesso e permanência no mercado, porque elas têm função e responsabilidade social a cumprir. Somente por meio da igualdade material é possível alcançar tais finalidades. Por tal motivo, as desigualdades devem vir expressas na lei, de forma a garantir a não promoção de fatores de injustiça, mas sim, de efetividade das heranças axiológicas, trazidas pela sociedade durante os vários anos de luta pela positivação dos direitos e garantias fundamentais⁴⁴.

Diante das prescrições constitucionais, é inadmissível discriminar pessoas ou situações, mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes⁴⁵. Não se resguarda de constitucionalidade a criação de um regime diferenciado que utilize como critério de discriminação o fato de a empresa ser devedora de tributos federais ou por estar constituída sob diferentes formas juridicamente admitidas ou mesmo por diferentes atividades.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op cit.* p. 43.

⁴⁴ JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2005, p. 8.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op cit.* p. 29.

Quando o Governo trata empresas situadas em um mesmo universo — devido a seu faturamento — de forma diferenciada, deixa de observar os fundamentos e finalidades constitucionais destinados à ordem econômica. O legislador infraconstitucional, quando da criação do sistema SIMPLES, criou elementos de discriminação não positivados pela Constituição.

4. Os reflexos do descumprimento da norma constitucional que garante o direito ao tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte

O desrespeito dos governos relativamente ao direito de tratamento diferenciado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte reflete-se danosamente no desenvolvimento das atividades empresariais e da sociedade. A empresas hoje representam uma propriedade e, como tal, devem cumprir com sua função social.

Para André Ramos Tavares, o direito econômico teve uma importância grande para essa nova conceituação de propriedade. “[...] Parece uma realidade que o poder econômico — seja representado pela detenção de propriedades imóveis, de bens de produção, de tecnologia ou valor mobiliário — constitui um dos pressupostos do poder político.”⁴⁶ Se a propriedade empresarial é considerada bem de produção, deve produzir para atingir sua função social.

O *caput* do Art. 170 assegura a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Nota-se o caráter *distributivo prioritário*. A iniciativa empresarial não traz apenas lucro ao empresário, mas também promove a distribuição de riquezas e o desenvolvimento do Estado.

A produção empresarial de bens ou serviços aborda a questão do ato de *produzir* e do fato *produção*. Torna-se parte da política social, quando introduz elementos sociais a seu conceito. Assim, o fato produtivo e o ato de produção empresarial promovem a distribuição de riquezas, bem como o desenvolvimento do Estado, trazendo a função social da empresa como vértice de um desenvolvimento econômico.

Para cumprir a função social, as empresas necessitam de amparo governamental, por meio da intervenção indireta. Políticas de incentivo fiscal devem ser adotadas, com o intuito de baratear os custos de produção e da prestação de serviços, possibilitando concorrer em igualdades de condições com as grandes empresas. Assim, mantêm-se no mercado, poderão investir mais em seu negócio e proporcionar desenvolvimento mais consistente de sua atividade. Esse deve ser também, o objetivo das políticas governamentais.

⁴⁶ TAVARES, André Ramos. *Op cit.* p. 159.

Promover não só o ingresso de novas empresas no mercado econômico (modelo econômico de Estado Liberal), mas, principalmente, garantir a permanência das já existentes (modelo econômico de Estado Social) é dever dos governos que não têm discricionariedade frente a tais decisões que, por estarem registradas em nível constitucional são políticas do Estado Brasileiro. Nessa condição, são irrenunciáveis.

A maioria das empresas de pequeno porte e microempresas do país passam por dificuldades financeiras, devido à impossibilidade de exercerem um direito que lhes foi outorgado pela Constituição, direito esse cerceado pelo Art. 9º, XV da Lei 9.317/96. Cerca de 60% das microempresas e empresas de pequeno porte encerram suas atividades em um prazo de cinco anos, sendo que 31% não sobrevivem mais de um ano⁴⁷.

Os artigos 170, IX ; 179 e Art. 146, *d* prescrevem ao Estado o dever de dispor a estas empresas um tratamento fiscal, contábil, comercial e creditício diferenciado, conforme já foi exposto. Implementar tais prescrições por meio de políticas públicas é dever dos governos. Os mecanismos estão indicados na Constituição Federal, e são o normativo e o incentivo. Esses dispositivos constitucionais são normas e, nessa qualidade, têm a estrutura sintática apresentada neste estudo. O direito ao tratamento diferenciado é o objeto da relação jurídica em que os sujeitos são o Estado, por meio de seus governos, e as pequenas empresas.

Todos os pequenos empresários têm direito a um tratamento diferenciado. “[...] É de ser analisado que o legislador constituinte tencionou que fosse dispensado tratamento jurídico diferenciado para todas as microempresas e empresas de pequeno porte, independentemente da atividade a que se dedicam”⁴⁸.

O Direito Subjetivo a um tratamento fiscal diferenciado objetiva privilegiar a base republicano-democrática adotada pelo Brasil, isto é, vivenciar o valor da igualdade material. A diferenciação legitimada pela Constituição serve como meio de positivação do princípio da capacidade contributiva, posto ser o faturamento o único ponto diferencial permitido⁴⁹. Qualquer outro critério adotado pelo Estado não seria passível de legitimação.

O crescimento da atividade empresarial facilita e melhora as condições de desenvolvimento do país. As microempresas e empresas de pequeno porte são

⁴⁷ SUZA, Marcos Moura e. Semana da Micro e Pequena na Fiesp debate leis e política de apoio para o setor. Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticia/secao2/index.asp?tipo=1&tít=Geral&id=5911&ss=250>>. Acesso em: 04 set .2006.

⁴⁸ GUTIERREZ, Miguel Delgado *apud* TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 230.

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. *Op cit.* p. 231.

responsáveis por 67% dos empregos formais existentes no estado de São Paulo⁵⁰ e cerca de 41% dos existentes no país.⁵¹

André Ramos Tavares já traçou compreensão nesse sentido, quando discorreu acerca do princípio da livre iniciativa, ao dizer:

[...] ao promover a tutela de referido grupo de empresas, a Constituição está assegurando, indiretamente, a manutenção e ampliação do princípio da livre iniciativa, permitindo que novas empresas, ainda que com estrutura reduzida ou diminuída, possam aventurar-se em mercados já povoados por grandes empresas⁵².

Completa o autor, ao analisar o tema sob a óptica da livre concorrência, ser importante a prevalência do tratamento diferenciado com o objetivo de conceder as condições para que as microempresas e empresas de pequeno porte, mesmo com uma estrutura menor, possam experimentar uma competição mais justa diante das grandes corporações⁵³.

Os reflexos danosos desta ofensa à Constituição não ficam adstritos apenas aos pequenos empresários. A sociedade e o Estado sofrem por via de consequência. Não conseguir espaço para desempenhar a livre concorrência — 31% das microempresas e empresas de pequeno porte encerram suas atividades num prazo de um ano — gera, entre outras consequências, o aumento do desemprego e um retardamento de desenvolvimento do País. São sinais de crise sócio-econômica.

Tanto os grandes quanto os pequenos empresários têm participação estrutural no mercado, portanto, a perda de um estabelecimento empresarial afeta a estrutura econômica do Estado brasileiro. Segundo Paulo Skaf, presidente da FIESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), as microempresas e empresas de pequeno porte “[...] respondem por 99% das empresas formais do Estado [...]”⁵⁴. Pesquisa realizada pelo IBGE, no ano 2000, mostrou que elas representavam cerca de 98% do total de empresas formais⁵⁵. O encerramento

⁵⁰ BOGUS, Milton. Semana da Micro e Pequena na Fiesp debate leis e política de apoio para o setor. Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticia/secao2/index.asp?tipo=1&tit=Geral&id=5911&ss=250>>. Acesso em: 04 de setembro de 2006.

⁵¹ SKAF, Paulo. Entrevista na Câmara dos Deputados Federais. Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Disponível em <http://www.fiesp.com.br/noticias/secao2.index.asp?ss=139&id=7797>>. Acesso em: 06 set.2006.

⁵² TAVARES, André Ramos. *Op cit.* p. 232.

⁵³ *Ibidem*, p. 233.

⁵⁴ SKAF, Paulo. Semana da Micro e Pequena Empresa, na Fiesp, debate leis e política de apoio para o setor. Federação das Indústrias do Estado de São Paulo disponível em <http://www.fiesp.com.br/noticias/secao2/index.asp?tipo=1&tit=Geral&id=5933&ss=250>. Acesso em: 04 set. 2006.

⁵⁵ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/sdp/proAcao/micEmpPequeno/micEmpPequeno.php>. Acesso em: 04 set. 2006.

precoce de suas atividades reflete-se desfavoravelmente na formação do PIB (Produto Interno Bruto), cujos índices são utilizados, em nível internacional, para a classificação do grau de desenvolvimento econômico de um País.

Não obstaculizar o acesso a um direito constitucional, garantido em norma constitucional, que é o acesso ao sistema SIMPLES FEDERAL, é uma forma de positivar os valores e princípios que integram a estrutura democrática brasileira. Esta é uma conquista do povo brasileiro.

Conclusão

1. O corte metodológico proposto nestes estudos foi para o capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica, inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O texto do direito avaliado permite afirmar que neste sub-sistema constitucional são identificáveis valores e normas que são princípios ou regras jurídicas, dirigidos a nortear a atuação dos governos e dos particulares diante das relações econômicas.

2. Dentre estas relações, destacaram-se aquelas em que um dos sujeitos de direito são as microempresas e empresas de pequeno porte, que ganharam *status* constitucional, conforme Art. 170, IX e Art. 179. Esses dispositivos registram uma política pública do Estado Brasileiro: tratamento tributário, de deveres administrativos e creditícios diferenciados ante empresas de maior envergadura atuantes no mercado.

3. O objetivo deste tratamento diferenciado possibilita a vivência com os valores da liberdade e da igualdade material, positivados, também, nos Princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência. A livre iniciativa, de fundamento ideológico liberal, é a base para garantir a todos a possibilidade de atuação no mercado por meio de atividades econômicas. A livre concorrência aplaude a presença de grande número desses atores, a variedade de ofertas de produtos, mercadorias e serviços. Para tanto, é preciso garantir o acesso e a permanência no mercado. Este nobre objetivo será alcançado com a intervenção estatal indireta, por meio da regulação normativa e do incentivo. É a presença da ideologia social de Estado, que interfere para garantir conquistas sócio-econômicas. Diante desse panorama, aos governos, não resta alternativa que não aquela de produzir normas e incentivos que efetivem tais ditames constitucionais.

4. O governo federal, por meio da Lei 9.317 de 05 de novembro de 1996 se propôs a esta finalidade, ao disciplinar o regime diferenciado em discussão. A Lei em pauta indicou, em seu Art. 2º, o critério do faturamento para permitir às empresas serem qualificadas como micro ou de pequeno porte. No entanto, no Art. 9º, exclui empresas do acesso a esse regime especial, considerando critérios de

atividade, de sanções políticas tributárias, de forma de organização empresarial. Desviou-se das orientações constitucionais. Ao definir outros critérios que não o constitucionalmente indicado (faturamento que mede o porte das empresas), os governos não estão realizando uma política pública do Estado Brasileiro para o plano das relações econômicas. Esta antijuridicidade tem como sanção a inconstitucionalidade do Art. 9º da Lei 9.317/96.

5. Os reflexos da aplicação da Lei 9.317/96, não atribuindo a titulação para as pequenas empresas são, entre outras, das seguintes ordens: ordem jurídica, à medida que, enquanto não declara inconstitucional, as normas excludentes do direito constitucional expõem a inefetividade de direitos de nível constitucional; ordem social, à medida que as pequenas empresas não sobrevivem num mercado altamente competitivo, se não puderem usufruir de tratamento diferenciado e com isto contribuem para desvalores como o desemprego, o retardo do desenvolvimento sócio-econômico do país; ordem econômica, à medida que restringe o acesso e impossibilita a permanência no mercado das pequenas empresa, possibilitando a concentração do poder econômico que poderá desemboca em estruturas econômicas monopolísticas.

Nestes 18 anos de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, os microempresários e os de pequeno porte vivem na expectativa de usufruir direitos que são inviabilizados por uma inadequada interpretação dos valores, princípios e regras que compõem o regime jurídico-econômico nacional.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 3ª tir. atualizado por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASSOLI, Marlene Kempfer. Posituação de valores constitucionais. *ARGUMENTUM – Revista de Direito*. Marília, SP, Universidade de Marília (Unimar), v. 4, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FIESP - Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Disponível em <http://www.fiesp.com.br>.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Disponível em. <http://www.desenvolvimento.gov.br>.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social: contribuição para o incremento das atividades econômicas no âmbito do Mercosul. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, a. XL, n. 124. Out./Dez. 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

A PROVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

EVIDENCE IN AN ENVIRONMENTAL PUBLIC CIVIL ACTION

Dinara de Arruda OLIVEIRA*
Douglas Leonardo Costa MAIA**

RESUMO

Neste artigo serão demonstrados alguns elementos essenciais acerca do instituto da Ação Civil Pública, bem como sua conceituação na esfera ambiental, além da questão probatória nessa espécie de Ação, verificando-se como se deve proceder para a efetiva comprovação do dano ambiental.

Palavras-chave: Ação Civil Pública; meio ambiente; comprovação do dano ambiental.

ABSTRACT

This article will show some essential elements about the institute of Public Civil Action as well as its concepts in the environmental area. We will also mention the probatory matter in this kind of action by verifying what should be done for the effective proof of environmental damage.

Key-words: Public Civil Action; environment; effective proof of environmental damage

Introdução

No presente artigo, tentar-se-à traçar alguns aspectos importantes para se conceituar a Ação Civil Pública no âmbito ambiental, bem como para discutir acerca das provas na referida ação, averiguando e analisando como e quando as

* Mestranda do Programa de Mestrado em Direito pela UNIMAR – Marília-SP. Professora em Cuiabá.

** Mestrando do Programa de Mestrado em Direito pela UNIMAR – Marília/SP.

mesmas devem ser utilizadas, além de demonstrar quem deve provar, via ônus da prova, na Ação Civil Pública em defesa do interesse ambiental.

Por fim, analisar-se-á o princípio da precaução e a prova na ação civil pública ambiental, demonstrando que não é preciso que se tenha prova científica absoluta de que ocorrerá dano ambiental, bastando o risco de que o dano seja irreversível para que não se deixem para depois as medidas efetivas de proteção ao meio ambiente.

1. A origem da ação civil pública

A teoria do processo civil brasileiro foi construída embasada em conflitos entre pessoas determinadas, especialmente em relação ao credor em face do indigitado devedor. Impõe-se agora, em virtude das mudanças sociais, rever os conceitos, inclusive o de jurisdição, à luz das ações coletivas e, em particular, da ação civil pública intentada para a tutela de direitos difusos.¹

Como bem apontado por Celso Antonio Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Néri, na obra *Direito Processual Ambiental Brasileiro*:

Assim, hoje, em sede de jurisdição civil, há a existência de dois sistemas de tutela processual: um destinado às lides individuais, cujo instrumento adequado e idôneo é o Código de Processo Civil, e um outro, destinado à tutela coletiva, na exata acepção trazida pelo art. 81, parágrafo único, do CDC. Assim, quando se fizer uso de qualquer ação coletiva para defender direitos, valores ou interesses ambientais, enquanto cada respectiva ação não possuir o seu devido e específico aparato instrumental-procedimental, é condição *sine qua non* que se utilize das regras de direito processual estabelecidas pela Lei nº 7.347/85 em sua atuação conjunta com o CDC, dada a perfeita interação-integração entre ambos.² (grifos do autor)

A origem da Ação Civil Pública remonta ao direito comparado, tendo no Direito norte-americano sua raiz mais específica, e, em especial, na chamada *class actions*, a qual alcança número indeterminado de pessoas e o interesse permeia

¹ TESHEINER, José Maria Rosa. Ação Civil Pública – Tutela de Direitos Difusos – Jurisdição ou Administração? Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/artigosprofthesheiner/acaocivilpublicainteresesdifusosjurisdicaouadministracao.htm>>. Acesso em: 06.12.05

² FIORILLO, Celso Antonio; et al. *Direito Processual Ambiental Brasileiro*: Ação Civil Pública, Mandado de Segurança, Ação Popular, Mandado de Injunção, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.100.

todo o grupo. Até porque foram os Estados Unidos da América os precursores da fundação das bases originárias das Ações Coletivas. É claro que se deve levar em conta as diferenças existentes entre os países, tendo em vista que o direito brasileiro se baseia no *civil law* e o norte-americano no *commow law*.

É necessário lembrar que o direito norte-americano possui maior vinculação com os direitos da conhecida família do *commow law* (direito costumeiro ou consuetudinário). Já o direito brasileiro possui laços mais estreitos com a família do *civil law* (direito escrito). É evidente, portanto, que os institutos jurídicos transpostos de um país para outro devem ser estudados e aplicados levando-se em conta o contexto sociocultural dos envolvidos.³ (grifos do autor).

A ação civil pública, que visa à defesa dos interesses coletivos e difusos, surgiu em 1985, seguindo a tendência mundial, tendo revolucionado o Processo Coletivo Brasileiro, apesar de não ser a primeira ação nacional dessa natureza.

É notório na doutrina nacional que a criação da Aça Popular continua sendo decantada como o início do processo civil coletivo. No entanto, é certo afirmar que foi com a ação civil pública que a doutrina, a jurisprudência e o próprio Legislativo começaram a preocupar-se com a real dimensão da referida medida de natureza coletiva.⁴

Édis Milaré lembra a importância da incorporação da Ação Civil Pública no ordenamento jurídico brasileiro:

A incorporação ao ordenamento positivo da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, como é conhecida, além de ensejar à Ciência Jurídica passo de inegável progresso, sobremodo alargou as lindes jurídicas da sociedade civil. É que esta, face à institucionalização dos interesses difusos, e à correlata legitimação processual outorgada a entes habilitados a patrociná-la em Juízo, abriu novos horizontes a que inalienáveis valores socioculturais passassem a ser tutelados perante a Justiça. Ministério Público e Poder Judiciário, instituições imanentemente agregadas ao Estado de Direito e à Democracia, galgaram, desde então, novo pa-

³ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Ação Civil Pública Ambiental*, São Paulo: Pillares, 2005, p. 151.

⁴ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Ação Civil Pública Ambiental*, São Paulo: Pillares, 2005, p. 157.

tamar de participação no debate em que se lançam e se renovam os fundamentos da nacionalidade.⁵

Com o advento da Constituição da República, de 1988, a Constituição Cidadã, que elevou à categoria constitucional a preocupação com os interesses coletivos e difusos, em especial para este estudo, o meio ambiente, a Ação Civil Pública, além de ter sido recepcionada, ganhou novas forças, em decorrência do assento Constitucional, como acima relatado. E são institutos constitucionais tanto a Ação Civil Pública quanto a defesa do meio ambiente, sendo que, a partir da Constituição, é que se deve discutir a necessidade e utilidade da Ação, ora em análise, em defesa do meio ambiente.⁶

Em 1990, a Ação Civil Pública ganhou contornos mais definidos, com a introdução, no Brasil, do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o qual também passou a ser utilizado como instrumento processual da defesa do meio ambiente. Atualmente, para a efetiva aplicação da ação civil pública, faz-se necessário o uso, conjugado, da Lei da Ação Civil Pública, da Constituição Federal, do Código de Processo Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

2. A teoria da ação civil pública ambiental

Atualmente, a Ação Civil Pública tem sido o instrumento processual mais utilizado, bem como o mais eficaz, na defesa do meio ambiente. A ação tem por finalidade a proteção dos interesses difusos, individuais, homogêneos e coletivos, destacando-se, neste estudo, aqueles voltados para a defesa do meio ambiente.

Inicialmente, é importante definir-se, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, qual o significado de interesse difuso, coletivo e individual homogêneo.

O Direito Difuso apresenta-se como um direito transindividual, tendo um objeto indivisível, titularidade indeterminada e interligada por uma circunstância de fato, como se encontra na própria Lei n. 8078/90, em seu artigo 81, parágrafo único, I, o qual dispõe que:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

⁵ MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública* – Lei nº. 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

⁶ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Ação Civil Pública Ambiental*, São Paulo: Pillares, 2005, p. 159.

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.⁷

Pela definição dada a respeito dos interesses difusos, foi visto que os mesmos apresentam uma titularidade especial, atribuída ao indivíduo de per si e à coletividade em sua totalidade. Trata-se de interesses sem destinatários determinados ou passíveis de identificação ou quantificação.⁸

Quando se fala que os direitos difusos são transindividuais, objetivou-se defini-los como aqueles que transcendem o indivíduo, ultrapassando o limite da esfera de direitos e obrigações de cunho individual. Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, são os “interesses que deparam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva”⁹.

Para esse mesmo autor, “os interesses difusos apresentam as seguintes notas básicas: indeterminação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto; intensa conflituosidade; duração efêmera, contingencial.”¹⁰

Conforme, José Marcelo Menezes Vigliar:

Os **interesses difusos** acima de quaisquer outras características são interesses **indivisíveis**.

Lembrete indispensável: os interesses indivisíveis apenas admitem uma fruição, um aproveitamento coletivo. São os *interesses essencialmente coletivos*, na significativa e insuperável expressão utilizada por José Carlos Barbosa Moreira.

Quando se afirma que um interesse é difuso, tal afirmação comporta duas conclusões necessárias: (a) não há fruição individual desse interesse e, portanto, (b) não se promove a sua defesa pela sistemática individualista do Código de Processo Civil.

[...]

A dispersão dos interessados alcança dimensões muito extensas (extremas): os interessados não podem ser determinados. São, portanto, **indetermináveis**. (grifo do autor).¹¹

⁷ BRASIL, Lei nº. 8078/90.

⁸ jus navegandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7512>. Acesso em: 08.11.05

⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para agir*, 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁰ Idem ibidem, p.84.

¹¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos: Apontamentos – Coleção temas de Processo Civil – Vol. III*, Salvador: JusPODIVM, 2005, p. 22-24.

Quanto ao interesse coletivo, este se difere dos difusos em razão da determinabilidade dos titulares. Constitui interesses transindividuais de natureza divisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Nessa hipótese pensa-se em grupo de consorciados na relação com a administração do consórcio ou, ainda, beneficiários de planos de saúde.

Já os Interesses Individuais Homogêneos são os decorrentes de origem comum. É possível concluirmos que se trata de direitos individuais, cuja origem decorre de uma mesma causa. Na verdade, a característica de ser um direito coletivo é atribuída por conta da tutela coletiva, à qual esses direitos poderão ser submetidos.

Quando ocorre algum fato lesivo aos consumidores, por exemplo, estes podem se agrupar para propor conjuntamente a ação pertinente ou utilizarem o Ministério Público, Associações devidamente constituídas (há mais de um ano) e outras entidades definidas no Art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

As definições apresentadas acima se mostram importantes para que se lembre que o ordenamento jurídico atual não se satisfaz somente com as regras instrumentais contidas em nossos Códigos Processuais, visto que estes ainda regem apenas os interesses individuais, não contemplando os coletivos, além dos difusos e individuais homogêneos. É claro que a Ação Civil Pública necessita do Código de Processo Civil, bem como de outros instrumentos, como fonte subsidiária, para que possa ter efetividade na proteção e defesa do *meio ambiente*, do patrimônio cultural, dos consumidores, entre outros.

Sobre o tema, declara Vera Lúcia R. S. Jucovsky:

Os instrumentos de tutela ambiental encontram supedâneo no texto constitucional, ante o dever da coletividade e do Poder Público quanto à preservação e proteção do bem ambiental que, inelutavelmente, tem natureza difusa, dada a sua indivisibilidade, pois, os seus titulares estão interligados por razões eminentemente de fato. E, ao se cuidar da tutela dos direitos coletivos e da nova ordem procedimental, através da jurisdição civil coletiva, há que se pontuar que, como dito, está absolutamente superada a sistemática individualista contida no CPC para dirimir os denominados conflitos de massa.¹²

E, ainda, no mesmo sentido, Jadir Cirqueira de Souza assim se manifesta:

¹² JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. Consideração sobre a Ação Civil Pública no Direito Ambiental. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo03.htm>. Acesso em: 06.12.05

No entanto, é certo que, entre o ingresso em Juízo até a finalização do procedimento com o trânsito em julgado, freqüentemente, soa utilizadas as regras do processo civil de natureza individual, pois, de forma subsidiária, a própria Lei determina a aplicação suplementar das regras individuais do processo civil brasileiro.¹³

Corroborando tal assertiva, os artigos 19 e 21 da Lei da Ação Civil Pública assim dispõem, respectivamente:

Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições. [...]

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.¹⁴

3. Condições da ação civil pública

Como toda ação, no ordenamento jurídico brasileiro, a Ação Civil Pública também está sujeita ao preenchimento de certos requisitos, para que possa ser analisada e julgada pelo Poder Judiciário, cujo juízo competente, via de regra, para julgar e processar a ação, será, segundo o Art. 2º da LACP, o do lugar onde ocorreu, onde deva ocorrer o dano.

Dentro dos requisitos indispensáveis para a propositura da Ação Civil Pública destacam-se as condições da ação, dentre as quais figuram a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade das partes. E a ausência de qualquer uma das condições ora apontadas resulta na carência da ação, que pode e deve ser decretada de ofício pelo juiz.

3.1 Possibilidade Jurídica do Pedido

O referido requisito encontra-se estabelecido no Código de Processo Civil Brasileiro, especificadamente em seu Art. 295, parágrafo único, III.

Para Jadir Cirqueira de Souza, essa condição é a que causa maior dificuldade entre os operadores jurídicos, já que:

¹³ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Ação Civil Pública Ambiental*, São Paulo: Pillares, 2005, p. 161.

¹⁴ BRASIL, Lei da Ação Civil Pública.

[...] é quase impossível que os juízes e os demais operadores do Direito conheçam toda a legislação brasileira sobre determinado assunto para, a partir daí, detectarem a existência de eventual impedimento legal para o processamento da ação e o julgamento do mérito.¹⁵

E, na área da Ação Civil Pública Ambiental, tal fato não é diferente, já que as definições dos tipos legais violados são genéricas e exacerbadamente utilizados conceitos jurídicos indeterminados.¹⁶

Além disso, a própria característica do interesse difuso ambiental dificulta sobremaneira a verificação dessa condição.

Para auxiliar na averiguação da existência de possibilidade jurídica do pedido, deve-se analisar de forma excludente, ou seja, se no ordenamento jurídico brasileiro não há vedação, seja essa vedação implícita ou explícita, então, o pedido é juridicamente possível, devendo, desse modo, ser apreciado pelo Poder Judiciário, o qual não pode, segundo a Carta Magna, se esquivar de apreciar lesão ou ameaça de lesão.

E foi a própria Constituição Federal, de 1988, que elevou à categoria Constitucional a proteção e defesa do meio ambiente. Assim, como bem expressa Jadir Cirqueira de Souza,

O legislador constitucional não lhe deixou alternativa. Omitindo-se, independentemente de dolo ou culpa, cabe ação civil pública ambiental com o objetivo de obrigá-lo a patrocinar a defesa do meio ambiente. A Constituição Federal não outorgou ao administrador público o direito de, discricionariamente, lesar o meio ambiente.

A regra geral, portanto, é no sentido de que, salvo expressa vedação legal, os pedidos são juridicamente possíveis, inclusive naqueles casos em que restar caracterizado o confronto da lei ambiental com a discricionariedade administrativa.¹⁷

3.2 Interesse de agir

Quando a lei processual fala em interesse de agir, está relacionando diretamente com o direito material, questionando a necessidade da intervenção estatal, a fim de dar efetividade ao interesse material da parte e a utilidade do provimento judicial.¹⁸

¹⁵ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Ação Civil Pública Ambiental*, São Paulo: Pillares, 2005, p. 178.

¹⁶ Idem, p. 178.

¹⁷ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Ação Civil Pública Ambiental*, São Paulo: Pillares, 2005, p. 180.

¹⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 6. ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 336.

O interesse referido no Código de Processo Civil é aquele jurídico-processual, no sentido da imprescindibilidade do uso do processo para que se tenha satisfeito um direito assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro (neste caso, inclusive, assegurado pela própria Constituição). Quanto à utilidade, encontra-se embasado na escolha do meio processual adequado para a satisfação do direito pleiteado (que foi violado ou está em vias de ser).¹⁹

Para que se tenha, portanto, a verificação do interesse, necessário se faz a comprovação da existência de necessidade, utilidade e importância do provimento jurisdicional que se pretende obter com aquela demanda.

Para Jadir Cerqueira de Souza, “a idéia adotada centra-se na necessidade de buscar a utilização da ação civil pública de forma criteriosa e responsável.”²⁰

3.3 Legitimidade

Conforme ensina Chiovenda, “parte é aquele que demanda em seu próprio nome a atuação de uma vontade da lei, e aquele em face de quem esta atuação é demandada.”²¹

3.3.1 Legitimidade Ativa:

Segundo o Código de Processo Civil, a legitimação, em regra, será ordinária, todavia poderá ser extraordinária, excepcionalmente. Na primeira, o titular do direito material e o do direito de ação se confunde em uma mesma pessoa. Já, na legitimação extraordinária, alguém em nome próprio defende interesses de outrem.

Com a chegada dos interesses de massa, tornou-se mais difícil definir os legitimados para a propositura das Ações ditas coletivas. Mas:

A moderna doutrina e os novos rumos do processo caminham na direção da cabal implantação do processo coletivo e do alargamento da legitimidade ativa extraordinária, em clara homenagem ao princípio constitucional do acesso à justiça.²²

¹⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 6. ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 336.

²⁰ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Ação Civil Pública Ambiental*, São Paulo: Pillares, 2005, p. 181.

²¹ CHIOVENDA, Instituições de Direito Processual Civil, 3. ed. Saraiva, 1969, v. 2, p. 214, apud FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 6. ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 336-337.

²² SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Ação Civil Pública Ambiental*, São Paulo: Pillares, 2005, p. 184.

Em relação à defesa do meio ambiente, tem-se verificado que o legislador tem procurado alargar o rol dos legitimados ativos, embasado na necessidade de fortalecimento do acesso coletivo à justiça e, principalmente, em face do aumento do passivo ambiental e da necessidade da melhor e mais abrangente defesa.²³

Todavia, ainda é o Ministério Público que atua de forma efetiva na defesa do meio ambiente, ingressando com medidas judiciais, em especial, com a Ação Civil Pública, em busca da garantia dos direitos garantidos em nosso ordenamento jurídico, em especial, na Constituição da República.

A Lei nº 7.938/81 garante a legitimidade ativa do Ministério Público, para a defesa do meio ambiente, sendo auxiliada, também, pela Lei Complementar nº 40/81.

Com o advento da Lei nº 7.347/85, houve um aumento considerável no número de co-legitimados para a propositura da ação, incluindo-se as associações civis (com constituição há mais de um ano). Em seguida, o Código de Defesa do Consumidor, no ano de 1990, aumentou ainda mais esse rol, devendo-se analisar o Art. 82 do referido instrumento legal, combinado com o Art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, para se apontar a legitimação ativa.

3.3.2 Legitimidade Passiva:

Já a legitimação passiva encontra-se na figura da pessoa física ou jurídica (ou ainda naqueles sem personalidade jurídica, como o espólio) que deu causa e/ou concorreu para a execução da ilicitude ou dano ambiental.

A responsabilização na hipótese de dano ambiental é objetiva, respondendo o causador, independentemente de culpa.

Importante constatar e frisar alguns pontos dessa legitimidade:

O art. 225 da Constituição Federal trouxe a responsabilidade direta do Poder Público – federal, estadual e municipal – em relação às práticas ambientais ilícitas e danosas, com evidente reforço legislativo à normas de natureza infraconstitucional.

A responsabilidade civil constitucional de natureza objetiva permite que qualquer pessoa física, jurídica ou mesmo sem personalidade jurídica, tais como o espólio e a massa falida etc., seja acionada civilmente para responder pelas ilicitudes e danos ambientais.

[...]

²³ Idem, p. 185.

A legitimidade passiva no processo coletivo ambiental é aberta, ou seja, pertence a todos aqueles que contribuíram ativa e passivamente para a prática do dano ou ilícito ambiental, conforme o mandamento do art. 225 da Constituição Federal.²⁴

4. Princípio dispositivo e princípio inquisitivo na prova da ação civil pública ambiental

O Princípio dispositivo encarrega as partes da disposição do processo, sendo certo que, em matéria de processo civil, o princípio em tela foi muito amplo, embora não absoluto, diferentemente do que se passara na esfera penal, onde a indisponibilidade sempre fora indeclinável.

De acordo com os esclarecimentos da exposição de motivo do Código de Processo Civil de 1.973, inspirou-se o processo civil pátrio no princípio dispositivo.

Apóia-se o princípio dispositivo na suposição de que os interesses privados devem ser alcançados pelos contendentes, vedando-se ao Judiciário ir além do que anseiam as partes, ao contrário do que ocorre no princípio inquisitivo, pelo qual supõe-se que os interesses públicos são interesses do Estado e não compete aos particulares detê-los²⁵.

Acerca da Ação Civil Pública Ambiental, é evidente que o juízo pode apreciar a prova no processo com uma elasticidade muito maior do que se verifica naquilo que acontece em um processo civil comum.

Na Ação Civil Pública, por se estar a tutelar direitos coletivos e difusos, é evidente que o juiz goza de maior liberdade.

Aliás, sem ser peculiaridade na Ação Civil Pública, o princípio dispositivo, atualmente, tem sofrido acurada análise da doutrina, que está, por assim dizer, flexibilizando o seu rigor, justamente em virtude de o processo não ser mais visto como instrumento a serviço das partes e, sim, como “meio de ação do Estado, para atuar as leis que editou”²⁶

Nota-se, à evidência, que, para o pleno esclarecimento dos fatos, o juiz deve imiscuir-se na busca da prova, sempre que entender necessário, sob pena de não julgar com higidez uma “causa”. Não significa que o Princípio Dispositivo esteja derogado em matéria de Ação Civil Pública, senão que se trata de uma atividade complementar do julgador para elucidar os acontecimentos.

²⁴ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Ação Civil Pública Ambiental*, São Paulo: Pillares, 2005, p. 190 e 192.

²⁵ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Direito Processual Civil*. Campinas: Red Livros, 1999, p. 196.

²⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 530. v.I.

Obviamente que o juízo pode requisitar, *sponte própria*, a produção de provas relegadas pelas partes, ou mesmo tomar iniciativa na apresentação das provas.²⁷

Essa atitude escoima possíveis equívocos que seriam cometidos pelo magistrado, acaso não estivesse convicto dos fatos narrados, por ausência de provas ou insuficiência das mesmas. Partindo-se da premissa maior inculpada no art. 130, do CPC, vários dispositivos do mesmo caderno outorgam ao julgador o poder de iniciativa oficial no campo probatório, citando-se, como exemplo, o art. 342 (interrogatório), 399, I (requisição às repartições públicas de certidões), 418, I e II (testemunhas referidas e acareações), 437 (nova perícia), entre outros.

A respeito do art. 130, do CPC, com propriedade o prof. Celso Agrícola Barbi enfatiza que

[...] a norma legal propicia ao juiz, nessas hipóteses, meios para completar sua convicção e, assim, decidir com tranqüilidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz, que não é apenas o de decidir, mas sim o de decidir bem, dando a correta solução da causa em face dos fatos e do direito²⁸.

Portanto, na lei adjetiva civil (que se aplica subsidiariamente à Lei da Ação Civil Pública, *ex vi* do art. 19 da Lei 7.347/85), há mecanismo que proporciona ao juiz, de acordo com a sua conveniência, embrenhar-se na busca da prova e, conseqüentemente, na descoberta da realidade dos fatos.

5. Objeto da prova na ação civil pública ambiental

Na Ação Civil Pública, são objetos de prova os fatos em que se funda a ação ou a defesa.

Pelo Código de Processo Civil (art. 462), de incidência supletiva na Ação Civil Pública, após a propositura da ação ou contestação, sobrevindo fatos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos capazes de influir no julgamento da lide, deverá o juiz, por conta própria ou a requerimento da parte, deles conhecer e se manifestar, por ocasião da sentença.

A prova dos fatos pode ser feita diretamente ou por via indireta, ou seja, na primeira hipótese (prova imediata), prova-se a ocorrência do fato levado ao conhecimento do julgador e, na segunda (prova mediata), prova-se um fato diverso daquele que se pretende demonstrar, mas que, pela lógica e regras de experiência, conduz ao juízo narrado no processo²⁹

²⁷ Código de Processo Civil, art. 130: Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

²⁸ *Op. Cit.* p. 531.

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2000. v.2.

Mas nem todos os fatos são temas de prova, somente os relevantes, controvertidos e determinados devem ser provados, segundo preconiza o art. 334 do CPC, com aplicação subsidiária à Ação Civil Pública.

De acordo com o CPC, prescindem de averiguação os fatos notórios incontroversos, confessados pela parte, e em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

O assunto é de extrema importância na fixação dos pontos a serem esclarecidos através de prova na instrução de uma Ação Civil Pública Ambiental, conforme estatui o art. 331, § 2º do CPC.

5.1 Fatos relevantes

São relevantes os fatos diretamente relacionados com a Ação Civil Pública Ambiental e que influenciarão no julgamento da lide. Obviamente, os fatos que não exercem nenhuma influência no julgamento estarão excluídos de prova, por serem irrelevantes.

Na Ação Civil Pública Ambiental, são exemplos de fatos relevantes aqueles que demonstram o dano ambiental (ou o risco do dano).

Dentro do conceito de fatos irrelevantes, podem-se relacionar os fatos impossíveis tidos como “os que repugnam ao espírito esclarecido por contrariar uma verdade universal”³⁰ ou que vão de encontro a uma presunção *iure et de juris*; também os fatos imorais, ilícitos e contrários à ordem pública não são provados, conquanto o ordenamento não admite que tais fatos produzam quaisquer efeitos legais para quem os alegue.

5.2 Fatos controvertidos

Na forma do art. 302, do CPC, o réu deve impugnar precisamente todos os fatos articulados na petição inicial da Ação Civil Pública, sob pena de presumirem-se verdadeiros os não rebatidos, salvo se não for possível a confissão a seu respeito, não estiverem acompanhados de instrumento público que a lei repute essencial para o ato ou se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

A desnecessidade da prova dos fatos incontroversos afeiçoa-se ao princípio da economia processual, mostrando-se inútil à produção de prova acerca dos fatos confessados ou não impugnados pela parte.

³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 34.

Hodiernamente, o princípio da impugnação especificada tem sido atenuado, posto que não são todos os fatos inimpugnados que geram presunção de veracidade, cabendo ao julgador, em caso de dúvidas, reunir provas a seu respeito para amadurecer o seu convencimento.

Da mesma forma, restrições se impõe à admissão da *ficta confessio*, quando os argumentos do autor não são impugnados, e, no entanto, a contestação vem acompanhada de prova em contrária.

5.3 Fatos Determinados

De acordo com o art. 282, III, do CPC, incumbe às partes minudenciar os fatos que originam a demanda.

Esses fatos, por conseguinte, serão os fatos determinados, objeto de prova na Ação Civil Pública Ambiental.

6. Ônus da prova

6.1 Ônus, Obrigação e Dever

A parte que alega um fato não está na obrigação de prová-lo, sujeitando-se ao ônus da prova.

Toda obrigação inadimplida acarreta uma sanção jurídica, ao passo que, no ônus, verifica-se perda dos efeitos de um ato que não foi consumado. O ônus da prova é diretamente proporcional ao interesse da parte em verem provadas suas alegações.

A maior evidência de que não há obrigação em se provar um fato está em que a parte, mesmo não produzindo provas, pode sagrar-se vencedora na lide, em razão de a parte contrária, por um lapso, ter provado os fatos que competiam ao outro.

Com base no exemplo acima, podemos distinguir entre o ônus perfeito e ônus imperfeito. O primeiro traz prejuízos para a parte que deixa de consumir um ato que lhe competia; no segundo, porém, mesmo aquela não praticando os atos de seu interesse, nenhuma perda experimenta.

O ônus não se confunde com um dever; o primeiro é uma relação do sujeito consigo mesmo, ao passo que o segundo é uma relação de um sujeito com o outro.

O ônus está diretamente ligado à noção de risco e não à de subordinação, ou seja, necessita-se, do contrário, a própria parte sofrerá os prejuízos de sua inércia.

Tem assentado a doutrina moderna que o julgador, ao analisar a prova colhida ao processo, desconsidera quem a produziu, vislumbrando objetivamente o material probatório, independentemente de o ônus ser de uma ou de outra parte.

6.2 Distribuição do Ônus da Prova

De acordo com a clássica orientação da doutrina, o ônus da prova das alegações incumbe ao autor, salvo se o réu, além de negar os fatos por aqueles articulados, outros lhe apresentar, visto o aforismo *reus in exceptione actore est*.

Foi Chiovenda³¹ quem firmou a teoria segundo a qual o ônus da prova do fato constitutivo de direito cabe ao autor, enquanto que o ônus da prova do fato extintivo, modificativo ou impeditivo de direito, corresponde ao réu.

A doutrina define o fato constitutivo como aquele que constitui e dá vida a uma relação jurídica.

São fatos constitutivos no Direito Ambiental, mais precisamente quando da Ação Civil Pública, aqueles que demonstram o dano ou risco de dano ao meio ambiente, enquanto que fatos extintivo, modificativo ou impeditivo são aqueles a demonstrar a inexistência do dano ou do risco ao dano ambiental.

6.3 Verossimilhança e Ônus da Prova

A verossimilhança das alegações traz relevantes reflexos na órbita do ônus da prova, na Ação Civil Pública Ambiental.

Tem a verossimilhança grande influência no sistema da prova livre, não só como critério de valoração da prova, como também no sentido de mitigar, dentro de certos limites, a distribuição do ônus da prova.

Calamandrei³² aspirava a um sistema de participação de ônus da prova, em que as alegações das partes não fossem legalmente distribuídas, mas se suas afirmações, caso a caso, de acordo com a verossimilhança, fossem criteriosamente mensuradas pelo juiz.

Nem se diga que estaria sendo transformado de dispositivo em inquisitivo o sistema em questão, colocando ao juiz a iniciativa da colheita probatória. Mesmo preservando o princípio *secundum allegata et probata*, ao juiz deveria -- mormente na Ação Civil Pública Ambiental --, sempre que as argumentações fáticas das partes fossem colidentes, distribuir o ônus da prova, a uma ou outra, conforme o grau de probabilidade das alegações, formado no seu intelecto.

Desse modo, sustentou Calamandrei, na medida em que os fatos alegados por uma das partes fossem verossímeis, o juiz inverteria em seu favor o ônus da prova.

³¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Inovações do Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 22.

³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *A Tutela de Urgência e o Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 75.

É de grande valia a lição de Cândido Rangel Dinamarco³³ acerca das presunções na disciplina da prova (e que bem cabem na Ação Civil Pública Ambiental), traduzindo-se em inversão no ônus da prova, como maneira de facilitar e agilizar o procedimento probatório, sempre se respeitando a possibilidade da prova em contrário.

O notável processualista vai além, preconizando certa relativização do ônus da prova, e, mesmo correndo o risco de errar, a probabilidade de acertar justifica a atividade do juiz em inverter o ônus da prova, oportunizando à outra parte a apresentação de prova em contrário, com o fito de neutralizar os riscos. Demonstrado o indício pelo interessado, inverte-se o ônus da prova, atribuindo-se o gravame à contraparte.

Por certo, as regras de inversão do ônus da prova em favor do defensor do meio ambiente estão embasadas no art. 21 da Lei 7.347/85³⁴.

Especificamente o art. 6º, VIII, do CDC, preceitua: A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Não é demais socorrer ao festejado Nelson Nery Jr³⁵, que, a propósito da matéria, salienta que, nas circunstâncias previstas pelo art. 6º, VIII, do CDC, facultar-se-á ao juízo a inversão do *onus probandi* em favor do consumidor, cujo o processo de inversão se dá *opi judicis*, cabendo ao julgador dirigir-se pelas máximas da experiência para inverter ou não o ônus da prova.

Essa medida legal de permissão de inversão do *onus probandi* visa à facilitação da defesa do meio ambiente em juízo, portanto a hipossuficiência, de que cogita a lei, não só alude à situação financeira, como também à dificuldade de prova dos fatos constitutivos do direito do meio ambiente. A verossimilhança, a seu turno, representa algo plausível, possível, sem requerer certeza, mas, sim, probabilidade de que possa ser verdadeiro.

O dispositivo em tela, sustenta a doutrina, deverá ser aplicado quando o protetor do meio ambiente não puder fazer prova dos fatos constitutivos do seu direito, desde que sejam hipossuficientes ou forem verossímeis suas alegações.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade no Processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 347-348.

³⁴ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Tit. III da lei que instituiu o Código de Processo Civil.

³⁵ NERY Jr, Nelson. *Prova nas ações do consumidor*. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 1994, p. 217. v.1

7. Princípio da precaução e a prova na ação civil pública ambiental

Por ser a Ação Civil Pública Ambiental um dos meios para a realização do Direito Ambiental, faz-se mister a interpretação de aplicação das normas processuais em consonância com os anseios do Direito Material Ambiental, o qual prima, dentre outros, pelo princípio da precaução.

Por conta do Princípio da Precaução, explica Paulo Affonso Leme Machado, não é preciso que se tenha prova científica absoluta de que ocorrerá dano ambiental, bastando o risco de que o dano seja irreversível para que não se deixem para depois as medidas efetivas de proteção ao meio ambiente, sendo que “existindo dúvida sobre a possibilidade futura de dano ao homem e ao meio ambiente, a solução deve ser favorável ao ambiente e não ao lucro imediato por mais atraente que seja para as gerações presentes”³⁶.

Portanto, como o Direito Ambiental busca evitar o dano, se lhe aplicam, na seara processual, tutelas de segurança, de tal sorte que prescindem, para a concessão dessa tutela, de uma prova inequívoca de dano, bastando o simples risco para seu deferimento.

Conclusão

Diante do estudo feito acerca das Provas na Ação Civil Pública Ambiental, pode-se afirmar que a defesa do meio ambiente, encontra-se, atualmente, elevada à categoria Constitucional, sendo que os danos porventura a ele causados (ou na iminência de serem causados, já que em relação ao meio ambiente não há necessidade de que o dano já tenha sido efetivado, bastando o risco de que venha a se concretizar) provocam responsabilização objetiva, ou seja, independem da culpa daquele que causou, ou que contribuiu de alguma forma para a causa. Por isso, a Ação Civil Pública é considerada um dos instrumentos legítimos para a manutenção e garantia de um meio ambiente equilibrado.

Na Ação Civil Pública são objetos de prova os fatos em que se funda a ação ou a defesa. Além disso, é evidente que o juízo pode apreciar a prova no processo com uma elasticidade muito maior do que se verifica naquilo que acontece em um processo civil comum, gozando o julgador de maior liberdade.

Por se tratar da defesa de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, a Ação Civil Pública Ambiental goza da possibilidade de inversão

³⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 571.

do ônus da prova, além da possibilidade de utilização de tutelas de segurança, de tal sorte que prescinde, para a concessão dessa tutela, de uma prova inequívoca de dano, bastando o simples risco para seu deferimento.

REFERÊNCIAS

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v.1.

BRASIL, Lei da Ação Civil Pública.

BRASIL, Lei nº. 8078/90.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira São Paulo: Classicbook, 2000.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Direito Processual Civil*. Campinas: Red Livros, 1999.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade no Processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Inovações do Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FIORILLO, Celso Antonio et al. *Direito Processual Ambiental Brasileiro: Ação Civil Pública, Mandado de Segurança, Ação Popular, Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 6. ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2005.

JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. Consideração sobre a Ação Civil Pública no Direito Ambiental. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo03.htm>. Acesso em: 06.12.05.

Jus navegandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7512>. Acesso em: 08.11.05.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública – Lei nº. 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JR, Nelson. *Prova nas ações do consumidor*. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 1994. v.I.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *A Tutela de Urgência e o Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. IV.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Ação Civil Pública Ambiental*. São Paulo: Pillares, 2005

TESHEINER, José Maria Rosa. **Ação Civil Pública – Tutela de Direitos Difusos – Jurisdição ou Administração?** Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/wwwroot/artigosprofthesheiner/acaocivilpublicainteressesdifusosjurisdicaouadministracao.htm>>. Acesso em: 06.12.05

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos: Apontamentos** – Coleção temas de Processo Civil – Vol. III, Salvador: JusPODIVM, 2005.

RECOLHIMENTO DO ICMS POR REGIME DE CAIXA: UMA MEDIDA DE RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

ICMS COLLECTION BY CASH BOOK FLOW: A MEASURE OF RESPECT TO THE TAXPAYER'S FUNDAMENTAL RIGHTS

Douglas Roberto FERREIRA*

RESUMO

Os direitos fundamentais têm um custo. Com isto, o Estado precisa captar recursos para que possa prestar os serviços públicos necessários. Diante disso, o cidadão tem que cumprir o seu dever de pagar tributos para que possa exigir do Estado a efetivação de seus direitos fundamentais. Por outro lado, os direitos fundamentais do contribuinte devem ser reverenciados. Permitir o recolhimento do ICMS pelo Regime de Caixa é adotar uma medida que respeita os direitos fundamentais do contribuinte e que, certamente, auxiliará na sobrevivência de sua microempresa. Com base no exposto, os objetivos deste trabalho são: a) salientar o relevante vínculo existente entre a tributação e os direitos fundamentais; b) explanar que o tributo não é uma norma de rejeição e sim um dever fundamental; c) expor a relevância da microempresa na geração de emprego e sua ínfima participação na arrecadação do ICMS; d) fundamentar o recolhimento do ICMS pelo Regime de Caixa. A metodologia utilizada envolveu estudo e análise de decisões judiciais, exame de leis tributárias e contábeis, apreciação de informações divulgadas pelo Sebrae e IBGE, além de pesquisa bibliográfica, de meios eletrônicos, jornais e revistas. Do estudo realizado, pode-se concluir que é indiscutível o vínculo do tributo com os direitos fundamentais. Portanto, ele não pode ser interpretado como uma norma de rejeição e sim um dever fundamental. Por outro lado, o empresário é um cidadão que deve ter seus direitos fundamentais respeitados.

* Mestrando do Programa de Mestrado em Direito na UNIMAR. Especialista em Desenvolvimento Econômico, Auditoria e Perícia Contábil pela UEM-Maringá.

Elaborar uma norma que faculte ao contribuinte recolher o ICMS pelo Regime de Caixa é legislar de acordo com os arts. 170, IX e 179 da Constituição Federal. Trata-se de uma medida que fará rutilar os seus direitos fundamentais e o auxiliará na projeção e controle do fluxo de caixa da empresa.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Tributo como Dever; Recolhimento por Regime de Caixa

ABSTRACT

The fundamental rights have costs. Thus, the State needs to raise resources in order to pay the necessary public services. Accordingly, the citizens have the duty of paying the taxes so that they can demand from the State their effective fundamental rights. On the other hand, the taxpayer's fundamental rights must be revered. Allowing the ICMS (*Imposto sobre Circulação de Mercadorias* – Tax on Circulation of Goods) collection by Cash book Flow is to adopt a measure which respects the taxpayers' fundamental rights and that it will certainly help them in their microbusiness. Based on that, the aims of this paper are: a) to emphasize the relevant bond between tax contribution and fundamental rights; b) to explain that the tax is not a rejection rule but a fundamental duty; c) to expose the relevance of microbusiness in job generation and its participation in the ICMS collection; d) to ground the ICMS collection by cash book flow. The study involved the analysis of juridical decisions, the examination of tributary and accounting laws, evaluation of SEBRAE (*Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas* – Brazilian Service for Micro and Small Business) and IBGE (*Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística* – Brazilian Institute of Geography and Statistics) information, besides bibliographic research, electronic search, newspapers and magazines. Results show that the bond between tax contribution and fundamental rights is indisputable. Therefore, it cannot be interpreted as a rule of rejection but as a fundamental right. Nevertheless, the entrepreneur is a citizen who must have their fundamental rights respected. Making a rule to allow the taxpayer to collect ICMS by cash book flow is legislating in accordance with articles 170, IX and 179 of the Federal Constitution. The measure will gleam the fundamental rights and will contribute for the projection and control of the company cash book flow.

Key words: fundamental rights; tax as duty; collection by cash book flow.

Introdução

O parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Federal (CF) determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, entretanto não se pode olvidar que a efetivação dos direitos fundamentais têm um

custo. Com isto, o tributo passa a ser apreciado como um instrumento que auxilia a proteger e garantir a dignidade humana e a cidadania.

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária. No mundo contemporâneo, o Estado não é o único detentor do poder, portanto não se pode responsabilizar apenas o Poder Público pela violência e a desigualdade social. A sociedade também é responsável pela garantia de uma vida digna a todo cidadão, visto que a dignidade da pessoa humana pressupõe e exige um complexo de direitos e deveres fundamentais. Uma excessiva desigualdade social é sempre uma ameaça à democracia, provoca o surgimento de grupos que protestam e lutam pela dignidade, por exemplo, Movimentos dos Sem-Terra (MST), Movimento dos Sem-Teto (MST) etc. Todo cidadão pode auxiliar no combate à redução da desigualdade social cumprindo seu dever de pagar tributos; entretanto, é fundamental que os princípios da capacidade contributiva e o mínimo existencial sejam respeitados.

As microempresas exercem um papel relevante na sociedade, em especial, na geração de empregos. Os arts. 170, IX e 179 da CF asseguram-lhes um tratamento privilegiado e isto fundamenta a idéia de permitir que elas optem em recolher o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pelo Regime de Caixa.

Na seqüência, o objetivo deste trabalho é destacar a relevância dos direitos fundamentais, o liame entre eles e a tributação e, por fim, sugerir a permissão do recolhimento do ICMS pelo Regime de Caixa, visto que se trata de uma medida que respeita os direitos fundamentais do contribuinte e pode auxiliar na sobrevivência das micro e pequenas empresas.

Delimitação terminológica e conceitual dos direitos fundamentais

A Revolução Francesa iniciou-se em 14 de julho de 1789 com a queda da Bastilha. A burguesia francesa exercia um papel fundamental na economia francesa, fato este que lhe gerou forças para excluir o poder da aristocracia e a monarquia absolutista. Essa classe aderiu às idéias de filósofos iluministas como Rousseau, Montesquieu e Diderot, que defendiam a livre expressão do pensamento, a tolerância religiosa e a igualdade de todos perante a lei.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16, especifica que uma sociedade não estará constituída quando a garantia dos direitos não estiver assegurada e não houver a separação dos poderes.

Analisando as idéias defendidas pelos Iluministas, nota-se que os direitos fundamentais foram criados com um objetivo principal: proteger contra o arbítrio do poder estatal. O direito foi evoluindo, fatos marcantes da história ocorrendo

(Guerras Mundiais) e, conseqüentemente, surgiram as novas dimensões dos direitos fundamentais. Entretanto, as finalidades essenciais dos direitos e garantias fundamentais continuam as mesmas, ou seja, certificar o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, protegê-lo contra o arbítrio do poder estatal e definir as condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

O direito fundamental está vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um direito que visa a assegurar à pessoa a possibilidade de uma condição digna de vida. Em um Estado Democrático de Direito, é essencial que a Constituição positivasse os direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a base dos direitos fundamentais. Objetiva unificar todos os direitos necessários à sobrevivência, à realização e à convivência das pessoas humanas. Esses direitos, além de procurarem garantir uma convivência digna, respeitosa, entre os homens, também definem limites e deveres ao Estado. Como limite, o Estado não poderá interferir e impedir que as pessoas usufruam de seus direitos fundamentais. No sentido de dever, caberá ao Estado cumprir seu papel para que ocorra a efetivação desses direitos, como a educação, a saúde, entre outros, nos quais a participação do Estado é fundamental.

Em comentários ao inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal, Moraes expõe o conceito de dignidade da pessoa humana e sua dupla concepção:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral e inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

[...]

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.¹

Com base na dupla concepção, pode-se concluir que o princípio da dignidade humana estabelece, simultaneamente, limites e tarefas aos poderes estatais.

¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo:Atlas, 2003.

É tratado como parâmetro à solução de conflito de princípios; portanto, a harmonização nessas colisões deverá ser firmada na dignidade.

O conceito de dignidade também é especificado por Siches:

La idea de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por sí mismo, o, lo que es igual, diciéndolo mediante una expresión negativa – que tal vez resulte más clara –, el hombre no debe ser jamás degradado a un *mero* medio para la realización de fines extraños o ajenos por completo a los suyos propios. El ser humana es un fin en sí mismo, en sí próprio; es un autofin.²

A dignidade humana, por ser considerada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, é muito mais do que um princípio da ordem jurídica, e passa a ter um valor supremo.

Há um relevante vínculo entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. A democracia é indispensável onde prevalecem os direitos fundamentais. Trata-se de um instrumento e meio para a efetivação desses direitos, visto que um de seus pressupostos é a luta permanente pela justiça social. Não há o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, se a democracia estiver ausente.

Uma certa dificuldade é definir qual direito pode ser considerado fundamental. Qual o alcance do termo “fundamental”? O qualificativo “fundamental” está vinculado àquilo que é essencial à sobrevivência, à dignidade humana. Merece destaque o conceito que Cunha Júnior atribui aos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).³

No âmbito do constitucionalismo contemporâneo, está cada vez mais predominante a interpretação dos direitos fundamentais como princípios, fato

² SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa, 1997, p. 331.

³ CUNHA JR., Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São paulo: Saraiva, 2004, p.155.

este que atribui ao direito fundamental um sentido teleológico de validade, ao passo que, se forem considerados como direito terão um sentido deontológico de validade. Ao serem interpretados como um princípio, os direitos fundamentais passam a incidir tanto do ponto de vista dos indivíduos como da comunidade.

Inúmeros direitos consagrados como fundamentais não estão incluídos no art. 5º da CF, além de, a efetivação desses direitos não ser de responsabilidade exclusiva do Estado. O Supremo Tribunal Federal tem apresentado decisões confirmando que direitos fundamentais não são apenas os especificados no art. 5º da CF e que a efetivação dos direitos fundamentais também é responsabilidade da sociedade. Atualmente, a grande dificuldade é proteger os direitos fundamentais, conforme destaca o preclaro Bobbio:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. [...]

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.⁴

Proteger esses direitos envolve questões complexas e de difícil solução; entretanto, é preciso que sejam adotadas medidas que, no mínimo, reduzam as desigualdades e possibilitem a efetivação dos direitos fundamentais. É necessário que a comunidade e o Estado unam suas forças para que a dignidade humana seja respeitada.

Funções dos direitos fundamentais

A primeira dimensão dos direitos fundamentais surgiu na Revolução Francesa, cujo principal objetivo era a liberdade. Visando a garantir a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais exercem diversas funções, entre as quais se destacam: a função de defesa ou de liberdade, a função de prestação, a função de proteção perante terceiros e a função de não-discriminação.

O art. 5º da Constituição Federal assegura a todos a igualdade perante a lei, a inviolabilidade à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade,

⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24-25.

conseqüentemente se faz necessário estabelecer limites ao poder público. Para que todos tenham a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, a plena liberdade de locomoção, é preciso que o indivíduo possa se defender contra o abuso de poder das autoridades públicas. Nesse caso, os direitos fundamentais exercem uma função de defesa ou de liberdade. Canotilho faz opulento comentário sobre tal função:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).⁵

O Estado não pode criar aleatoriamente obstáculos que impeçam o cidadão de usufruir de seus direitos fundamentais.

Tanto a saúde como a educação são direitos de todos e dever do Estado, de sorte que os direitos fundamentais permitem, em sentido estrito, que o particular exija do Estado a execução da prestação social. É relevante lembrar que “a função de prestação dos direitos fundamentais anda associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais”.⁶

O Estado, além de estar proibido de criar obstáculos, tem o dever de proteger o exercício dos direitos fundamentais perante terceiros. Com isto, cabe ao Estado procurar impedir que qualquer indivíduo tenha seu asilo violado, que ocorra violação de correspondências etc. É notável que, “diferentemente do que acontece com a função de prestação, o esquema relacional não se estabelece aqui entre o titular do direito fundamental e o Estado (ou uma autoridade encarregada de desempenhar uma tarefa pública) mas entre o indivíduo e outros indivíduos”.⁷ Trata-se de um dever do Estado vedar que terceiros impossibilitem qualquer cidadão de usufruir de seus direitos fundamentais.

No Estado em que a Constituição Federal consagra os princípios da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, torna-se fundamental que se proíba a discriminação. O Estado não poderá adotar um tratamento discriminatório

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 1997, p. 383.

⁶ Idem, *Ibidem*, p. 384.

meramente por questão de sexo, cor, religião etc. Em virtude da função de não-discriminação, o Estado deverá respeitar rigidamente o princípio da igualdade.

Dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais

Inicialmente, destacamos que há autores que questionam se o termo correto é “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais. O ilustre Aurélio Buarque de Holanda Ferreira atribui ao termo “dimensão” o sentido em que se mede a extensão para avaliá-la, importância, valor, enquanto que o termo “geração” é considerado o espaço de tempo (aproximadamente 25 anos) que vai de uma geração a outra. Os direitos fundamentais foram sendo conquistados lentamente, acompanharam a evolução econômico-social, de maneira que as dimensões dos direitos correspondem à ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais. Os novos direitos fundamentais conquistados não extinguiram os direitos já consagrados. A crítica ao uso do termo “geração” é destacada por Santos:

O termo “geração” é, por muitos, criticado, sob o argumento de que leva a imaginar-se estágios que se sucedem, substituindo-se uns aos outros, quando, na prática, verifica-se a coexistência de direitos nascidos nas mais diversas fases históricas. Por isso, muitos propõem a substituição desse termo, sendo mais apropriado o uso do termo “dimensão”. Assim, os diversos direitos que se diferenciam seriam separados em algumas “dimensões”.⁸

Pode-se concluir que o termo mais coerente a ser utilizado é “dimensões”, visto que os direitos fundamentais são reinterpretados com a evolução econômico-social e passam a ser apreciados por uma nova dimensão. No início, o objetivo principal era defender os direitos individuais, posteriormente os direitos sociais e na seqüência os direitos coletivos. Portanto, a alteração na finalidade exige uma mudança na interpretação. Ao priorizar direitos coletivos certamente haverá colisão com direitos fundamentais individuais. Não haverá uma substituição ou uma exclusão de direitos, e sim uma reinterpretação que possibilite uma conciliação.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais visou a acabar com o arbítrio governamental. Procurou estabelecer limites à intervenção do Estado. Impôs uma abstenção ao Estado. Resguardou os direitos e garantias individuais e políticos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela

⁷ Idem, *Ibidem*, p. 385.

⁸ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do STF: Limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 67.

Assembléia Nacional Francesa, objetivando proteger os direitos individuais e políticos, consagrou diversos princípios relevantes, entre os quais estão inclusos: o princípio da igualdade, da livre manifestação de pensamento, da propriedade, da reserva legal, da liberdade religiosa, da anterioridade em matéria penal, da liberdade, da resistência à opressão, etc. É nítido que o objetivo principal foi amparar as pessoas contra o poder opressivo do Estado.

Após a Segunda Guerra Mundial, surgiu a chamada dimensão positiva dos direitos fundamentais, já que a finalidade era assegurar os direitos econômicos, sociais e culturais. A Revolução Industrial provocou o surgimento de graves problemas sociais e não havia como amenizá-los sem a participação do Estado. Percebe-se que os direitos da primeira dimensão buscaram limitar os poderes do Estado, enquanto que os da segunda dimensão estão vinculados ao serviço público, fato este que exige uma maior participação do Estado.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais pretende proteger os direitos difusos, a qualidade de vida, a conservação do meio ambiente, a paz e, por isso, foi denominada de direitos de fraternidade ou solidariedade. O objetivo visado exige uma participação mundial, como, por exemplo, o Protocolo de Kyoto. A informatização, juntamente com a globalização, vem exigindo cada vez mais uma internacionalização dos direitos fundamentais, o que é um tanto complexo, pois “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”.⁹

A existência da quarta dimensão dos direitos fundamentais é defendida por uns e questionada por outros. De acordo com Bonavides:

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.¹⁰

Essa nova dimensão dos direitos fundamentais ainda não foi reconhecida, tanto no direito positivo interno como no direito internacional. É notório que a primeira e a segunda dimensão dos direitos fundamentais procuram resguardar o indivíduo, enquanto que os de terceira e quarta têm por fim a coletividade.

⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 19.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 571.

Dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais

A primeira finalidade dos direitos fundamentais foi consagrar a liberdade e o direito individual do ser humano. Portanto, o principal objetivo era defender os direitos subjetivos. A Revolução Francesa ocorreu em defesa da liberdade individual e da forma democrática de governo. Com isso, podem surgir dúvidas quanto à classificação dos direitos fundamentais, ou seja, trata-se apenas de um direito subjetivo ou pode ser considerado também um direito objetivo? Para uma análise mais apurada, é bom destacar os conceitos que Gonçalves atribui aos direitos objetivo e subjetivo:

Direito objetivo é o conjunto de normas impostas pelo Estado, de caráter geral, a cuja observância os indivíduos podem ser compelidos mediante coerção. Esse conjunto de regras jurídicas comportamentais (*norma agendi*) gera para os indivíduos a faculdade de satisfazer determinadas pretensões e de praticar os atos destinados a alcançar tais objetivos (*facultas agendi*). Encaixado sob esse aspecto, denomina-se direito subjetivo, que nada mais é do que a faculdade individual de agir de acordo com o direito objetivo, de invocar a sua proteção.

Direito subjetivo é, portanto, o meio de satisfazer interesses humanos e deriva do direito objetivo, nascendo com ele. Se o direito objetivo é modificado, altera-se o direito subjetivo.¹¹

O direito objetivo determina as normas de conduta que todos devem observar, para que haja segurança e ordem nas relações sociais. É um conjunto de normas que a todos se dirige, a todos se vincula¹². O direito subjetivo é a oportunidade que o indivíduo tem de agir e de exigir aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. Trata-se da faculdade conferida ao indivíduo de invocar a norma a seu favor.¹³

Afirmar ter uma faculdade corresponde à possibilidade de poder fazer (*facultas agendi*), enquanto que ter direito está correlacionado ao poder de exigir que outrem faça (*facultas exigendi*). Havendo o poder de fazer algo, entretanto não existindo a possibilidade de exigir que outrem faça alguma coisa, estaremos diante de um direito objetivo. Em situação contrária, o direito subjetivo possibilita

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas, Direito Civil - Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

¹² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6.

¹³ Idem, *Ibidem*, p. 7.

que se exija que outrem faça alguma coisa. O direito subjetivo sempre envolve pelo menos duas pessoas, das quais uma poderá exigir o seu direito, enquanto que a outra terá o dever de fazer. A pretensão é decorrente do direito subjetivo.

Predominou por muito tempo a interpretação de que o direito fundamental era apenas um direito subjetivo, visto que o indivíduo tem o direito de exigir que o Estado não interfira no gozo de seus direitos fundamentais. Com a importância que foi sendo atribuída aos direitos coletivos, aos individuais homogêneos, aos interesses difusos, ao direito ambiental, entre outros, percebeu-se que os direitos fundamentais também são objetivos.

O direito é obrigado a acompanhar o desenvolvimento socioeconômico e cultural. A reforma do Código Civil, da Lei das Sociedades Anônimas, da Lei de Falências, entre outras, comprova que há mudanças constantes na sociedade e que, apesar de ocorrer em ritmo bem mais lento, as normas jurídicas são atualizadas. Com essa evolução, é notável que o legislador, além de não poder restringir direitos fundamentais, também deverá editar normas que possibilitem a eficácia dos direitos fundamentais. Essa dupla dimensão dos direitos fundamentais é salientada por Steinmtz:

A vinculação aos direitos fundamentais tem dupla dimensão: primeiramente, é uma vinculação negativa, porque o legislador não poderá intervir nos direitos fundamentais, restringindo-os, ou autorizar que um outro poder público intervenha (Executivo e Judiciário), sem fundamento constitucional; e, depois, é uma vinculação positiva, porque cabe ao legislador criar as estruturas normativas configuradoras, reguladoras, procedimentais, organizatórias para a plena eficácia dos direitos fundamentais. A vinculação negativa fundamenta-se na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, enquanto uma esfera individual livre de ingerência estatal, exceto em hipótese justificada constitucionalmente. A vinculação positiva funda-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, obrigando o legislador a tomar providências que garantam a vigência e a eficácia ótima desses direitos.¹⁴

Como direito subjetivo, o direito fundamental possibilita ao indivíduo que exija dos órgãos estatais, ou de quem for o eventual obrigado, que cumpra seu dever, caso contrário poderá recorrer a uma ação judicial. Limita o poder estatal, impondo-lhe uma atitude de abstenção, de não-intervenção¹⁵.

O Estado, além de não poder impedir que o cidadão usufrua de seus direitos fundamentais, tem o dever de proteger, defender as pessoas, como no

¹⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38.

¹⁵ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p.225.

exemplo do uso obrigatório do cinto de segurança. Visando a proteger o direito à vida, o Estado limitou o livre arbítrio do condutor do veículo. Essa norma tem por fim proteger a coletividade. Os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, procuram não só impedir que terceiros agridam os direitos fundamentais de outrem, como também impõem aos poderes estatais certas prestações. Sarmento defende a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, afirmando:

Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte de sua atuação. [...] É preciso abandonar a perspectiva de que a proteção dos direitos humanos constitui um problema apenas do Estado e não também de toda a sociedade. A dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária dos direitos humanos, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, da atuação em ONGs e outras entidades, do exercício responsável do direito de voto. [...] Passa-se a entender que não basta que os Poderes Públicos se abstenham de violar tais direitos, exigindo-se que eles os protejam ativamente contra agressões e ameaças provindas de terceiros. [...] A idéia, enfim, é de que a realização efetiva da dignidade da pessoa humana, no quadro de uma sociedade complexa, onde o poder não repousa apenas nas mãos do Estado, mas antes se dilui por múltiplas instâncias sociais capilares, depende da existência de políticas públicas, de procedimentos e instituições adequadas, sem as quais as promessas emancipatórias dos direitos fundamentais não passarão de mera retórica.¹⁶

Com o desenvolvimento econômico, em especial com a globalização, o Estado perdeu o monopólio do poder. Decisões tomadas por grandes empresas forçam o governo a adotar medidas desfavoráveis ao trabalhador, à economia nacional. A péssima distribuição de renda, a violência, a desigualdade social, não são culpa exclusiva do governo. Com o capitalismo, empresários objetivam ambiciosamente ao lucro. O excesso de oferta de mão-de-obra desvaloriza o trabalhador e possibilita ao empregador desprezar o assalariado. Entretanto, quem arca com as conseqüências da injustiça social é toda a comunidade. A gravidade do desequilíbrio socioeconômico atingiu um nível tão relevante que o seqüestro deixou de ser um crime praticado, exclusivamente, contra grandes empresários. Não se pode olvidar que todos (ricos, pobres, brancos, pretos etc.) estão sujeitos a serem

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 134-137.

as vítimas da violência provocada pela falta de emprego, pela injustiça social. Os direitos fundamentais precisam ser respeitados e efetivados tanto pelo Estado como pelo setor privado. Steinmetz salienta:

Há muito o Estado não é o único detentor de poder – talvez nunca tenha sido o único. No mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm o poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas de e pelo poder, (i) ora no seio do Estado, com o objetivo de ocupação de espaços estratégicos de poder e eventual obtenção de vantagens [...], (ii) ora com o Estado, hipótese na qual grupo(s) privado(s) se aliam aos governantes e/ou à burocracia estatal para fragilizar, restringir, neutralizar ou até impedir a ação de outro(s) grupo(s) privados, e (iii) ora contra o Estado, e.g., ataques especulativos orquestrados por megagrupos financeiros privados nacionais e, sobretudo, internacionais. [...]

Ora, no mundo contemporâneo, o Estado não é o único sujeito capaz de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade das pessoas (indivíduos ou grupos). Nas relações horizontais, entre particulares, também se verifica, amplamente, a capacidade de alguns sujeitos condicionarem, restringirem ou eliminarem as liberdades de outros sujeitos.¹⁷

Recentemente, o Congresso Nacional aprovou um projeto que visa à parceria entre os setores privado e público na construção de rodovias, em investimentos na infra-estrutura. Percebe-se que o Estado sozinho não consegue atender à demanda. O Brasil é um país democrático, portanto é fundamental que o setor privado assuma seu papel na efetivação dos direitos fundamentais. Uma sociedade justa exige a participação ativa tanto do Estado como do setor privado.

O tributo como um dever

As necessidades públicas têm como características básicas a não-individualidade e a coação. Alcançar os objetivos estabelecidos no art. 3º da CF tem um custo; assim, se não houvesse coação, dificilmente o Estado conseguiria obter as riquezas necessárias para atender às necessidades públicas. Percebe-se que o tributo não almeja interesses e necessidades exclusivos do Estado. Ele é um instrumento que possibilita ao Estado atender às exigências materiais e imateriais da sociedade. O tributo não deve ser considerado uma norma de rejeição. Trata-se

¹⁷ STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 85-87.

de um dever fundamental. Objetivar uma sociedade justa e solidária impede que se considere o tributo uma norma de rejeição, visto que o Estado precisa arrecadar para que possa dar o devido amparo à sociedade.

Os direitos fundamentais estão vinculados às finanças públicas. A efetivação desses direitos exige investimento, portanto o tributo é o preço que o cidadão paga pela garantia de seus direitos. O imposto é uma contribuição para que o Estado possa atender aos interesses de todos os cidadãos. Assim sendo, o dever de pagar impostos é um dever fundamental e o tributo é considerado o preço da liberdade. A terceira dimensão dos direitos fundamentais assenta na solidariedade, por isso o usufruto solidário desses direitos gera deveres de solidariedade. Por um lado, os direitos fundamentais definem limites aos deveres fundamentais, mas, por outro, são esses deveres que garantem o exercício da liberdade. Quem faz brilhante destaque do dever de pagar tributos é Torres:

*O dever de pagar tributos surge com a própria noção moderna de cidadania e é coextensivo à idéia de Estado de Direito. Tributo é dever fundamental estabelecido pela Constituição no espaço aberto pela reserva da liberdade e pela declaração dos direitos fundamentais. Transcende o conceito de mera obrigação prevista em lei, posto que assume dimensão constitucional. O dever de pagar tributos é correspondente à liberdade e aos direitos fundamentais.*¹⁸

É predominante a exigência do respeito aos direitos do cidadão. A tributação sempre foi analisada focalizando os direitos do contribuinte, entretanto é bom lembrar que ele tem deveres. Sendo certo que o contribuinte tem direitos a serem respeitados no exercício da competência tributária, é igualmente certo que o dever de pagar impostos é insito à cidadania, e decorre da idéia de solidariedade¹⁹. É oportuno ressaltar que a primeira e a segunda dimensão dos direitos fundamentais focalizavam o indivíduo, e a terceira e quarta passaram a visar à coletividade. O cidadão tem o dever de solidariedade na manutenção dos serviços públicos. Trata-se da dimensão coletiva do tributo. O vínculo existente entre os direitos fundamentais e o dever de pagar tributos é destacado por Nogueira:

Hodiernamente, não se pensa mais os direitos fundamentais dos cidadãos dissociado dos deveres fundamentais. É uma relação de alteridade indissociável, uma superação do individualismo em favor do coletivo. Uma visão do tributo como norma de rejeição social, sobre ser equivocada (s.m.j.) do ponto de vista jurídico, é

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2001.

¹⁹ GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tributos e Direitos Fundamentais*. São Paulo:Dialética, 2004.

ultrapassada sob uma perspectiva de uma sociedade dinâmica que se quer mais justa e solidária.²⁰

O Estado deve exercer o seu poder tributário, mas precisa respeitar os direitos fundamentais do contribuinte. É o dever de pagar tributos que possibilita ao Estado garantir os direitos fundamentais. Por outro lado, é indispensável que as normas tributárias respeitem o mínimo existencial, o princípio da capacidade contributiva, a liberdade fiscal, a justiça tributária etc.

Mínimo existencial

A Constituição Federal, em seu art. 7º, IV, determina que o salário mínimo deverá ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com relação à moradia, alimentação, educação, saúde, vestuário, higiene, transporte, previdência social e lazer. Procura garantir uma vida digna a todo cidadão. Infelizmente, o que se constata, no Brasil, é uma sociedade injusta, onde cerca de 53,9 milhões de pessoas não possuem acesso ao mínimo social, como saúde, alimentação, seguridade social e habitação²¹. Com um número tão relevante de seres humanos em situação precária, é conveniente que as imunidades e os privilégios aos pobres sejam interpretados de maneira extensiva.

O §1º do art. 15 da CF de 1946 determinava expressamente a isenção do imposto de consumo dos produtos que a lei classificava como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica. Na Constituição brasileira vigente, não consta o termo mínimo existencial, como destaca Torres:

A imunidade do mínimo existencial nem sempre possui dicção constitucional própria, devendo ser lida nas entrelinhas do princípio da tributação progressiva. Mas não se confunde com a justiça nem com a capacidade contributiva, nem com a progressividade, posto que é um predicado dos direitos da liberdade e é pré-constitucional.²²

É do princípio da dignidade da pessoa humana que se extrai a idéia do mínimo existencial, portanto, por uma questão de justiça social, não poderá incidir tributos sobre o mínimo necessário à sobrevivência do cidadão e de sua família.

²⁰ NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Direito Financeiro e Justiça Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.120.

²¹ ALMEIDA, Evaristo. *Programas de Garantia de Renda Mínima*. Fapesp, 2000.

²² TORRES, Ricardo Lobo. *A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

Em resumo, mínimo existencial é a menor quantia de renda absolutamente necessária para a sobrevivência digna do contribuinte.²³ Garantir o mínimo existencial é um meio de realização da justiça social.

No campo tributário, o mínimo existencial se refere à pobreza absoluta, ou seja, quando há risco de sobrevivência física do indivíduo ou da família, o que, pois, baseia-se em um padrão mínimo de sobrevivência. A pobreza relativa tem liame com a desigualdade de renda.

Com o objetivo de proteger o mínimo existencial, o legislador estabeleceu explicitamente na CF algumas imunidades, dentre as quais salientamos a assistência jurídica integral e gratuita que o Estado deverá prestar às pessoas que comprovarem a insuficiência de recursos, a gratuidade do registro civil de nascimento e a certidão de óbito aos reconhecidamente pobres, a garantia da assistência social independentemente de contribuição à seguridade social etc. Analisando as hipóteses de imunidade, percebe-se que a imunidade fiscal do mínimo existencial é ampla, pois abrange impostos, taxas e contribuições.

Princípio da capacidade contributiva

O princípio da capacidade tributária define que cada cidadão deve contribuir para as despesas públicas na exata proporção de sua capacidade econômica²⁴. A justiça distributiva está vinculada ao princípio da capacidade contributiva. Cada um deve contribuir na proporção de suas rendas e haveres, independentemente de sua eventual disponibilidade financeira²⁵. Trata-se de um princípio que impõe limites ao poder de tributar do Estado, entretanto não exclui do cidadão o dever de pagar tributos. É o princípio que concilia os direitos fundamentais à limitação do poder de tributar.

Para que ocorra a efetivação do princípio da capacidade tributária, é necessário que sejam respeitados os limites da: a) não tributação do mínimo existencial; b) não tributação com o efeito confiscatório. Portanto, temos o limite quantitativo, cuja finalidade é evitar que o mínimo necessário à sobrevivência do cidadão seja tributado, e o limite qualitativo, que visa a impedir a concessão de privilégios odiosos a terceiros e às discriminações arbitrárias.

Sempre houve debate quanto à validade da capacidade contributiva como princípio jurídico. Há a corrente favorável e a opositora a essa classificação. A carga tributária brasileira, em 1947, era de aproximadamente 17% do PIB, em

²³ ZILVETI, Fernando Aurélio. *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

²⁴ Idem. *Ibidem*.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

1970 em torno de 26% e, em 2003, chegou ao patamar de 36%. Percebe-se que houve um relevante aumento na carga tributária, fato este que induziu doutrinadores a um amplo debate quanto à aceitação da capacidade contributiva como princípio tributário-constitucional. Com o objetivo de certificar justiça fiscal ao cidadão e proteger o mínimo existencial, o princípio da capacidade contributiva foi se consolidando como um meio de justiça fiscal, fato este nobremente salientado por Zilveti:

É esse um princípio fundamental que rege a distribuição da carga fiscal no Estado social de direito e garante o respeito à dignidade do cidadão. A tributação de acordo com a capacidade contributiva desenvolve-se segundo conceitos que priorizem o respeito ao mínimo existencial. O direito fundamental da igualdade, expresso por meio do respeito ao mínimo existencial na apuração da capacidade contributiva, deve limitar o poder de tributar do Estado. Esta seria a realização da justiça no campo do direito tributário.²⁶

Atualmente, doutrinas e jurisprudências ostentam que o princípio da capacidade contributiva é um princípio de justiça fiscal.

Recolhimento do ICMS por Regime de Caixa

Com base no princípio da capacidade contributiva, a tributação deveria ser efetuada proporcionalmente à riqueza de cada um, entretanto não é o que ocorre, em especial, na tributação indireta. O ICMS é um imposto considerado injusto, uma vez que não considera o poder aquisitivo e apresenta relevante dificuldade na aplicação do princípio da capacidade econômica do contribuinte. Infelizmente, os tributos indiretos representam cerca de 70% da carga tributária total, em nosso país.

Predomina a interpretação de que o tributo é um dos principais instrumentos de desenvolvimento econômico e de repartição de riqueza, contudo não se pode olvidar dos direitos fundamentais do contribuinte e do importante papel da microempresa, na economia brasileira. Pesquisa divulgada pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostra que, entre o período de 1996 e 2003, mais de 58,5% dos novos postos de trabalho foram gerados por pequenas empresas.

²⁶ ZILVETI, Fernando Aurélio. *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 153.

Nesse mesmo período, o IBGE constatou que, das 620.000 novas empresas, apenas 193.000 permaneceram em atividade. As empresas que possuem empregados apresentam uma resistência ainda menor. A média anual é 120.000 novas empresas (micro ou pequena – com empregados), de cujo total são excluídas 58.000, no primeiro ano de atividade.

De acordo com informações do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), o total de empresas existentes no Brasil, em 1998, era de 3,6 milhões, das quais 98,8% classificavam-se como micro e pequenas empresas. Nessa pesquisa, o Sebrae considerou como grande empresa: a) na indústria – empresas com mais de 499 empregados; b) no comércio e serviços – empresas com mais de 99 empregados.

A Constituição Federal assegura, em seus art. 170, IX²⁷ e 179²⁸, um tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte. Para tentar facilitar a organização e o funcionamento da microempresa e da empresa de pequeno porte, foram adotadas, por meio de leis, medidas que simplificam ou reduzem as obrigações tributárias, administrativas, previdenciárias e creditícias. O Superior Tribunal de Justiça ratificou a legalidade desse privilégio às microempresas.

Resp 121226/DF a legalidade deste benefício: “Microempresa – Lei num. 7.256/84 – Tratamento privilegiado. A microempresa possui direito a tratamento privilegiado (Lei nº. 7256/84)”.

A legislação federal faculta, às microempresas, às empresas de pequeno porte e às empresas que optam pelo lucro presumido, escolher o Regime de Caixa para apurar os tributos federais devidos, conforme Instrução Normativa (IN) 104, de 24/8/1998. Do ponto de vista jurídico, é indiscutível que esse regime respeita plenamente o conceito constitucional de renda, visto que o acréscimo patrimonial disponível será detectado com maior precisão. A legalidade do recolhimento pelo Regime de Caixa foi confirmada pelo REsp 438624/RJ:

RECURSO ESPECIAL 438624/RJ – 2002/0063365-9 – Ministra ELIANA CALMON – Data do julgamento 3/8/2004 – DJ 4/10/2004 p.231. [...]

²⁷ Art. 170, IX, CF. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

²⁸ Art. 179, CF. “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

3. o regime de caixa instituído não é ilegal porque não aumentou a carga tributária e não desvirtuou o conceito de renda, apenas dinamizou o recebimento pelo Fisco.

O recolhimento do ICMS por Regime de Caixa auxiliará a amenizar um dos maiores problemas dos empresários: a falta de capital de giro. Em proposta enviada pelos presidentes de entidades de classe do setor produtivo do Paraná ao governador Roberto Requião, foi especificado:

Em razão dos prazos para o recolhimento dos débitos tributários – em geral mais exíguos do que os prazos médios de recebimento do produto financeiro das vendas –, as empresas são forçadas, na maioria das vezes, a buscar recursos no mercado financeiro (via endividamento) para adimplir suas obrigações com o Fisco, comprometendo seu capital de giro.²⁹

De acordo com o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) da Associação Comercial e Empresarial de Maringá (ACIM), o índice de inadimplência no comércio de Maringá, no primeiro semestre de 2003, atingiu 53%, fato este que deixa o empresário em situação crítica, financeiramente. Só o recolhimento do imposto, geralmente antes do recebimento das vendas, é suficiente para afetar o capital de giro da empresa. Havendo um percentual de inadimplência elevado como o referido, a probabilidade de contribuintes serem obrigados a encerrarem suas atividades aumenta drasticamente. Esse exorbitante índice de inadimplência certamente agravará a crise financeira na empresa. O recolhimento do ICMS pelo Regime de Caixa não solucionará tale problema, no entanto auxiliará a amenizar os efeitos da escassez de recursos e proporcionará justiça fiscal.

O controle do fluxo de caixa é fundamental para administrar o capital de giro. Ao permitir que o ICMS seja recolhido pelo Regime de Caixa, o Estado estará induzindo a empresa a aprimorar sua eficácia no setor financeiro.

É relevante destacar que esse método de recolhimento favorecerá os empresários tanto na área tributária como na contábil. Se a base de cálculo do ICMS a recolher for o valor recebido, o princípio da capacidade contributiva estará sendo respeitado. Em relação à contabilidade, deve-se dissecar o que segue:

O planejamento de caixa é a espinha dorsal da empresa.³⁰
É bom ter em mente que as empresas não quebram por falta de lucro. Elas quebram por falta de caixa.³¹

²⁹ Trata-se de proposta para edição de lei para regularização de débitos tributários estaduais, que foi elaborada em 14/7/2003, pelos presidentes de entidades de classe do setor produtivo do Paraná.

³⁰ GITMAN, Lawrence J. *Princípios de Administração Financeira*. 7. ed. São Paulo: Harbra, 1997.

³¹ SMITH, Terry. *Accounting for growth. Exame*, 24/5/1994.

Há muito se sabe que uma empresa pode operar sem lucros por muitos anos, desde que tenha um fluxo de caixa adequado.³²

Finalidade da Contabilidade tradicional: apenas atender ao fisco, pois as demonstrações tradicionais são uma inutilidade para a tomada de decisões. [...]

Principais avanços que quebram a inutilidade:

1^a) A contabilidade orçamentária tem peças como o fluxo de caixa, onde os usuários podem visualizar o retorno do capital entre vários auxílios gerencias.³³

A falta de controle do fluxo de caixa é um dos principais motivos das graves crises financeiras de muitas empresas. Portanto, os objetivos visados com a implantação do recolhimento do ICMS pelo Regime de Caixa são: a) uma tributação mais justa ao micro e pequeno empresário; b) uma administração financeira mais eficaz; c) reduzir o percentual de microempresas que encerram suas atividades com menos de cinco anos de atividade. Em relação ao total do ICMS arrecadado no exercício de 2005, apenas 1,44% é procedente das microempresas. Por conseguinte, por maior que seja a queda na arrecadação com a adoção do Regime de Caixa, globalmente será uma redução ínfima. Os beneficiados serão empresas simbólicas na arrecadação, mas representativas na geração de empregos. Trata-se de uma medida que, além de proporcionar justiça fiscal, beneficiará o contribuinte contábil e administrativamente.

Principais vantagens da arrecadação do ICMS pelo Regime de Caixa

Tanto os empresários como o Estado serão beneficiados com o recolhimento do ICMS pelo Regime de Caixa. Entre as vantagens, destacamos:

a) Capital de Giro. As micro e pequenas empresas, geralmente, não disponibilizam de capital próprio para financiar suas atividades. Quando a soma das despesas, dos valores a pagar aos fornecedores e dos tributos ultrapassam o total do capital disponível, geralmente os empresários recorrem aos empréstimos bancários, ao desconto de duplicatas, medidas estas que apenas amenizam momentaneamente a situação, já que, com o altíssimo índice de inadimplência, com juros elevadíssimos, torna-se uma dívida impagável, tudo como consequência o

³² DRUCKER, Peter F. *Administrando para o Futuro*. São Paulo: Pioneira, 1992.

³³ HOOG, Wilson Alberto Zappa; PETRENCO, Solange Aparecida. *Prova Pericial Contábil*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 28-29.

encerramento das atividades. Optando pelo Regime de Caixa, a empresa só pagará o tributo se e quando receber, fato este que a favorecerá em relação ao capital de giro;

b) Princípio da capacidade contributiva. O contribuinte passará a recolher ICMS sobre o valor que respectivamente recebeu, ou seja, estará utilizando capital próprio para o pagamento do imposto devido. Apesar de o ICMS ser um tributo indireto, o princípio da capacidade contributiva resguarda o mínimo existencial e define um limite para que não haja confisco;

c) A IN 104 da Receita Federal, editada em 1998, permite o recolhimento dos impostos federais por Regime de Caixa. O Estado, adotando esse sistema de recolhimento, facilitará e estimulará o contribuinte a optar por tal método. Atualmente, quem opta pelo Regime de Caixa em relação aos impostos federais é obrigado a apurar o ICMS pelo Regime de Competência;

d) Custos menores e a possibilidade de melhor uso da contabilidade. Pesquisa realizada mostra que poucas empresas, em especial as de pequeno e médio porte, elaboram a demonstração do fluxo de caixa. Com o recolhimento por Regime de Caixa, esse demonstrativo se tornará obrigatório;

e) O Estado também será beneficiado, visto que o contribuinte informará pela Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA – ICMS) o total das compras (Entradas), de despesas, de vendas (Saídas) e de recebimentos. Portanto, com o cruzamento dessas informações, a sonegação será facilmente detectada (aquisições mais despesas, por lógica, não poderão ser constantemente superiores ao valor recebido);

f) O empresário terá uma fonte de informação indispensável, a Demonstração do Fluxo de Caixa (DFC), para organizar e controlar o capital de giro da empresa.

Em sua Tese de Doutorado, Silvio Hiroshi Nakao³⁴ especifica que o custo para o recolhimento do tributo pelo Regime de Caixa será reduzido, pelos seguintes motivos:

a) A objetividade do fluxo de caixa e a simplificação na regulamentação reduzirão os gastos com consultoria, planejamento tributário e custo com treinamento;

b) A efetivação de uma auditoria torna-se mais simples, porque, os

³⁴ NAKAO, Silvio Hiroshi. *Um Modelo de Tributação da Renda por Fluxos de Caixa Realizados*. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade), Universidade de São Paulo, 2003.

- exames a serem aplicados serão reduzidos;
- c) Uma maior agilidade na apuração dos tributos devidos;
- d) A elaboração do fluxo de caixa não exige conhecimento contábil, fato este que reduz o custo de treinamento;
- e) O sistema de informações do fluxo de caixa pode ser adaptado de um sistema de tesouraria.

Desvantagens da arrecadação do ICMS pelo Regime de Caixa

Os aspectos que podem ser questionados como desvantagens são:

- a) Queda de arrecadação. Logicamente que pode haver uma queda de arrecadação, em especial nos quatro primeiros meses, visto que os vencimentos só voltarão a se acumular a partir do terceiro ou quarto mês seguinte. Será uma redução temporária. Além disso, se for analisado o custo *versus* benefício, se concluirá que as vantagens obtidas superam as desvantagens. A arrecadação proveniente das microempresas é ínfima em relação ao total de ICMS arrecadado. Certamente, o Regime de Caixa poderá reduzir o número de falências e de empresas que encerram suas atividades. Com isso, favorecerá a distribuição de renda, haverá geração, ou pelo menos, manutenção de empregos, entre outros benefícios;
- b) A contabilidade deverá proceder dois registros contábeis: um de acordo com as normas contábeis (Regime de Competência) e o outro em conformidade com as normas tributárias (Regime de Caixa). Portanto, gerará mais trabalho para o setor contábil, mas não originará problemas que justifiquem a não adoção do Regime de Caixa para o recolhimento do imposto devido.

O recolhimento pelo Regime de Caixa torna obrigatório um controle sobre o fluxo de caixa, fato este que beneficiará o próprio empresário. Por outro lado, o Estado terá mais uma informação acrescentada à Guia de Informação e Apuração do ICMS (valor recebido). Certamente, a adoção desse regime elevará o percentual de micro e pequenas empresas que conseguem permanecer ativas, após cinco anos de atividade.

A relevância da demonstração do fluxo de caixa fundamenta o Projeto de Lei nº. 3.741/2000, que prevê alterações na Lei das Sociedades Anônimas, uma das quais é a substituição da Demonstração das Origens e Aplicações de Recursos (DOAR) pela Demonstração do Fluxo de Caixa (DFC).

A legalidade do recolhimento do ICMS por Regime de Caixa

O ICMS devido, geralmente, está vinculado a um contrato de compra e venda mercantil, no entanto o que gera a obrigação de recolher o ICMS é a circulação da mercadoria. De acordo com a doutrina, uma das obrigações básicas do vendedor é a entrega da coisa e do comprador o pagamento do preço. Nota-se que o fato gerador do ICMS, predominantemente, depende do cumprimento da obrigação do vendedor, por quanto, com a entrega da mercadoria se efetiva a circulação, o que, conseqüentemente, origina a obrigação de pagar o imposto. O fato gerador se consolida com a mudança de propriedade das mercadorias, independentemente do pagamento do preço por parte do adquirente. Baseado nos art. 170, IX e 179 da CF, o legislador poderá descrever que o fato gerador, em operações realizadas por microempresas, será considerado efetivado no momento do recebimento do preço.

O fato de o ICMS ser um imposto de competência estadual, estar vinculado ao princípio da não-cumulatividade e encontrar-se incluído no preço da mercadoria adquirida (calculado “por dentro”) restringe a permissão do recolhimento pelo Regime de Caixa às micro e pequenas empresas. Os documentos fiscais emitidos por microempresas não geram direito ao crédito, fato este que elimina qualquer ilegalidade em relação ao princípio da não-cumulatividade.

Na obra *O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*³⁵, foi questionada a coerência da exigência do tributo em operações celebradas com o Poder Público e que não foram, por este, adimplidas. A opinião predominante dos nobres juristas, advogados, doutorados, é de que não deve ser exigido o tributo sobre essas operações, visto que: a) o patrimônio do contribuinte estará sendo lesado; b) haverá desrespeito ao princípio da moralidade; c) será uma conduta imoral, por ofensa ao princípio da capacidade contributiva.³⁶

Se o inadimplente fosse uma empresa privada, a situação do contribuinte seria diferente? Logicamente que não! Independentemente do inadimplente ser o Poder Público, pessoa física ou jurídica, a inadimplência prejudicará o fluxo de caixa, poderá obrigar o contribuinte a recorrer ao capital de terceiro e haverá um desrespeito ao princípio da capacidade contributiva.

Uma outra situação a ser analisada é a da substituição tributária. Trata-se de uma medida que possibilita concentrar as obrigações tributárias (ICMS) em

³⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

³⁶ Em 1998, entrou em vigor a Instrução Normativa 104 da Receita Federal, que possibilita às microempresas, empresas de pequeno porte e às empresas que optam pelo lucro presumido, efetuarem a apuração dos impostos federais devidos por meio do Regime de Caixa.

um grupo reduzido de contribuintes, o que facilitará a arrecadação e a fiscalização. No Paraná, 12 empresas que comercializam produtos sob o Regime de Substituição Tributária são responsáveis por 54,09% da arrecadação do ICMS³⁷. Apenas 0,06% dos contribuintes paranaenses são responsáveis por mais da metade da arrecadação do Estado³⁸. O imposto será exigido antes da efetivação da operação mercantil, de modo que muitos doutores consideram a EC nº 3/93 inconstitucional, por permitir que a lei exija o pagamento do imposto antes da ocorrência do fato gerador. Entretanto, não se pode olvidar da dimensão coletiva do tributo. A efetivação dos direitos fundamentais tem um custo, pois o Estado tem o dever de atender aos cidadãos:

RMS 11129/PR; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA, Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, data do julgamento 2/10/2001.

1. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto.

RMS 11183/PR; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA, Ministro JOSÉ DELGADO, data do julgamento 22/8/2000[...]

2. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos indistintamente o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos art. 6º e 196.

O Estado depende da arrecadação para cumprir sua missão. Todos os direitos possuem custos e os recursos necessários para o custeamento serão gerados pela coletividade por meio do dever de pagar tributos. A tributação é uma forma de realização de justiça social. Os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, são garantidos para toda a coletividade por intermédio das obrigações tributárias³⁹. Com isso, são imensuráveis a relevância do tributo ao Estado e o preclaro papel do contribuinte:

A consciência de que os direitos custam implica *ipso facto* a conscientização de que as pessoas somente possuem direitos na medida em que um Estado responsavelmente recolha recursos junto aos cidadãos responsáveis para custeá-los.⁴⁰

³⁷ O número de empresas e o percentual da arrecadação baseiam-se em dados de fevereiro/2005.

³⁸ Em fevereiro de 2005, havia no Paraná cerca de 200 mil contribuintes do ICMS.

³⁹ RIBEIRO, Gustavo Moulin. *in Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴⁰ GALDINO, Flávio. *in Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

A dimensão coletiva do tributo justifica o Estado adotar medidas que facilitem custear as necessidades dos cidadãos, de sorte que a substituição tributária deve ser apreciada de acordo com a sua finalidade, que é facilitar a arrecadação de recursos à efetivação dos direitos fundamentais da coletividade e possibilitar um maior respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Se for permitido o recolhimento do ICMS pelo Regime de Caixa, o Estado também estará favorecendo a coletividade, visto que se trata de uma medida que auxiliará na sobrevivência das microempresas e certamente estimulará a geração de empregos. Conforme informações do IBGE, entre 1996 e 2003 o número de pessoas assalariadas aumentou de 14,8 milhões para 19,1 milhões, sendo que, 58,5% destes novos postos de trabalho foram gerados por empresas com até 29 pessoas ocupadas. A microempresa é representativa na geração de empregos e simbólica na arrecadação do ICMS, por isso é louvável facultar ao contribuinte um método mais justo na apuração do ICMS devido.

Os art. 170, IX e 179 da CF determinam um tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte. O Estado também será beneficiado direta e indiretamente com as conquistas dos empresários. Dessa forma, é plenamente legal e conveniente que o Estado adote medidas que auxiliem a sobrevivência dos micro e pequenos empresários.

Conclusão

A responsabilidade de constituir uma sociedade livre, justa e solidária não é exclusiva do Estado, principalmente no atual mundo globalizado. Os direitos fundamentais legitimam e limitam o poder de tributar, uma vez, sem recursos, esses direitos jamais serão efetivados. Ao mesmo tempo em que o Estado tem o direito de tributar, tem a obrigação de implantar uma tributação justa. Portanto, deverá respeitar o princípio da capacidade contributiva, o mínimo existencial, a liberdade fiscal, a cidadania fiscal etc. Os direitos fundamentais estão vinculados às finanças públicas. O tributo é a principal fonte de receita do Estado, mas é essencial o respeito aos direitos dos contribuintes. O tributo é um instrumento para o Estado interferir na economia, entretanto não poderá ser um empecilho ao desenvolvimento econômico.

Os direitos e deveres integram-se correlativamente; portanto, todo cidadão pode exigir que seus direitos fundamentais sejam respeitados, mas, em contrapartida, não poderá olvidar do seu dever de pagar tributos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, que é a base dos direitos fundamentais, assegura a todos uma existência digna. Dessa maneira, é essencial que os limites da tributação sejam reverenciados.

Permitir o recolhimento do ICMS pelo Regime de Caixa é adotar uma medida que respeita plenamente os direitos fundamentais do contribuinte e o auxilia na administração financeira da empresa. O controle e a projeção do fluxo de caixa são indispensáveis para o sucesso da empresa. Desse modo, o novo método de apuração do ICMS beneficiará o contribuinte, contábil e tributariamente. Em 2005, a participação das microempresas em relação ao total de ICMS recolhido foi de apenas 1,44%, portanto, analisando custos *versus* benefícios, pode-se concluir que, para o Estado, também será uma norma vantajosa. Trata-se de uma medida que induz a um ciclo econômico virtuoso.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Evaristo. *Programas de Garantia de Renda Mínima*. São Paulo: FASESP, 2000.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 18. Tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 1998.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- CONTI, José Maurício. *Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade*. São Paulo: São Paulo: Dialética, 1997.
- COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CUNHA JR., Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.
- DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico*. Curitiba: Juruá, 2003.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FISCHER, Octavio Campos. *Tributos e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e Efetividade das Normas Ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GODOI, Marciano Seabra. *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.
- GODOY, Walter. *Os Direitos dos Contribuintes*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- GONÇALVES, J. A. Lima. *Isonomia da Norma Tributária*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins*. São Paulo: Dialética, 2001.

LEITE, George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEONETTI, Carlos Araújo. *O Imposto sobre a Renda como Instrumento de Justiça Social no Brasil*. Barueri: Manole, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direitos Fundamentais do Contribuinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. *A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro*. São Paulo: IOB, 2002.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NOGUEIRA, Alberto. *A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Direito Tributário e Justiça Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Fundamentos do Dever Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Vicente Kleber de Melo. *Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del

Rey, 2001.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social*. Barueri: Manole, 2002.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PIRES, Adilson Rodrigues. *Contradições no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIBEIRO, Maria de Fátima, FERREIRA, Jussara S. Assis Borges Nasser. *in Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005

ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Teoria do Estado, Democracia e Poder Local*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Curso de Especialização em Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário vol. I e II*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa, 1997, p. 331.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Temas de Interpretação do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, Vol V – O Orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, Vol III – Os Direitos Humanos e a Tributação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ZILVETI, Fernando Aurélio. *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

AS TRANSFORMAÇÕES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: O PROCESSO INTERVENCIONISTA DO ESTADO BRASILEIRO

THE TRANSFORMATIONS OF WORK RELATIONSHIPS: THE INTERVENTIONIST PROCESS OF THE BRAZILIAN STATE

Cristiane Carvalho Burci FERREIRA*

RESUMO

O trabalho, como valor imanente ao homem, reconhecido em nível mundial, somente obteve tal valor após uma longa História de lutas e mobilizações da classe trabalhadora. Sua evolução segue a evolução da própria sociedade, de sua organização política e social, visto que em cada período da História o trabalho recebeu tratamento diverso, de forma a traçar uma longa trajetória, que vai da escravidão -período em que o trabalho era associado a pena- até a valorização incondicional, a qual se corrobora, no Estado brasileiro, com a Constituição Federal vigente, onde os valores sociais do trabalho são fundamento do Estado Democrático de Direito, bem como a valorização do trabalho constitui-se fundamento da ordem econômica, sendo, outrossim, a busca do pleno emprego um dos princípios que regem a ordem econômica. O valor do trabalho atingiu seu ápice a partir do momento em que o Estado passou a intervir nas relações dessa natureza, através da regulação, o que corrobora a importância do processo intervencionista do Estado nas questões ligadas a ele, como forma de evitar que os estados, e especialmente, o Estado brasileiro, sejam tomados pelo espírito neoliberal, que propõe soluções aparentemente imediatas às questões relacionadas ao trabalho, mas que, na verdade, busca o retrocesso e a eliminação de toda uma história de lutas e conquistas de uma classe sempre ameaçada pelo capital.

Palavras-chave: trabalho, capital, processo intervencionista, valor.

*Mestre em Direito pela UNIMAR-Marília-SP e professora universitária em Lins-SP.

ABSTRACT

Work, as man's immanent value, recognized at worldwide, only got such a value after a long history of struggles and working class mobilization. Its evolution follows the evolution of the own society, its political and social organization, because in each period of the history, work has received a different treatment in order. It goes from slavery – a time in which work was associated to penalties - until the unconditional valorization, which is corroborated, in the Brazilian State, with the effective Federal Constitution, in which work social values are the Democratic State of Right foundation, as well as the valorization of work is the foundation of the economical order constituted, being, likewise, the search of a job one of the principles that governs the economical order. The value of work reached its apex from the moment the State started to intervene in these relationships by regulating it. That corroborates to the importance of the State interventionist process to work, as a way of avoiding that states, especially the Brazilian one, are taken by the neo liberal spirit. That spirit proposes seemingly immediate solutions to the subjects related to work, but actually it retreats and eliminates an entire history of struggles and conquests of a class always threatened by the capital.

Key-words: job; capital; interventionist process; value.

1. A trajetória do trabalho

O trabalho, como um valor imanente à própria dignidade do homem, alçou uma longa trajetória até obter tal reconhecimento. Até o fim do feudalismo, o trabalho não era livre, sendo os serviços prestados principalmente por escravos. Tanto nos locais onde a escravidão negra era responsável pela realização dos serviços necessários, como em outros, onde os servos eram vinculados aos senhores feudais, não se pode falar em trabalho livre.

Com a formação e desenvolvimento das cidades, surgem as corporações de ofício para possibilitar a realização de certas tarefas que lhe eram indispensáveis. Nas referidas corporações, os trabalhadores eram responsáveis pela produção dos bens, do início ao fim do processo, sem divisão do trabalho. Os mestres possuíam as ferramentas para o trabalho nas corporações, por isso fixavam os valores dos produtos e dos salários dos demais trabalhadores.

As formas de trabalho foram se modificando, de acordo com as necessidades dos locais e dos períodos em que ocorriam. No entanto, “as alterações no modo de sobrevivência e a desastrosa fase absolutista na Europa culminaram

com a Revolução Francesa de 1789, modificando amplamente a forma de trabalho então existente”. O trabalho passou a ser executado com maior liberdade.¹ O advento das máquinas, inventadas para auxiliar os trabalhos na produção dos produtos manufaturados, ocasionou a revolta dos trabalhadores da época, que iniciaram a denominada Revolução Industrial, por volta do ano de 1767 e seguintes (ano em que foi inventada a primeira máquina de fiar, de James Hargreaves). Esse fato, ao lado da Revolução Francesa, também acarretou profundas modificações nas relações de trabalho.

A inquietação e o descontentamento dos trabalhadores geravam protestos não somente contra a diminuição de postos de trabalho, mas também quanto à forma de trabalho e ao baixo valor dos salários, já que “a vida dentro das fábricas neste primeiro momento era algo hoje por nós considerado como humilhante e ultrajante”.²

Tanto a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, como a Revolução Francesa de 1789, que a reforçou, foram marco na busca dos operários pelos lucros advindos do trabalho que prestavam.³

Após a criação das primeiras máquinas os operários não se conformavam com a diminuição do número de postos de trabalho e iniciaram um movimento contra o maquinismo.... As revoltas de 1779, foram, de fato, seguidas de diligências para a obtenção por via legal da proibição do uso das máquinas. Todavia, como os bens produzidos pelas novas máquinas eram de qualidade superior aos manufaturados, a Câmara dos Comuns não acolheu a petição dos trabalhadores.⁴

O movimento iniciado a partir da segunda metade do Século XVIII, que culminou na citada Revolução Francesa, tinha como principal objetivo a liberdade de trabalho, alcançada a partir da vitória da burguesia, responsável pela Revolução Francesa, e que veio a implantar, no Estado, a filosofia que defendiam – o liberalismo.

Essa liberdade, no entanto, defendida pelos burgueses, mostrou-se, na prática, não passar de uma liberdade teórica, pois o operário se subjugava às vontades

¹ BORTOLOTTTO, Christyanne Regina. Breve Histórico da Figura do Trabalhador. In: COUTINHO, Aldacy Rachid e outros (coord.). *Direito do Trabalho & Direito Processual do Trabalho* (Temas Atuais). Curitiba: Juruá, 2000, p.169.

² BORTOLOTTTO, Christyanne Regina. Breve Histórico da Figura do Trabalhador. In: COUTINHO, Aldacy Rachid e outros (coord.). *Direito do Trabalho & Direito Processual do Trabalho* (Temas Atuais). Curitiba: Juruá, 2000, p.172.

³ *Ibidem*, p.169.

⁴ *Ibidem*, p. 171.

e exigências do patrão, já que nenhuma intervenção havia para regular os tácitos contratos firmados.

O trabalho livre era considerado como uma das mais marcantes comprovações da liberdade do indivíduo e por isso, o Estado não devia intervir, salvo no que se referia à fixação de normas básicas. Mas a liberdade de contratar não dava meios ao operário, premiado pela fome, a recusar uma jornada que muitas vezes se estendia durante quinze horas, tendo miserável retribuição.⁵

As condições de trabalho chegaram ao caos, já que nenhuma atenção era dada à questão social. Os serviços eram realizados em péssimas condições, o trabalho dos menores e das mulheres foi extremamente explorado, e os salários eram miseráveis.

Reportando-se à forma de trabalho a que os menores e mulheres eram submetidos, Amauri Mascaro Nascimento relata:

O trabalho dos menores cercava-se de más condições sanitárias. Nas oficinas não havia higiene eram organizadas casas de aprendizagem, raras, todavia, com dormitórios comuns para meninos e meninas. A situação das mulheres não era diferente.⁶

Conforme Sussekind, o sistema individualista e liberal, ao mesmo tempo em que proclamava a liberdade teórica, assegurava a desigualdade econômica, embora, por outro lado, facilitasse as condições que justificariam o aparecimento do Direito do Trabalho. Assim, a partir do Século XIX, as lutas, que até então tinham por objetivo a posse dos meios de produção, passaram a ter em foco a oposição de interesses entre o proletariado e a burguesia. “Esta, em alguns casos, fazia concessões para acalmar os trabalhadores; estes, em outras ocasiões, imporiam pela força ou pela ameaça o atendimento de suas reivindicações”. Passaram os trabalhadores a lutar pela liberdade de ação, de coalizão e de associação, por entenderem que, isolados, não possuíam forças para vencer.⁷

Nesse contexto, percebia-se o anseio da classe trabalhadora por uma intervenção estatal que lhe assegurasse trabalho com dignidade. A própria burguesia passou a se preocupar com o tratamento dispensado aos trabalhadores, temente de acabar esgotando o material humano. Criaram-se nessa época os parlamentos democráticos, em que os homens mais esclarecidos debatiam as causas da miséria

⁵ SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do trabalho*. 19. ed. Atual / por Arnaldo Sussekind e João Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2000, p. 88.

⁶ NASCIMENTO, Amauri mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.17.

⁷ SUSSEKIND, Arnaldo et al. *op. cit.*, p. 88-89.

das classes proletárias, demonstrando o risco dessa miséria para a estabilidade das instituições. Pleiteava-se abertamente o estabelecimento de uma legislação trabalhista e até de um Ministério, que se responsabilizasse pelos problemas do proletariado. Assim foram caminhando os operários em suas lutas e reivindicações, até que surgissem as primeiras leis de proteção ao trabalhador, voltadas à proteção do trabalho dos menores e das mulheres, muito explorados na época.

Pode-se afirmar, portanto, que, a partir da necessidade de dar equilíbrio a essa relação e promover o respeito aos direitos humanos, evitando a sobreposição do capital sobre o homem, surge a intervenção do Estado, com as primeiras regulações do trabalho humano. Por certo, a regulamentação dos direitos do trabalhador não surge com facilidade e tampouco por iniciativa própria do Estado, senão pelas muitas e sofridas reivindicações da classe trabalhadora. Primeiramente, instalou-se o caos nas relações laborais para, somente então, ocorrer a intervenção estatal, a declarar certos direitos que garantiam maior dignidade ao trabalhador. Essa trajetória de lutas e conquistas seguiu-se até que, nos dias atuais, o trabalho é reconhecido como um dos maiores bens do homem. Atualmente, seu valor social tem sido declarado em todas as partes do mundo onde se respeitam os direitos humanos. Não se pode conceber direitos humanos sem direito ao trabalho. No Brasil, esse valor é reconhecido pela Constituição Federal (artigo 1.º, inciso IV), a qual determina, também, que a ordem social e a ordem econômica tenham por base o primado do trabalho (art. 170 e 193).

A respeito, Dinaura Godinho Pimentel Gomes, citando a Carta Encíclica *Centesimus Annus*, do Papa João Paulo II, atesta:

Vale dizer, dando o devido destaque à dignidade da pessoa humana como valor fundamental da ordem jurídica, não se pode aludir ao direito à vida, sem o direito ao trabalho, porque por meio do trabalho, o Homem, historicamente, vem obtendo as condições mínimas de uma existência digna, tal como proclama a doutrina social da igreja católica, salientando que “ a terra não dá os seus frutos sem uma peculiar resposta do homem ao dom de Deus, isto é, sem o trabalho: é mediante o trabalho que o homem, usando da sua inteligência e liberdade, consegue dominá-la e estabelecer nela a sua digna morada. Deste modo ele se aproxima de uma parte da terra, adquirida precisamente com o trabalho.”⁸

⁸ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTR, 2005, p. 215. apud João Paulo II. *Carta Encíclica Centesimus Annus*. São Paulo: Loyola, p. 43.

Ratificando as afirmações acima, e corroborando a dificuldade enfrentada pelos trabalhadores para obterem direitos em seu favor, Arnaldo Sussekind cita os instrumentos introdutórios do direito do trabalho, a lei e os acordos coletivos:

Todas essas formas de luta, algumas vezes levada ao extremo da violência e das barricadas, visam ao atendimento de reivindicações, e sua solução, além dos acordos coletivos de curta duração, vem sendo encontrada através da lei, utilizada por excelência, na solução estatal de problemas sociais.⁹

A doutrina social da Igreja teve também papel decisivo para a conquista da proteção dos direitos dos trabalhadores, pois seus ensinamentos eram fundados na necessidade de respeito à dignidade do homem. No final daquele Século, no ano de 1891, a Igreja Católica, que sempre abordava o espírito social com alto grau de humanidade, teve marcada a sua participação na solução do problema social, com a Encíclica do papa Leão XIII, conhecida como Encíclica “Rerum Novarum”. Essa reconhece a necessidade de respeito à dignidade do homem, dando ênfase à questão dos salários, afirmando que, ao contrário do pensamento liberal dominante, o contrato não poderia ser a lei das partes e que o salário não poderia ser insuficiente a ponto de comprometer a sobriedade e a honestidade do trabalhador. Condenava, portanto, o liberalismo econômico, advertindo que existe uma lei de justiça natural mais elevada a ser observada.¹⁰

O direito de voto a todo adulto, independentemente de sexo, religião, renda, cor, chamado sufrágio universal, começa a ocorrer a partir do início do Século XX, sendo outro marco na conquista dos trabalhadores. Representando grande parte dos eleitores, os trabalhadores puderam ter suas reivindicações ouvidas por aqueles que eram eleitos. Desse modo, passaram a ser elaboradas normas de regulamentação do trabalho, as quais atribuíam superioridade jurídica ao trabalhador, com a finalidade de fazer valer a sua dignidade.

A partir do fim da 1.ª Guerra Mundial (1919), ocorre o fortalecimento das leis de proteção ao trabalho. No ano de 1919, cria-se a Organização Internacional do Trabalho, pelo Tratado de Versalhes (28/06/1919), o qual tinha como objetivos primordiais a fixação da jornada de trabalho e de um salário mínimo, impondo-se, também, a igualdade de salário para trabalho igual, sem distinção de sexo.

Verifica-se, portanto, que os direitos dos trabalhadores foram sendo conquistados ao longo da história, à custa de muito sofrimento por parte da classe, perpetrando-se a partir do momento em que são inseridos no ordenamento jurídico, ou seja, a partir do momento em que o Estado os declara como tal.

⁹ SUSSEKIND, Arnaldo et al. *op. cit.* p. 51.

¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 93-94.

2. A intervenção do Estado nas Relações de Trabalho

A importância da intervenção do Estado nas relações de trabalho é incontestável. A partir do momento em que o Estado passou a intervir nas relações laborais, por meio da regulação (Século XIX), o trabalhador teve direitos garantidos que asseguraram sua dignidade enquanto homem.

Segundo Dinaura Godinho Pimentel Gomes:

Sendo a natureza do homem como é, os problemas e dramas da questão social sempre exigiram um corpo resistente e volumoso de leis para temperar e limitar os instintos de avaréza e abuso de poder daqueles ligados à propriedade, voltados a explorar os mais fracos através da prestação de serviços.¹¹

A História mostra, ainda, que a dignidade da pessoa humana é o objetivo de toda sociedade, perseguida por todos, ainda que por caminhos diversos e sob diferentes e contraditórios pontos de vista. O direito, por sua vez, é o instrumento que o Estado possui para assegurar a dignidade do cidadão. Portanto, ainda que seja constantemente ignorado, usurpado e de difícil aplicabilidade, face a natureza humana, bem como diante dos modelos que se impõem a cada dia, o direito é indispensável ao equilíbrio da sociedade por corresponder à força que o Estado possui para evitar a concretização das tendências de prevalência dos interesses individuais e da economia sobre o homem, as quais se intensificam diante da realidade atual. A intervenção do Estado, por meio da regulação vem evitar a exploração do homem pelo homem, sua desvalorização e conseqüente exclusão social, situações que aniquilam a dignidade humana, fim maior do Estado democrático de Direito, cujo zelo e proteção cabe ao Estado promover.

Não obstante todas as transformações que vem sofrendo a figura do Estado desde a sua formação, inclusive no que tange à sua soberania, é inegável tratar-se da instituição máxima de poder da nação, que, por sua autoridade, tem o dever-poder de organizar e controlar os atos dos cidadãos em busca do equilíbrio social, já que entre seus principais objetivos está a promoção da justiça social.

A intervenção do Estado nas relações de trabalho, pela regulamentação, é que tem dado eficácia aos direitos adquiridos pela classe trabalhadora ao longo da História. Além disso, tem regulado as relações de trabalho, não somente no que se refere aos direitos do trabalhador, mas limitando a atuação das partes envolvidas nessa delicada relação -trabalhador e empregador-, que sobrevive, desde o início,

¹¹ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Flexibilização da legislação Trabalhista. In GARCIA, Maria. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, jul-set 2003, p. 107.

em um contexto cheio de dificuldades e contradições, o que afeta diretamente a questão da dignidade humana, especialmente em razão do capitalismo exacerbado em que o mundo atualmente se encontra inserido.

No Brasil, a preocupação do Estado com a questão social surge a partir do Século XX. A primeira Constituição Federal, promulgada em 1891, “não está voltada para a questão social, e suas linhas fundamentais omitiram-se no problema trabalhista”. Percebe-se, ainda, a quase ausência de intervenção estatal no aspecto social, já que se tem conhecimento de apenas um Decreto, datado de 1891 (decreto 1313 de 1891), que dispensava proteção aos menores, das fábricas da capital federal. Em 1903, surgem as primeiras normas jurídicas a respeito dos sindicatos rurais e urbanos (Decretos-legislativos 979 de 1903, e 1637 de 1907), por meio dos quais se incentiva a solução pacífica dos conflitos entre patrão e empregado.¹²

Trata-se de um período que perdurou entre os anos de 1889 a 1930, denominado de República Velha, no qual a questão social era descuidada e, por que não dizer, ignorada pelo Estado. A respeito e para bem retratar a situação vivida à época, lembra-se a frase atribuída a Washington Luiz, presidente da República no período entre 1926 a 1930: “A questão social é um caso de polícia”.¹³

O Estado brasileiro adotava, no citado período, algumas posturas ditadas pela filosofia liberal, definida pela professora Munakata, como um instrumento teórico e institucional perfeitamente adequado à dominação burguesa e que garantia o domínio absoluto do patrão dentro da empresa, além de assegurar a intervenção policial, caso tal domínio fosse ameaçado pelas reivindicações e agitações operárias.¹⁴

No entanto, nesse mesmo período, e exatamente em razão da forma com que o Estado vinha conduzindo as relações sociais, surgem as organizações de operários, as quais travavam lutas, organizavam greves, e, com isso, conseguiam obter alguns direitos para a classe trabalhadora, já que, em tal período, ainda não existiam leis que regulassem estas relações.

Munakata cita, como exemplo de movimento operário do citado período, o Centro dos operários das Pedreiras, no Rio de Janeiro, movimento de inspiração anarquista, que obteve algumas garantias à classe trabalhadora. Tal movimento, apesar de pequeno e sem grande expressão no âmbito econômico, serve para ilustrar a forma pela qual se davam as organizações operárias num mundo sem legislação trabalhista.¹⁵

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.61-64

¹³ MUNAKATA, Kazumi. *A legislação trabalhista no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 8-10.

¹⁴ *Ibidem*, p. 8-10.

¹⁵ *Ibidem*, p. 8-10.

Também Segadas Vianna relata que, já no ano de 1700, existiam no Brasil os chamados “grêmios”, que se dividiam em corporações, havendo para cada qual um juiz. Cita, ainda, a Confraria dos Negros dos armazéns de açúcar, do Nordeste, a qual chegou a obter provimento imperial em seu favor.¹⁶ Tais movimentos, no entanto, não alcançaram um desenvolvimento sindical e, especificamente com relação à citada confraria, assemelhava-se a uma cooperativa.¹⁷ Outrossim, no início do Século XX, já se tem notícia de sindicatos estruturados, que organizavam e mobilizavam os trabalhadores, e que eram reconhecidos pelos patrões, a exemplo dos Sindicatos da Construção Civil de Santos.¹⁸

O sucesso desse tipo de realização implica a organização e a mobilização permanente dos trabalhadores (o exemplo disso são as assembléias semanais dos trabalhadores em pedreiras), já que inexistente qualquer garantia externa (o Estado, as leis, a Justiça do Trabalho, etc.).¹⁹

Conclui-se, portanto que, não obstante a inexistência de leis que reconhecessem direitos à classe trabalhadora e regulassem as questões sociais no Brasil, “em fins do Século XIX e passado e início do atual, já havia um crescente número de sindicatos. Relatos históricos identificam os sindicatos como movimentos de trabalhadores, em especial do setor público, ocorridos nos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul, uma vez que o setor privado agrícola ainda nem ao menos tinha saído dos antigos tempos da escravidão”.²⁰ Eram estes sindicatos que conseguiam obter certas garantias à classe trabalhadora, já que, até então, como se expôs, inexistia a intervenção do Estado nas questões ligadas ao trabalho.

A partir de 1930, houve a expansão dos direitos sociais e, portanto, dos trabalhadores. Para Amauri Mascaro Nascimento, a “Revolução de 1930 marca, no Brasil, a preocupação com os direitos sociais. Até antes de 1930, a questão social no Brasil era entendida como questão de polícia”, considerada ilegítima, ilegal e subversiva.²¹

¹⁶ VIANNA apud TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord). *Relações Coletivas de Trabalho*. São Paulo: LTR, 1989.

¹⁷ OLIVEIRA, Lourival José de. *Direito do trabalho: Organizações de trabalhadores e modernização*. Curitiba. Juruá: 2003, p.123.

¹⁸ MUNAKATA, Kazumi. *A legislação trabalhista no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 21.

¹⁹ Ibidem, p. 21.

²⁰ OLIVEIRA, Lourival José de. *Direito do trabalho: Organizações de trabalhadores e modernização*. Curitiba. Juruá: 2003, p. 124.

²¹ JUNIOR, Lima; BEVENUTO, Jayme. *Os Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51-52.

O citado autor denomina os mecanismos legais da época (da Revolução de 1930) como uma “modernização conservadora”, já que a revolução seria acionada pelos setores oligárquicos sem participação popular, diferente dos processos vivenciados em outros países. Afirma, ainda, que a legislação que sucedeu a revolução teve o condão de instaurar um Estado intervencionista e paternalista, o qual adotou legislação social mínima, que se restringia a uma legislação trabalhista e previdenciária, sem priorizar outras importantes questões sociais como educação, saúde e questões relativas à pobreza nacional, reconhecendo o autor que o intervencionismo do “Brasil pós-30” reduzia-se, em favor dos interesses hegemônicos da sociedade.²²

Afirma ainda Amauri Mascaro que, sem discutir os motivos a que visava Getulio Vargas, a verdade é que, com sua política trabalhista, as idéias de intervenção estatal nas relações de trabalho ganharam maior aceitação. Tanto é assim que, além dos vários direitos surgidos nessa seara, como disciplina da jornada de trabalho em diversos segmentos, disciplina do trabalho da mulher, dos menores e dos serviços de estiva, houve também a criação do Ministério do Trabalho (1930), Indústria e Comércio, seguida da instituição da Carteira Profissional (1932), de forma que passam a ter corpo os direitos e conquistas adquiridos, a partir da declaração de tais direitos pelo Estado ao homem trabalhador.²³

A partir de então, a evolução dos direitos sociais no Brasil, com a intervenção estatal assegurada pela lei, segue o curso dos acontecimentos sociais, políticos e econômicos. Em 1943 deu-se a reunião dos textos legais, relativos ao trabalho, em um só documento -a Consolidação das Leis do Trabalho- pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1.o. de maio de 1943, sendo esta sucedida por inúmeras outras leis, o que comprova a forte intervenção do Estado nas questões sociais, especialmente relacionadas ao trabalho. Esse, inclusive, tem sido motivo de discussão, levantando opiniões largamente divergentes a respeito da sua efetividade e das suas conseqüências para a sociedade. Apesar de serem muitas, tanto as vantagens como as desvantagens da forte intervenção estatal como órgão regulador, é incontestável que as questões sociais, especialmente a dos trabalhadores, somente obtiveram respeito (apesar de jamais terem atingido o merecido respeito) a partir do momento em que o Estado passou a regulamentá-los, embora a forte intervenção Estatal tivesse de fato provocado o monopólio pelo próprio Estado para a atribuição de direitos e solução de conflitos, nas relações de trabalho, esvaziando a autonomia privada e organizacional dos entes que representavam os trabalhadores e empregadores.

Por certo, essa situação contribuiu para o não desenvolvimento dos processos de negociação coletiva, cuja prática se busca também por imposição estatal.

²² Idem, *ibidem*, p. 49-50.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.65.

Conclusão

A História permite constatar que capital e trabalho trazem em sua essência valores incompatíveis. Daí a necessidade de um ente dotado de superioridade para intermediar essa relação e evitar a sobreposição do primeiro sobre o segundo.

A intervenção do Estado, nas relações de trabalho, permite dar equilíbrio às relações laborais, garantindo direitos mínimos indispensáveis à dignidade do homem, enquanto trabalhador. É através do ordenamento jurídico, e só dele, que se pode evitar retrocessos e perda de direitos conquistados à custa de tanto sofrimento e lutas da classe trabalhadora.

O fato da forte intervenção estatal enfraquecer o poder de negociação das próprias partes e dos sindicatos, os quais tantas conquistas obtiveram para a classe trabalhadora por terem condições de reivindicar direitos preeminentes para as categorias face a proximidade de seus membros, tem acarretado a proposta da flexibilização das leis trabalhistas, com o argumento para se atribuir maior liberdade às partes e aos seus representantes nas negociações, com o fim de obter alguns direitos e, em contrapartida, abrir mão de outros que teoricamente não lhes traga tantos benefícios..

No entanto, a flexibilização deve ser bem compreendida, a fim de que não se preste a causar prejuízos ao trabalhador. Não pode, portanto, servir-se a retirar direitos do ordenamento jurídico, mas a buscar um aperfeiçoamento e adaptação do direito, com vistas à melhoria das condições de vida. Em razão disso, é forçoso concluir que, sendo o Brasil um país em desenvolvimento, tanto na esfera econômica como cultural, não possui condições de retirar do Estado e entregar às partes, ainda que representadas pelos seus sindicatos (que, por diversos motivos, encontram-se fragilizados), a tarefa de readequarem o direito à realidade, como parece ser a essência da flexibilização, sob pena de se verem retirados, do ordenamento jurídico, direitos e garantias fundamentais à vida e à dignidade do trabalhador.

Portanto, sopesando as vantagens e desvantagens da intervenção estatal nas relações de trabalho, conclui-se que, para o Brasil, a intervenção, por meio da regulação, ainda é o melhor meio de se garantir equilíbrio às relações de trabalho e evitar-se a sobreposição do capital sobre o trabalho, risco esse que vem crescendo a cada dia, mediante a política do neoliberalismo e da globalização.

REFERENCIAS

BORTOLOTTO, Christyanne Regina. Breve Histórico da Figura do Trabalhador. In: COUTINHO, Aldacy Rachid e outros (coord.). *Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho* (Temas Atuais). Curitiba: Juruá, 2000.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTR, 2005,

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Flexibilização da legislação Trabalhista. In GARCIA, Maria. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 11, jul-set 2003.

JUNIOR, Lima; BEVENUTO, Jayme. *Os Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MUNAKATA, Kazumi. *A legislação trabalhista no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Lourival José de. *Direito do trabalho: Organizações de trabalhadores e modernização*. Curitiba. Juruá: 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo et. al. *Instituições de Direito do trabalho*. 19^a. ed. Atual / por Arnaldo Sussekind e João Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2000.

VIANNA apud TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord). *Relações Coletivas de Trabalho*. São Paulo: LTR, 1989.

COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA AMBIENTAL

CONSTITUTIONAL COMPETENCE IN ENVIRONMENTAL MATTER

Mariângela Conceição Vicente Bergamini de CASTRO*

RESUMO

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil abordou pela primeira vez o tema meio ambiente dedicando a este um capítulo que contempla não somente seu conceito normativo, ligado ao meio ambiente natural, como também reconhece suas outras faces: o meio ambiente artificial, o meio ambiente do trabalho, o meio ambiente cultural e o patrimônio genético. Cumpre ressaltar, pois, que a Constituição Federal brasileira incluiu o meio ambiente como bem jurídico autônomo, erigiu-o à categoria de valor ideal da ordem social, dedicando-lhe, ao lado de uma constelação de regras esparsas, um capítulo próprio que, definitivamente, institucionalizou o direito ao ambiente sadio como direito fundamental do indivíduo. Nesse sentido, definiu o Meio Ambiente como bem de uso comum do povo e determinou ao Poder Público, bem como a toda a população, o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as presentes e futuras gerações. Essa responsabilidade deve ser levada a efeito através da repartição da competência entre os seus entes federativos: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. À luz desses pressupostos, neste trabalho, serão analisados preceitos e competências constitucionais relativas à temática supramencionada, com o intuito de contribuir para o debate e subsidiar propostas de concretização de políticas públicas de proteção, preservação e exploração inteligente e racional dos recursos ambientais em nosso país.

Palavras-chave: Meio ambiente; distribuição constitucional de competências; bem de uso comum do povo.

* Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR- Marília-SP, advogada

ABSTRACT

In 1988, the Brazilian Constitution approached the environment theme for the first time, dedicating to this a chapter that contemplates not only its normative concept, linked to the natural environment, as well as it recognizes its other faces: the artificial environment, the environment of the work, the cultural environment and genetic patrimony. It is stood out that the Brazilian Federal Constitution includes environment as juridical autonomous assets, it raised it to the category of ideal value of the social order, dedicating to it, not only a constellation of rules, but also an entire chapter that has, definitively, institutionalized the right to healthy environmental as a man fundamental right. Thus, it has defined environment as a good of common use of the people and it has determined to the government, as well as to the whole population, the duty of to defend and preserve it for the present and future generations. That responsibility should be competence of all federative entities: Federal, States, Municipal and Federal district. Under the light of those presuppositions, in this work, we have the purpose of analyzing precepts and relative constitutional competences to the mentioned thematic and contribute for the debate and to subsidize concrete proposes of public policies of protection, preservation, intelligent and rational exploration of the environmental resources in our nation

Key-words: Environment; constitutional distribution of competences; assets of common use of the people.

INTRODUÇÃO

Se as constituições brasileiras anteriores silenciaram sobre o assunto, a atual destinou um capítulo para sua proteção. É recente em nosso ordenamento jurídico a preocupação com a proteção dos recursos ambientais, entendidos como bem de interesse da coletividade e essencial à sadia qualidade de vida.

Assim, está entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Título II, Capítulo I, art. 5º, LXXIII), a legitimidade de qualquer cidadão de interpor ação popular para anulação de ato lesivo ao meio ambiente. Igualmente, como matéria que pode ser objeto de inquérito civil e de ação civil pública pelo Ministério Público (art. 129, III), como princípio que rege a ordem econômica (art. 170, VI), tema a ser compreendido na função social da propriedade (art. 186, II), como o dever de colaboração pelo sistema único de saúde (art. 200, VIII) e como patrimônio cultural brasileiro (art. 216, V).

Para estabelecer competências legislativas e materiais destacam-se os artigos 21, 22, 23, 24 e 30 (Título III, Capítulos II, III e IV) e especificamente, há o art. 225 (Título VIII, Capítulo VI), que enumera em seu § 1º, uma série de normas, algumas de conteúdo meramente programático, outras não, para o Poder Público, destacando-se a exigência de estudo prévio, de impacto ambiental, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, na forma da lei (inciso IV).

Também são de grande relevo a previsão de obrigação de recuperação do meio ambiente degradado, a responsabilização penal das pessoas jurídicas, além da civil e administrativa, por condutas e atividades consideradas lesivas, e a caracterização da Floresta Amazônica brasileira, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal Mato-Grossense e da Zona Costeira como patrimônio nacional, nos termos dos § 2º, § 3º e § 4º, respectivamente, todos do art. 225.

A Constituição Federal de 1988 adotou a tendência contemporânea de preocupação com os interesses difusos e, em especial, com o meio ambiente, nos termos da Declaração sobre o Ambiente Humano, realizada na Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, na Suécia, em junho de 1972. Dessa forma, consagrou-se a proteção administrativa, legislativa e judicial aos interesses difusos.

Para possibilitar uma ampla proteção na área administrativa, legislativa e judicial, na esteira da preocupação com os interesses difusos, especificamente no que se refere ao meio-ambiente, a Constituição Federal estabeleceu regras de competência gerais, específicas e de garantia, considerando a natureza típica de cada referência.

Essas regras consagram constitucionalmente o direito a um meio ambiente saudável, equilibrado e íntegro. Trata-se de prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, que se reflete no processo de afirmação dos direitos humanos, expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, que atinge a própria coletividade social.¹

1. NORMAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS AO MEIO-AMBIENTE

1.1 Normas constitucionais relativas à Competência

Inaugurando uma nova fase na história jurídica do Brasil, a Constituição Federal em vigor, introduziu conceitos e modificou competências, que são

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 647.

traduzidas pelo poder de ação e de atuação, envolvendo, ainda, a atribuição de determinadas tarefas, bem como os meios de ação necessários para a sua efetivação.

O Brasil é uma República Federativa, compreendendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, conforme previsão constitucional. Nesse sistema federativo, a distribuição de competências pode ocorrer de forma centralizada ou através de modelos que contemplem a descentralização política, em que ocorre a divisão de atribuições entre os entes, no espaço territorial. Além dos dois níveis de poder, federal ou central, representados pela União, e federado, pelos Estados-membros, no país há um terceiro nível, representado pelos municípios.

A repartição de competências constitui a base do Estado Federal, dando origem a uma estrutura estatal complexa, em que se manifestam diversas esferas governamentais, sobre a mesma população e o mesmo território. Dessa forma, o quadro de competência, desenhado pela Constituição da República, define as atribuições conferidas a cada ente federado, naquilo que podemos chamar de federalismo cooperativo.

Certamente, por essa razão, boa parte da matéria relativa à proteção do meio ambiente pode ser disciplinada concomitantemente pela União, Estados, Distrito Federal e pelos Municípios. A Constituição de 1988 busca realizar o equilíbrio federativo por meio de uma repartição de competências, que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União, com poderes remanescentes para os Estados e poderes definidos indicativamente para os Municípios. Combina áreas comuns, em que onde se prevêem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e setores concorrentes entre União e Estados, em que a competência para estabelecer políticas, diretrizes e normas gerais cabe à união, enquanto se defere aos Estados e aos Municípios a competência suplementar.²

1.1.1 Competência Legislativa

Ocupando uma posição de supremacia no que diz respeito à proteção ambiental, a União detém competência privativa; isto é, exclusiva, particular, peculiar e concorrente, para legislar sobre meio ambiente. O art. 22 da Constituição Federal de 1988 estabelece, nos seus vários incisos, os assuntos sobre os quais a União pode legislar. Entre eles, o inc. IV, que se refere às águas, o inc. XII, que menciona jazidas, minas e outros recursos naturais, e o inciso XXVI, que trata de atividades nucleares de qualquer natureza.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 479.

A reserva que se faz à União para tais assuntos justifica-se pelo fato de que o interesse é predominantemente nacional. A competência de legislação privativa é concentrada no titular dessa competência.

Para desfazer a rigidez inerente à competência privativa, a Constituição Federal/88, no parágrafo único do art. 22, prevê que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas relacionadas à competência privativa. Essa forma de delegação legislativa da União aos Estados, no nível dos ordenamentos constitutivos da República Federal, exige a aprovação da maioria absoluta das duas Casas do Congresso Nacional (art. 69 CF) e não se reveste de generalidade. Ao contrário, requer a particularização de questões específicas, subtraídas ao elenco das matérias incluídas na privatividade da União.³

Todavia, é muito importante ressaltar que o fato de o poder de legislar ficar na competência da União, não significa que somente a ela caiba a fiscalização. Ao contrário; os Estados e os Municípios podem (e devem) zelar pela proteção do meio-ambiente, em qualquer de suas formas, conforme estabelecido no artigo 23, inciso VI, da Constituição Federal.

Nos termos do art. 24 da Constituição Federal, cabe aos Estados e ao Distrito Federal, concorrentemente com a União, legislar sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, proteção ao patrimônio histórico, cultural, turístico e paisagístico; responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Nos parágrafos 1.º ao 4.º dos mesmos artigos, explicitou-se que, na esfera da legislação concorrente, a competência da União em estabelecer normas gerais não exclui a dos Estados em caráter suplementar. Em outras palavras: inexistindo normas gerais da União, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para tender às suas peculiaridades. Por razão de coerência, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. Daí concluir-se que os Estados não têm competência própria, mas sim competência por exclusão e concorrente.

A Constituição Federal de 1988 deu ao Distrito Federal o *status* de pessoa política. Com isso, passou também a ter competência legislativa estendida, já que engloba a área dos Estados e também a dos Municípios. Assim, ao Distrito Federal cabe legislar de forma concorrente com a União, nas hipóteses do artigo 24 da Constituição Federal e naquelas de competência dos municípios, conforme disposto no artigo 30 da Carta Maior.

³ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 273.

Alguns autores divergem sobre a competência dos municípios para legislar em matéria ambiental. No entanto, na forma do artigo 23 da Lei Fundamental, os Municípios têm competência administrativa para defender o meio ambiente e combater a poluição.

Contudo, não estão arrolados entre as pessoas jurídicas de direito público interno encarregadas de legislar sobre meio ambiente. No entanto, seria incorreto afirmar que os Municípios não têm competência legislativa em matéria ambiental. O inciso I do artigo 30 não faz referência específica ao meio ambiente, mas a ele também se aplica, vez que confere ao município competência para legislar sobre assuntos de interesse local.

A Constituição Federal substituiu a expressão tradicional “peculiar interesse” por “interesse local”. Dessa forma, pode-se afirmar que a Constituição restringiu a autonomia municipal e afastou de sua competência as questões que, embora situadas em seu âmbito, interessam também a outros entes.

O município não pode legislar em questões que extrapolem os seus interesses. Compete-lhe proteger, impedir, preservar, zelando pelo cumprimento de leis editadas pela União ou pelo Estado. A legislação municipal não pode derogar ou retirar eficácia ao direito federal ou estadual, muito menos nas matérias de competência privativa da União ou do Estado.

O interesse local, trazido pela Constituição, não se caracteriza pela exclusividade, mas pela predominância. Além disso, a União deverá proteger todo o território nacional ou ecossistemas específicos, mas, ao procurar a utilidade nacional, não poderá prejudicar concretamente o Direito dos municípios à sadia qualidade de vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Se tal ocorrer, a disposição federal merecerá ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.⁴

Está claro que o meio ambiente está incluído dentre o conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental.

A importância dos Municípios é evidente por si mesma, pois as populações e as autoridades locais reúnem amplas condições de bem conhecer os problemas e mazelas ambientais de cada localidade, sendo certo que são as primeiras a localizar e reconhecer o problema. É através dos Municípios que se pode implementar o princípio ecológico de *agir localmente, pensar globalmente*.⁵

⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudo de direito ambiental*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 355.

⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 80.

1.1.2 Competência Material

Competência material é a que atribui a uma esfera de poder o direito de fiscalizar e impor sanções, em caso de descumprimento da lei. Essa prerrogativa é identificada pelo uso dos verbos prover, editar, autorizar, promover, administrar e organizar.

A competência material da União está prevista no artigo 21 da Constituição Federal, quando se refere à sua responsabilidade concernente ao desempenho de certas atividades de cunho político, administrativo, econômico ou social que, por sua natureza, inserem-se na órbita do Poder Executivo. Seu exercício pressupõe a tomada de decisões governamentais e a utilização da máquina administrativa. Em alguns casos, o desempenho dessas atividades e serviços pressupõe a participação do Poder Legislativo, que deve autorizar previamente ou aprovar os atos do Poder Executivo, posteriormente.⁶

Cabe ainda à União cuidar da pesquisa de lavra de recursos minerais e aproveitamento de energia hidráulica, constante do artigo 176, da Constituição Federal. Nesse sentido, os recursos minerais pertencem à União e não ao proprietário do solo, cabendo, portanto, à administração federal autorizar a sua exploração. A fiscalização e demais atos de administração, da mesma maneira, constituem atribuição do governo central, decorrente da necessidade de rigoroso controle nessa área. Outro exemplo repousa na pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, atividade com alto risco de poluição, que se encontra no âmbito do interesse e da competência material da União, com fulcro no artigo nº 177 da Constituição Federal.

No artigo 25, a Constituição Federal trata das atividades dos Estados-membros e, no artigo 26, dispõe sobre os bens a eles pertencentes. A esse respeito, explicita a competência da União e dos Municípios, deixando aos Estados a matéria remanescente. Nessa linha de reflexão, parece conferir menor importância à competência material privativa das unidades da Federação, com exceção do direito de exploração, direta ou por concessão, do gás canalizado, como também de todos os atos de fiscalização correspondente, conforme determina o artigo 25, parágrafo segundo. É forçoso recordar que qualquer Estado-membro tem competência material para agir administrativamente, mesmo nos casos em que a legislação seja da União ou do Município.

Os municípios, por sua vez, têm competência reduzida ou difusa (interesse local). Na maioria das vezes a competência é concorrente.

⁶ FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.72.

No artigo 23 da Constituição Federal, partilhou-se entre os vários entes da Federação um vasto rol de matérias em que todos, isolados, em parceria ou em conjunto, podem atuar segundo regras pré-estabelecidas. É a chamada competência comum. Ela se distingue da competência concorrente, que se refere a “legislar sobre”, ao passo que, na competência comum, a tarefa é executar os encargos e objetivos comuns, sem limites específicos, preferencialmente, de forma cooperativa.

Na competência comum, o legislador constituinte usa verbos que revelam ações típicas de atividades materiais, como: zelar, cuidar, proteger, proporcionar, preservar, fomentar e outros. O constituinte atribuiu particular atenção à proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural, inclusive a paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos, conforme destaque do inciso III, do artigo 23.

A outorga de competência comum prende-se ao descaso da população brasileira por suas riquezas, principalmente aquelas relacionadas com o aspecto cultural. Também na atualidade, o acervo patrimonial histórico e arquitetônico é relegado ao abandono econômico, não só pela ação das autoridades administrativas, como também da população. Entre outros importantes requisitos para reverter essa distorção, merece destaque a elevação da escolarização do povo brasileiro, como elemento de transformação, com o propósito de valorização dos legados da história pátria.

O inciso VI do artigo em destaque confere amplos poderes ao Poder Público, seja qual for a esfera na Federação, para atuar na defesa do meio ambiente. Como a atual conceituação de meio ambiente extrapola a de flora e fauna, é possível à Administração atuar sem maiores dificuldades.

É igualmente comum a competência para atuar na preservação das florestas, da fauna e da flora, inciso VII, do artigo em pauta. Na ótica de Wladimir Passos de Freitas, nem seria necessário esse inciso, uma vez que os chamados recursos naturais estão compreendidos no conceito básico de meio ambiente, adotado pela Constituição Federal vigente. No entanto, a explicitação em nada prejudica a sua defesa, ao contrário, serve para dissipar eventuais discussões.⁷

1.2 Regras Gerais

A Constituição Federal estabeleceu as regras relacionadas à preservação do meio ambiente em diferentes momentos. Por exemplo: no Título VII, Capítulo 1, Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, no Título VII, Capítulo III, no título VIII, da Ordem Social, Seção II, Da saúde, a regra geral, apontada acima,

⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

aparece no artigo 200, VII e VIII. No mesmo título, destacamos no Capítulo III – Da Educação, Da Cultura e do Desporto, o artigo 216,V e do Capítulo VIII, o parágrafo 1.º do artigo 23.

Essa nova concepção constitucional sobre a preservação do meio ambiente é extremamente importante, pois, no Brasil, o desenvolvimento econômico sempre se fez de forma degradante e poluidora, voltado para a exploração de produtos primários, extraídos sem qualquer preocupação com a sustentabilidade dos recursos e, mesmo após o início da industrialização, continuou o descaso quanto à preservação dos recursos ambientais.

Assim, fica evidente que o legislador constituinte pretendeu corrigir uma distorção histórica. Paulo de Bessa Antunes contribui para a reflexão sobre o assunto, ao alertar para a necessidade de interpretar as mencionadas normas constitucionais como o estabelecimento de um sistema econômico constitucional que, reconhecendo a prevalência dos mecanismos da economia de mercado, entende que estes não podem ser absolutos e soberanos.⁸

A inclusão constitucional do “respeito ao meio ambiente”, como um dos princípios da atividade econômica e financeira, firma a concepção de que a livre iniciativa somente pode ser praticada, quando observados determinados parâmetros. A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na Declaração Rio de Janeiro/92, afirmou que todos os seres humanos têm direito a uma vida saudável. Não basta viver ou conservar a vida. É justo buscar e conseguir qualidade de vida.

O artigo 174, parágrafo 3.º refere-se diretamente ao meio ambiente, quando trata da organização de cooperativas de garimpeiros, que deverão levar em conta a proteção do meio ambiente. Este pensamento também é acolhido pelo artigo 176. Os Capítulos da política urbana e da política agrícola e fundiária guardam enorme proximidade com a matéria ambiental, sendo certo que a própria função social da propriedade ficou submetida à necessidade de preservação ambiental.⁹

1.3 Regras Específicas

No artigo 225, caput, a Constituição Federal vigente instituiu o principal bem ambiental a ser contemplado: a vida, ou melhor, a sadia qualidade de vida, quando proclamou que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente

⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.15.

⁹ Idem, *ibidem*, p.16.

equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Estabeleceu normas obrigatórias de atuação da Administração Pública e dos particulares, uma vez que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Ao proclamar o meio-ambiente como “bem de uso comum de povo”, reconheceu-lhe a natureza de direito público subjetivo; isto é, exigível e executável em face do próprio Estado, que tem igualmente a missão de protegê-lo.

Foi de grande alcance a decisão do constituinte pátrio de albergar na nossa Carta Maior a proteção do meio-ambiente de forma autônoma e direta. É relevante notar que as normas constitucionais não representam apenas um programa ou ideário de determinado momento histórico, mas são dotadas de eficácia e imediatamente aplicáveis. Elas têm eficácia e valor jurídico diverso; mas, isso não permite recusar-lhes juridicidade. Não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições, pois todo princípio inserto numa Constituição adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente pragmático e ideológico.¹⁰

Ao adotar a tese do equilíbrio ecológico, a Constituição Federal não tencionou obstar a exploração dos recursos ambientais pelo ser humano. Em outras palavras, não exigiu imobilismo nas relações do homem com o meio ambiente, pois privilegiou a racionalidade da exploração do recurso, visando à utilização do patrimônio ambiental dentro de padrões que não venham a prejudicar o seu equilíbrio.

As normas que consagram o direito ao meio ambiente sadio são de eficácia plena e não necessitam de qualquer norma infraconstitucional para que provoquem efeitos no mundo jurídico. Em razão disso, podem ser utilizadas perante o Poder Judiciário, mediante todo o rol de ações de natureza constitucional, como comentado anteriormente, no que tange à ação civil pública e à ação popular.¹¹

Com o objetivo de tornar efetivo o exercício do direito ao meio ambiente sadio, nossa Lei das Leis estabeleceu uma série de incumbências para o Poder Público, arroladas nos incisos I/VII do parágrafo 1.º, do artigo em análise. Nesse momento, estabeleceu direitos públicos subjetivos, exigíveis pelo cidadão, a qualquer momento.

¹⁰ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2000, p. 211.

¹¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.61

A preservação constitui obrigação, cujos sujeitos passivos são os diversos órgãos públicos, especialmente voltados para a referida tarefa ou para aqueles que tenham promovido ou estejam promovendo atividades de impacto ambiental. O Estado deve empenhar-se no estabelecimento de processos que permitam recuperar o ecossistema degradado, quaisquer que sejam as origens do dano.

1.4 Regras de Garantia: meios processuais para a defesa ambiental

1.4.1 Ação Popular

A Ação Popular presta-se à defesa ambiental, nas hipóteses de agressões ao meio ambiente e se destina a invalidar atos praticados com ilegalidade ou imoralidade. Essa ação judicial pode ser intentada por qualquer cidadão. Dessa forma, é condição da ação a prova de que o autor está no gozo de seus direitos políticos, isto é, que é eleitor.

A Constituição Federal de 1988 dá um novo enfoque à ação popular, ressaltando que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Vê-se que a Constituição não alargou a condição de autor para além do cidadão, mas de outro lado já não vai pesar sobre o autor a possibilidade de ter que pagar as despesas do processo como de ter que pagar o advogado da parte contrária. A única dificuldade para a ação ser totalmente popular é que o cidadão ou cidadãos precisam contratar advogado para apresentar a petição inicial, o que seria dispensável se considerar que o Ministério Público acompanhará a ação.¹²

1.4.2 Ação Civil Pública

A Ação Civil Pública elaborada pela Lei 7.347 de 24.07.1985 e recepcionada pelo artigo 129, II da Constituição Federal. Visa defender o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

¹² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 337-338.

Constituiu-se em importante instrumento da comunidade organizada na proteção dos bens ambientais, porque pode também ser proposta, além do Ministério Público, pela União, Estados, Municípios, autarquias, sociedades de economia mista, fundações, empresas públicas e associações, constituídas há pelo menos um ano e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ecológica e ao patrimônio histórico, artístico e cultural.

A ação civil pública, no dizer de Paulo Affonso Leme Machado, pode realmente trazer a melhoria e a restauração dos bens e interesses defendidos, dependendo, contudo, sua eficácia, além da sensibilidade dos juízes e do dinamismo dos promotores e das associações, do espectro das ações propostas. Se a ação ficar como uma operação “apaga incêndios” muito pouco se terá feito, pois não terá peso para mudar a política industrial e agrícola, nem influenciará o planejamento nacional. Ao contrário, se as ações forem propostas de modo amplo e coordenado, poderemos encontrar uma das mais notáveis afirmações de presença social do Poder Judiciário.¹³

Na ação civil pública ambiental, não se discute, necessariamente, a legalidade do ato; mas a potencialidade de dano que o mesmo possa trazer ao ambiente.

Conclusão

As normas constitucionais exprimem o estágio culminante da incorporação do Meio Ambiente ao ordenamento jurídico do país, traduzindo-se em instrumentos fundamentais para o desenvolvimento sustentável.

Como demonstrado, a Constituição Federal de 1988 tornou o meio ambiente tema da competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observadas as regras que conferem ascendência à legislação federal e situam em outro plano a legislação municipal. Dilatou o alcance da ação popular, de modo que qualquer cidadão possa pedir a anulação de ato lesivo ao Meio Ambiente e incluiu entre as funções institucionais do Ministério Público a iniciativa do inquérito e da ação civil pública para proteger o meio ambiente.

Constitucionalmente, disseminou-se a presença do Meio Ambiente em regras gerais e específicas que impõem responsabilidades e criam obrigações, conferindo-lhe relevância e eficácia que colocam o Direito Brasileiro do Meio Ambiente em posição de destaque no confronto com as normas de igual categoria no Direito Comparado.

¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 345.

A tutela dos interesses ambientais envolve o exercício de competências político-administrativas comuns e competências legislativas concorrentes entre a União, os Estados e os Municípios. Os limites constitucionais da esfera de atuação de cada entidade nem sempre são objetivamente aferíveis, cabendo ao Judiciário solucionar os conflitos, que se afiguram inevitáveis.

Diante de tudo que foi exposto, tendo em vista que os entes federados são dotados de amplas competências ambientais, é preciso constatar que os três níveis da administração pública nem sempre agem coordenadamente, muitas vezes provocando decisões contraditórias e antagônicas entre eles. Assim, só mesmo a prática equilibrada, ponderada e equânime dos variados entes políticos na execução diária das suas competências materiais comuns e legislativas concorrentes é que irão delinear este tênue limite – horizontal e vertical - que separa suas responsabilidades. Se tais competências forem utilizadas para o bem comum, para a real proteção, preservação, conservação, uso racional, sustentável e equilibrado dos recursos naturais, muitos pontos de discórdia deixarão de existir.

Afinal, em se tratando de meio ambiente, o que está em jogo é um bem de valor incalculável e indissociável: a vida de todas as formas de espécies vivas. Em conseqüência, a preservação do meio ambiente que a Constituição Federal e as leis impõem em normas jurídicas de conduta, será plenamente alcançada à medida que se transformar em tarefa comum, congregando nos mesmos objetivos as instituições governamentais, a sociedade, os partidos políticos, as empresas e os homens e mulheres de pensamento e ação.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Direito administrativo e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 1998.

GREGO, Leonardo. *Competências constitucionais em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: RT, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PEDRO, Maria de Fátima Alves São. Meio Ambiente: respaldo constitucional. In: *Direito ambiental: enfoques variados*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO

THE HUMAN BEING DIGNITY AND RELATIONS FLEXIBILITY ON LABOR RIGHTS

Luiz Antonio Ramalho ZANOTTI*
André Luiz Depes ZANOTTI**

RESUMO

O avanço da globalização quebra muitas barreiras alfandegárias, rompe limites territoriais entre Estados, agiliza o trânsito de pessoas, de bens, de serviços, de capitais, e instaura um novo momento econômico caracterizado pela mundialização da economia, exigindo maior flexibilização das relações de trabalho, como forma de manter-se competitivo diante de um quadro de profunda concorrência. A tese da flexibilização dos contratos trabalhistas passa a ser a pedra de toque, a voz de comando dos que pugnam pela liberalização da economia, oferecida como alternativa para arrefecer as incontidas evoluções dos índices de desemprego. Em sentido diametralmente oposto, há os direitos econômicos, sociais e culturais, os quais se transformaram em cláusulas pétreas da nossa Carta Maior, como forma intencional de não se permitir futuros retrocessos no campo dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: flexibilização; dignidade da pessoa humana; relações trabalhistas.

ABSTRACT

The progress on globalization can break many customs barriers, many territory limits between States, improve people journeys, service and capital goods It also inserts a new economical moment characterized by world economy which demands

* Mestre em Direito pela UNIMAR-Universidade de Marília. Advogado, Economista e Administrador. Professor da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos-SP e da FEMA - Fundação Educacional do Município de Assis-SP.

** Mestrando pela Fundação Eurípides Soares da Rocha. Professor da FIO – Faculdade Integrada de Ourinhos-SP.

more flexibility on working relationships as a way of maintaining competitive in a situation of deep competition. The labor contracts flexibility thesis becomes the command voice of those who struggle for free economy offered as an alternative of minimizing increased unemployment rates. On the other hand, there are economical, social and cultural rights which have become part of Brazilian Constitution as an intentional way of not allowing human rights going backwards. **Key-words:** flexibility; human being dignity; labor relationships.

Introdução

Desregulamentação é a expressão utilizada para identificar a flexibilização das normas do Direito do Trabalho, por iniciativa do Estado ou do empregador, sem prévia oitiva do empregado, e sem que haja a correspondente contrapartida em benefício deste. Ao empregado resta a expectativa de se submeter às novas regras, impostas de cima para baixo, inegavelmente prejudiciais para si. Ou seja, é vendida a informação para o trabalhador de que a desregulamentação, por pior que seja para ele, ainda não é o fundo do poço. Portanto, o trabalhador é forçado a abdicar de um direito adquirido e, em contrapartida, alimenta a expectativa de que a sua situação não piorará ainda mais. É a satisfação pelo mínimo. Diante da desregulamentação, fruto de uma ideologia pós-moderna, o trabalhador assume uma postura impotente, invertebrada, desfibrada e servil. É a volta da ‘coisificação’ do homem, manifestação suprema do desrespeito à dignidade da pessoa humana, que permeou as relações de trabalho no século XVIII.

1. Flexibilização das relações do Direito do Trabalho

A flexibilização das normas contidas no Direito do Trabalho — um dos postulados da tese neoliberal —, pugna pela individualização das relações de trabalho, tanto quanto possível, em detrimento da solidariedade e dos valores coletivos. Em outras palavras, o que verdadeiramente propõem os neoliberais é deixar o trabalhador totalmente desamparado, sem a proteção do Estado, desfrutando da mínima intervenção das forças sindicais. Diante desse quadro, o empregador tem plena liberdade para impor unilateralmente as suas condições de trabalho e, ao trabalhador, só resta uma postura de subserviência. A propósito, Uriarte ensina: “Em termos muito gerais e no âmbito do Direito do Trabalho, a flexibilidade pode ser definida como eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade — real ou pretensa — de aumentar o investimento, o emprego ou a competitividade da empresa”.¹

¹ URIARTE, Oscar Ermida. *A Flexibilização*. São Paulo: LTr, 2002, p. 9.

Os neoliberais sustentam a tese de que a desregulamentação resulta na queda do custo do produto ou do serviço, que, por sua vez, eleva o lucro do empresário, aumenta o capital deste para investir em sua atividade produtiva, provocando, como conseqüência, a geração de mais empregos e o fortalecimento dos salários.

Contudo, não está no Direito do Trabalho a causa do desemprego ou do subemprego, como afirmam os neoliberais. Na verdade, tal fenômeno reside no acentuado avanço tecnológico, dos meios de produção, ocorrido nas últimas décadas, que obriga o homem a competir com a máquina de última geração, num flagrante desnível, causando a sucumbência daquele. O fenômeno do desemprego ou do subemprego reside, também, na estratégia adotada de se cultivar um desemprego estrutural, para ser utilizado como alavanca poderosa de achatamento de salários dos que ainda estão no mercado de trabalho. Reside, também, na necessidade permanente de o trabalhador se submeter à constante capacitação profissional, sendo que as condições de trabalho que lhe são oferecidas, físicas e materiais, não lhe permitem atender a essa exigência do mercado.

A instabilidade das relações trabalhistas cria um monstro de duas cabeças: de um lado o empregador não vê motivo forte para investir em capacitação profissional, em trabalhador que a qualquer momento poderá ser dispensado; de outro, o empregado também não se sente estimulado para se envolver profundamente nas metas da empresa, porque prevê que há grande possibilidade de ter o seu contrato de trabalho rescindido. Ninguém ganha com isso; ambos perdem.

Em termos de flexibilização dos postulados trabalhistas, a criatividade liberal tem sido fértil: já se defendem as teses de férias de 15 dias, férias parceladas e coincidentes com épocas de feriados, fim do abono de férias, décimo-terceiro salário a ser pago em doze parcelas mensais, fim da licença à gestante e da licença-paternidade etc. E, o que é mais lastimável, são teses defendidas inclusive pelos principais dirigentes sindicais do País.

Portanto, é inegável que a desregulamentação das normas trabalhistas equivale a perda de direitos para o trabalhador, sem qualquer compensação para este, e sem a garantia de que ao menos essa redução de custos para o empregador possa efetivamente resultar em correspondente diminuição dos preços de vendas dos produtos e dos serviços.

Surge, então, a indagação: Até que ponto o Estado deve ficar à margem da relação trabalhista, permitindo-se que trabalhador e empresário negociem livremente as condições de trabalho, ainda que estas firam direitos conquistados ao longo dos últimos séculos por esses mesmos trabalhadores?

Seria crível tal proposta, se trabalhadores e empresários estivessem num mesmo patamar de negociação, pois nesse caso, ela [negociação] se desenvolveria num nível de perfeito equilíbrio. Contudo, isso é uma quimera. É de todos sabido,

que nunca existiu tal equilíbrio, motivo mais do que suficiente para se inviabilizar qualquer iniciativa de afastamento do Estado das negociações trabalhistas. Pensar ao contrário é permitir que ocorra um inevitável massacre da parte fragilizada, com a elevação de lucros dos empresários às custas de profundas repercussões sociais negativas para os trabalhadores, de difícil ou impossível restauração por parte do Estado. Permitir que o mercado regulamente as relações trabalhistas é fomentar, ao longo do tempo, um mal-estar generalizado entre o operariado, com graves transtornos psíquicos/emocionais, e que um dia poderá exteriorizar a sua insatisfação, mediante a manifestação de violência incontida contra o agressor que, ignorando preceitos constitucionais fundamentais, violou ostensivamente a sua dignidade de ser humano.²

2. A valorização da dignidade da pessoa humana

Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais foram fartamente contemplados na Constituição Federal de 1.988. Aquele diploma legal trata dos *valores sociais do trabalho*, em seu preâmbulo, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O Art. 3º., da Carta Magna, enumera, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a constituição de uma *sociedade livre, justa e solidária*; a promoção do *desenvolvimento nacional*; a *erradicação da pobreza*; a *redução das desigualdades regionais* e o *bem-estar de todos*.

Seguindo o mesmo espírito, o inciso II, do Art. 4º., elege a *prevalência dos direitos humanos* como princípio fundamental sobre qualquer tipo de convenção internacional.

Nesse sentido, Abbagnano leciona que o “fato de que o homem possa representar-se o próprio eu eleva-o infinitamente acima de todos os seres vivos sobre a terra. Por isso, ele é uma pessoa, e por causa da unidade de consciência persistente através de todas as alterações que podem atingi-lo, é uma só e mesma pessoa.”³

Silva não concebe

[...] uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura, pois a liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade, pois a igualdade e dignidade da pessoa humana exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa. Resulta escandaloso o fato das ex-

² VALENTE, Denise Pazello. Direito do Trabalho: Flexibilização ou Flexploração? In: *Transformações do Direito do Trabalho*. COUTINHO, Aldacy Rachid (coord.). Curitiba: Juruá, 2003, p. 439-449.

³ ABBAGNANO, Nicola.. *Dicionário de filosofia*. Trad. Coordenada por Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1962, p. 731.

cessivas desigualdades econômicas e sociais que se dão entre os membros de uma mesma família humana. São contrários à justiça social, à equidade, à dignidade da pessoa humana e à paz social e internacional.⁴

Pode-se resumir, destas concepções, que os seres humanos não podem ser tratados como objetos, mas sim como sujeitos, eis que a sua estatura extrapola a sua individualidade e atinge um espectro comunitário social.

As constituições liberais trazem em seu cerne, principalmente, a tutela da liberdade e da propriedade, enquanto que as de tino sociais têm por escopo também permitir a intervenção do Estado para reformular as instituições públicas e privadas, no campo social, notadamente como garantia efetiva da liberdade, da justiça e da paz, condições estas fundamentais para que se atinja o objetivo maior, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito é um estágio resultante de antigas lutas sociais, que começou a ganhar ênfase a partir do final da Primeira Guerra Mundial — mais precisamente a partir de 1917, com a Constituição do México; em 1918, com a elaboração da Declaração dos Direitos do Trabalhador e, em 1919, com a Constituição de Weimar — acolhendo a participação efetiva do Estado para que este tutele os direitos humanos, na condição de agente transformador das relações sociais. Em sentido francamente evolutivo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada pela ONU, em 1948, ampliou consideravelmente a garantia da dignidade humana.

O postulado da dignidade humana, como um dos fundamentos da organização nacional, passou a se constituir no vértice para o qual convergem todos os direitos individuais (da pessoa humana) e coletivos (dos sindicatos, das associações, das entidades de classe etc.), proclamados nas constituições democráticas de uma sociedade cada vez mais pluralista.

3. A dignidade do trabalhador diante da mundialização da economia

O conjunto de leis trabalhistas de um país representa o resultado de lutas seculares, empreendidas às custas de muito sangue e suor, para vencer as agruras de miseráveis condições de vida suportadas pelos operários, impostas por classe dominante que nunca teve o menor entusiasmo de revelar amor para com o próximo, vez que esta se apega obstinadamente aos privilégios que lhes são concedidos.

⁴ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 212, p. 91, 1998.

Com o avanço da globalização econômica, o Estado entende que deve buscar novas opções para se posicionar diante das relações entre empregados e empregadores, preferindo uma filosofia mais liberal, menos intervencionista, permitindo que as relações de trabalho voltem a ser reguladas pelo mercado, ignorando por completo as conseqüências nefastas que tal política produziu no século XIX. Com isso, permite, inclusive, que ocorra uma operação de desmonte de parte daqueles direitos trabalhistas, edificados com magistral sacrifício, ao longo de muitas décadas, sob o argumento de que os atuais paradigmas trabalhistas estão obsoletos. É a volta à barbárie que imperou na fase pré-moderna, que tanta vergonha produziu na história mundial das relações humanas.

Nas palavras de Dinaura Gomes, é este o cenário reinante:

Diante do fenômeno da globalização econômica, o Estado, ao promulgar suas leis, cada vez mais tem que levar em conta o contexto internacional para saber o que realmente pode regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. São adotadas as polêmicas estratégias de descentralização, desformalização, deslegalização e desconstitucionalização, no mundo inteiro, paralelamente aos programas de privatização dos monopólios públicos e à substituição dos mecanismos estatais de seguridade social por seguros privados, ampliando assim o pluralismo de ordens normativas. Não resta ao legislador pátrio outra alternativa para preservar sua autoridade funcional, que não seja aquela de menos intervir e menos disciplinar, pois, quanto menos disciplinar e intervir menor será o risco de ser desmoralizado pela ineficiência de seu instrumental regulatório.⁵

Com efeito, o Estado assiste o movimentar do mercado, com certa passividade, que, na busca da otimização dos seus resultados econômicos, impõe normas que culminam por minimizar os direitos de proteção dos trabalhadores, por intermédio da flexibilização ou desregulamentação da legislação trabalhista.

Em vista disso, as empresas exigem a intelectualização permanente do homem, mesmo para o exercício de atividades mais elementares, impondo, inclusive, que esse saber seja eclético, amplo e multifacetado. Isso ocorre num ambiente de profundos e incontidos avanços tecnológicos, que dada a velocidade com que os mesmos acontecem, causam perplexidade e insegurança aos trabalhadores, além da elevação considerável do número de desempregados. Ou seja, estão aflitos tanto os empregados, como os desempregados; os que estão

⁵ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a flexibilização da legislação trabalhista. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional n. 44, p. 121, jun./set. 2003 .

empregados, porque têm dúvida a respeito de seu futuro imediato, testemunhas oculares que são do impressionante avanço da automação no âmbito das empresas, e podem avaliar as evidentes conseqüências disso; os desempregados, porque alimentam, a cada dia que passa, menores perspectivas de voltarem ao mercado de trabalho, exatamente pelos mesmos motivos, ou seja, já ganharam a pecha de ‘excluídos’, justamente por não se adequarem, técnica e intelectualmente, à nova realidade de produção e, a exemplo daqueles que estão empregados, também assistem ao avanço da automação da produção, podendo avaliar os efeitos devastadores desta, no que concerne à abertura de novos postos de trabalho.

Não é difícil concluir que o quadro de economia globalizada é extremamente perverso para se pugnar pela dignidade do trabalho humano pois, é notável gerador de exclusão social, alimenta a informalidade, contribui para com o aumento considerável da violência, do alcoolismo, do tráfico de drogas e da prostituição, fatos esses que impedem o homem de desfrutar de uma vida com um mínimo de dignidade.

E é esse imenso exército de excluídos que vai viver em condições subumanas, ‘amontoados’ em cidades que não cumprem a sua função social, em favelas, cortiços, alagados e palafitas, em áreas irregulares porque foram ilegalmente ocupadas, sem saneamento básico, água e energia elétrica, nem postos de saúde, creches, escolas e outros equipamentos públicos descentes, em meio a enchentes e desmoronamentos de encostas e, repita-se, sem a menor perspectiva de iniciar e/ou voltar ao mercado de trabalho.

É verdade que a flexibilização dos direitos trabalhistas está prevista na Carta Magna, contudo essas adequações às novas realidades sociais somente são aplicáveis em situações especiais, e desde que não colidam com cláusulas irrenunciáveis. Devem contemplar a garantia da justa compensação, com o único objetivo de efetuar uma adequação de trabalho. Devem ser, nessas exatas condições, realmente favoráveis ao empregado, e é imprescindível a mediação do sindicato da categoria cujos interesses estão em jogo. Essa flexibilização nunca poderá ser, portanto, um achatamento dos postulados tradicionais do Direito do Trabalho.

Não se trata de mera discussão acadêmica. Não fosse isso verdade, a nossa Constituição Federal não teria contemplado a proteção da “dignidade humana e a valorização social do trabalho” como condição fundamental do Estado Democrático de Direito.

Não fosse isso, a Constituição Federal não teria estabelecido que a ordem econômica deve ser fundada na *valorização do trabalho humano*: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, [...]”.

Se fosse, repita-se, uma discussão limitada aos meios das arcadas, a Constituição Federal não teria abrigado a norma de que a ordem social tem por base o *primado do trabalho*, objetivando o *bem-estar e a justiça sociais*: “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Se fosse uma discussão desconectada dos postulados jurídicos trabalhistas vigentes, a Constituição Federal não teria positivado, em seu texto, o elenco de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais como condição do aprimoramento da condição social destes.

Se fosse — insiste-se propositalmente — uma discussão estéril, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, não teria proclamado o direito do operário ao trabalho, à livre escolha de emprego (Art. 23), ao repouso e ao lazer (Art. 24); a um satisfatório padrão de vida (Art. 25); à instrução (Art. 26).

Se fosse uma discussão movida por mero sentimento de época, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado por meio do Decreto nº 591, de 06/07/1992, não teria proporcionado uma dimensão ainda maior aos postulados dos direitos trabalhistas da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Se fosse uma discussão vazia e insólita, não teria sido contemplada, com idêntica grandeza pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — Protocolo de San Salvador —, firmado pelo Brasil no dia 17/11/1988.

Dinaura Gomes sintetiza

Assim, no Estado Democrático de Direito, onde a Constituição Federal não só reconhece a existência e a eminência da dignidade da pessoa humana, mas a transforma em valor supremo da ordem jurídica, não se pode dar atenção apenas aos interesses da economia que condicionam a atuação governamental, deixando o trabalhador vagar solitário no meio das leis de mercado. Inexoravelmente, ele deve ser visto como detentor de direitos fundamentais, amparado por normas pétreas da Constituição, que não podem ser afastadas nem eliminadas por Emenda Constitucional.⁶

Conclusão

Com efeito, pode-se concluir que flexibilização do Direito do Trabalho implica, obrigatoriamente, na perda ou diminuição de direitos do empregado. Representa, na melhor das hipóteses, a substituição da capacidade de negociação

⁶ Op. cit. p. 126.

coletiva, por uma via individual, na qual quem dita as regras é o empregador. É, portanto, uma via de mão única, que sacrifica a parte mais frágil na relação trabalhista.

Há que ser mantido o reconhecimento da hipossuficiência do operário diante do empregador, em sede de juízo, como fator de contrapeso, diante do evidente desequilíbrio que se instaura nas relações de trabalho, permitindo, para tanto, interpretações dos postulados legais em benefício do empregado caso colidam as informações trazidas aos autos por ambas as partes, e seja impossível decidir qual é a versão verídica. Em razão dessa evidente hipossuficiência do empregado, frente o empregador, também não é admissível que direitos trabalhistas, tradicionalmente assegurados, sejam suprimidos, parcial ou totalmente, por condições menos favoráveis ao empregado, sem que se proporcione a este a justa compensação [esta sempre vista pela óptica do sindicato], a manutenção do pleno direito à cidadania e a preservação da dignidade humana.

A conquista de direitos sociais é uma via sem volta. Não se concebe a hipótese de retroceder à condição odiosa da fase pré-moderna, do século XIX, pois o homem passou a ser detentor de direitos fundamentais, irrenunciáveis e absolutamente indispensáveis.

Em outras palavras, é aceitável que as empresas busquem a redução de seus custos e o aprimoramento tecnológico de sua produção, contudo, é inadmissível que esses avanços ocorram em detrimento da preservação da dignidade do homem. E, nesse sentido, o Estado tem uma grande responsabilidade, especialmente no Brasil, pois é do amplo conhecimento de todos que contabilizamos uma das maiores cargas tributárias do planeta, fato esse que onera, de forma magistral, os custos de produção. E, paradoxalmente, a população não recebe, do Estado, contraprestação de serviços na mesma medida, permitindo que se instale um quadro por demais sombrio, em termos sociais, que somente não é pior em virtude da atuação cada vez mais forte do Terceiro Setor, da ação de responsabilidade social desenvolvida por um número crescente de corporações, pelos serviços de qualidade oferecidos pela atividade privada aos que podem pagá-los.

Urge, inclusive, que haja uma maior conscientização das forças sindicais, no que diz respeito à real importância de sua atuação firme, segura, íntegra, coerente, autêntica, legítima e imparcial, sem subserviência à autoridade política ou empresarial de qualquer quilate, pois elas devem se constituir no amálgama que dará homogeneidade e consistência a toda e qualquer reivindicação trabalhista, e poder de negociação, em alto nível, diante das forças patronais e do próprio Estado, sem precisar da intervenção deste (na condição de ente paternalista), nem da Justiça do Trabalho, para homologar dissídios coletivos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola.. *Dicionário de filosofia*.. Trad. Coordenada por Alfredo. Bosi São Paulo: Mestre Jou, 1962.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a flexibilização da legislação trabalhista. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, n. 44, jun/set/2003.

URIARTE, Oscar Ermida. *A Flexibilização*. São Paulo: LTr, 2002.

VALENTE, Denise Pazello. *Direito do Trabalho: Flexibilização ou Flexploração?* In: COUTINHO, Aldacy Rachid (coord.). *Transformações do Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2003.

DIREITO À SAÚDE E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

HEALTH AND SOCIAL CHANGES RIGHTS

Cilaine de Oliveira Guilherme BARROS*

Ruy de Jesus Marçal CARNEIRO**

RESUMO

O direito à saúde, reconhecido expressamente como um direito fundamental na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, busca ainda hoje sua efetivação, principalmente por meio de ações positivas do Estado. A ineficácia desse direito afronta dispositivos constitucionais, tais como os fundamentos e os objetivos, princípios estruturais de nossa República. O presente artigo enfoca a necessidade da materialização do direito à saúde, como um dos pressupostos para o desenvolvimento social e o progresso da humanidade, operando transformações indispensáveis que aproximam o homem e o Direito. Utilizam-se como embasamento os Princípios Fundamentais, previstos no Título I da Constituição Federal de 1988, bem como o Título VIII do mesmo documento – DA ORDEM SOCIAL –, além de Pactos Internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Palavras-chave: direito à saúde; Estado; reflexos sociais.

ABSTRACT

The Rights to Health, clearly recognized in 1948 as a basic right at Human Rights Universal Declaration still searches its effectiveness, mainly pursued by positive actions from the State. The ineffectiveness of that right insults constitutional provisions, such as basis and purposes, which are structural principles of our Republic. This article herein focuses on the need of a materialization of the

* Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR-, Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB - Campo Grande/MS e Professora de Direito Constitucional pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP- Campo Grande/MS.

** Mestre e Doutor em Direito do Estado, subárea de Direito Constitucional pela PUC/SP e Professor do Programa Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR – Marília/SP.

rights to health, as one of the presupposes to the social development, and the improvement on the mankind as well, bringing about indispensable changes that make the human being and Rights closer. It is supported by the Basic Principles, predicted on Title I and Title VIII of the Federal Constitution, from the document – SOCIAL ORDER -, in addition International Agreements ratified by the Brazilian State.

Key-words: health right; state; social consequences.

1. Introdução

O direito à saúde, é sem dúvida alguma, um daqueles direitos que parecem interessar muito mais à área médica do que propriamente à jurídica. E não é de se admirar que seja assim. Abordada a questão da saúde, é no âmbito médico que se verificam, de maneira mais expressiva, os resultados concretos da transformação pela qual passa a mesma e, conseqüentemente, a sua prestação no Estado brasileiro.

Ocorre que, quando a saúde está em debate, verifica-se uma tendência natural à associação desta com o atendimento médico dispensado aos pacientes, e o resultado satisfatório ou não decorrente desse atendimento.

É indiscutível que o bom atendimento e o preparo profissional daquele que cuida diretamente do paciente façam parte do macro-mundo da saúde, mas estes são apenas fragmentos de um universo que possui outros e mais complexos componentes.

O conceito de saúde não se restringe ao bom ou efetivo atendimento médico, apesar de ser este, sem dúvida, o viés popular da discussão, mas também na disponibilidade de medicamentos para tratamentos, no acompanhamento médico adequado, no acesso às terapias em geral, nas medidas preventivas que possam ser implementadas para a promoção da saúde e, em especial, na identificação do papel estatal para a efetivação desse direito.

A saúde de que se fala não se resume apenas à ausência de doença, mas a uma gama de fatores que devem ser observados conjuntamente, sob pena de, em algum momento do processo de avaliação, se furtar a aspectos relevantes que possam comprometer todo o contexto.

Assim, buscando uma abordagem da questão da saúde, entendida não apenas como a terapia curativa, é que se objetiva aqui uma análise um pouco mais ampla, tomando-se como ponto de partida a previsão do direito à saúde, foco central do tema proposto.

Analisando-se aqui os aspectos inerentes à saúde, desde sua abstração como direito social previsto constitucionalmente, até sua efetiva prestação e resultados, o que se propõe é uma análise especialmente jurídica desse direito, cuja inobservância afeta diretamente outros direitos fundamentais, provocando o descrédito nas estruturas estatais e o conseqüente enfraquecimento da Democracia, que legitima tais estruturas.

2. A saúde entendida como direito fundamental

É inquestionável que, em se tratando de direitos fundamentais, dentre todos eles, o direito à vida assume papel de destaque, ganhando a importância de um direito primordial, porque os demais dele necessariamente dependerão.

O direito à vida não se restringe ao fato de “estar vivo”, mas trata-se de um complexo organizacional que vai desde o efetivo funcionamento do organismo humano até a qualidade do ambiente em que essa vida se desenvolve.

É justamente desse contexto que deriva o direito à saúde, condição indispensável ao indivíduo para que possa manter-se vivo. Sem saúde, o ser humano perde a força que o impulsiona e estimula e ainda que se enquadre na condição de ser vivo, sem o bem-estar que a saúde proporciona, sente-se como se não o fosse.

A ausência de saúde provoca nos indivíduos em geral uma compreensível sensação de impotência, estreitamente relacionada ao sentimento de diminuição de sua importância e inutilidade no desenvolvimento social. Para o indivíduo, estar vivo não é o bastante, se dessa vida não se extraem as mínimas condições para produzir e realizar-se.

A impossibilidade de gozar plenamente dos direitos que a vida proporciona ao indivíduo, provoca neste um esvaziamento capaz de retirar da própria vida a importância que lhe é (ou pelo menos deveria ser) peculiar.

Isso faz provar que o direito à saúde gira em torno do próprio direito à vida, sendo parte integrante deste último, um meio indispensável para que o primeiro se efetive totalmente e atinja o alcance material da amplitude de seu contexto.

3. Desenvolvimento histórico do direito à saúde

Apesar de integrar os mais fundamentais dos direitos inerentes ao homem, a saúde jamais recebeu do Estado brasileiro o reconhecimento a que faz jus. E isso é facilmente verificado pelo próprio desenvolvimento histórico do País e suas conseqüentes adequações normativas.

No aspecto mundial, foi por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, que o direito à saúde passou a receber novos contornos e a despertar a necessidade de um tratamento diferenciado. Nascia então o reconhecimento de que tal direito, posto estrategicamente em uma tábua de valores, ocupava uma posição de superioridade quando comparado aos demais.

A Declaração em questão serviu como uma recomendação aos membros da Assembléia Geral das Nações Unidas, em razão das barbáries ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, o que trazia a necessidade de se implementar o lema

da Revolução Francesa, reconhecendo-se a supremacia de valores como a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Como já mencionado, apesar de indiscutível a importância do documento supracitado, o mesmo não era provido de uma força vinculante, apresentando-se apenas como uma recomendação, trazendo no bojo de seu texto a discriminação de etapas que deveriam ser aos poucos realizadas, todas no sentido de alcançar a efetivação de direitos de extremo valor.

Desse modo, após a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em data de 1966, sobrevieram dois Pactos Internacionais, que tinham por objetivo primordial dar àquela Declaração uma força vinculante, produzindo assim, documentos mais fortes, inauguradores de uma segunda etapa evolutiva, donde se procurava, ainda que lentamente, dispensar aos direitos fundamentais o tratamento equivalente à sua importância.

Surgiam, então, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O primeiro direcionava seu foco em especial à liberdade individual e à dignidade da pessoa humana, que não passariam de uma ilusão, se não se pudesse controlar a intervenção constante e abusiva do Estado. Nesse Pacto, a preocupação recai sobre a intervenção do Estado, verificando-se a necessidade da inversão dessa circunstância, uma vez que essa influência maculava a fruição de liberdades civis.

O segundo Pacto, por sua vez, relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, desenvolveu-se sob novos contornos, trazendo à evidência um mal resultante não da interferência estatal, como no Pacto anterior, mas sim da omissão do Estado, que se furtava ao dever de coibir todos os tipos de abusos econômicos e promover, assim, a proteção dos indivíduos frente aos excessos do próprio poder privado atuante na Economia. Neste último Pacto, a atenção recaiu sobre direitos que não eram individuais, mas atinentes a grupos desfavorecidos, tais como educação, habitação e saúde, dentre outros.

É no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que se observa a imprescindibilidade de ações positivas do Estado, manifestas por meio da implementação de programas e políticas públicas que permitam engendrar ações no sentido da realização material de tais direitos.

4. O direito à saúde na Constituição de 1988 e as normas infraconstitucionais

Sob o prisma nacional, o direito à saúde só recebeu maior atenção com o advento da Constituição de 1988, que, em seu Título VIII – DA ORDEM SOCIAL --, assim dispôs:

Art.196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Das Constituições e Cartas anteriores à Constituição de 1988, apenas a Carta de 1937 fazia referência ao direito à saúde, porém sem imprimir ao mesmo toda a sua grandeza. Talvez por causa da ditadura militar, apesar da expressa previsão constitucional, esse direito ainda não tivesse encontrado sua aplicação, com a efetiva prestação à sociedade.

A ratificação do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, anteriormente mencionado, só aconteceria depois de decorridos quatro anos da promulgação da atual Constituição, já em 1992.

Disso tudo é possível extrair que a saúde, ao longo da história, conquistava muito lentamente seu reconhecimento e, apesar de fazer parte dos direitos considerados fundamentais, não conseguia revestir-se de uma força capaz de operar seu “deslocamento” do plano abstrato para o concreto.

A partir daí, passou-se à produção de normas infraconstitucionais, que tinham o condão de aproximar a população da efetivação do direito à saúde, proporcionando uma materialização deste último.

O que não se pode negar, entretanto, é que as políticas públicas relacionadas à saúde tanto física quanto mental, bem como as de assistência e previdência social, instituídas por meio de normas infraconstitucionais, foram desastrosas, e que as ações governamentais relacionadas a essa área ainda deixam muito a desejar, exteriorizando-se por meio de tentativas, que não raras vezes, resultam em fracassos absolutos.

Essas sucessivas tentativas fracassadas de efetivação do direito à saúde terminam por enfraquecer a própria Constituição, posto que, entendida como fundamento de validade para as normas infraconstitucionais, se não consegue a materialização de seus dispositivos, acaba como bem descrevia Ferdinand Lassalle, sendo apenas “tinta sobre papel”.

A saúde é direito que exige do Estado ações positivas que realizem sua concretização, sob pena de afetar direta e especialmente um dos fundamentos constitucionais, que é a dignidade da pessoa humana, previsto já no primeiro artigo do Texto Maior.

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:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

A Constituição brasileira atual delineou com exatidão o papel ao qual se propunha, mas a elaboração do referido Texto perde sua força ao deparar-se com a distorção ou até mesmo a ausência de sua aplicação. Esta, a importância de visualizar as figuras do jurista e do Poder Judiciário sob um novo prisma, numa conjugação de esforços que impulsionem o progresso desta Nação.

Sob essa ótica, providencial a manifestação do Professor Lênio Streck¹, ao enfatizar:

É por demais evidente que se pode caracterizar a Constituição brasileira de 1988 como uma “Constituição social, dirigente e compromissária”, alinhando-se com as Constituições européias do pós-guerra. O problema é que, como alerta Guerra Filho, a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Daí que a eficácia das normas constitucionais **exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário** (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: *uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos*. Sendo a Constituição brasileira, pois, uma Constituição social, dirigente e compromissária — conforme o conceito que a doutrina constitucional contemporânea cunhou e que já faz parte da tradição —, é absolutamente lógico afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade. Daí que o Direito, enquanto legado da modernidade — até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática — deve ser visto, hoje, *como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais etc.)*²

Indiscutível que a precariedade na promoção, proteção e também na recuperação da saúde afete diretamente a dignidade da pessoa humana. Não há que se falar em dignidade, quando o indivíduo não desfruta da proteção do direito que serve de origem para a decorrência de tantos outros.

¹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p.15 (grifos nossos)

² Grifos do autor

A afetação à saúde, proveniente da conturbada ação estatal ou, não raras vezes, de sua omissão, não permite que a dignidade de nenhum indivíduo permaneça intocável, ao contrário, compromete-a violentamente, criando um obstáculo ao desenvolvimento regular do ser humano, deflagrando um processo de descaso e estagnação social que retira da Constituição seu *status* superior, resultado de um poder legítimo que encontra origem junto ao povo.

5. Obstáculos à materialização da saúde e seus reflexos sociais

Em que pese existir previsão constitucional e infraconstitucional do direito à saúde, a sua materialização desse não é tarefa das mais fáceis, muito pelo contrário, envolve inúmeros obstáculos que se revezam nas esferas jurídica, econômica, social, cultural, entre outras.

Aplicar concretamente o que até então se resume em abstração legal exige uma conjugação de fatores que vai além da boa vontade, que, em muitos casos, acaba “soterrada” pela burocracia, ineficiência e incompetência do poder público.

Foi essa também a observação de Ingo Wolfgang Sarlet, que, em seu artigo “Algumas Considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, apontou como primeiro problema a ser pontuado, relativamente às ações positivas do Estado, a indefinição constitucional sobre o objeto do direito à saúde.

A incerteza sobre a dimensão do direito protegido deixava em dúvida se sua aplicação se restringia às prestações básicas de saúde, ou ao fornecimento, por exemplo, de aparelhos e atendimento médico.

No entender do referido autor, a tarefa de definir a abrangência do direito à saúde ficaria a critério do legislador, que, em níveis federal, estadual, distrital e municipal, se incumbiria dessa especificação, restando por fim, de o Poder Judiciário, uma análise detida de cada caso concretamente e a interpretação tanto da Constituição quanto das normas infraconstitucionais. E, sobre a possibilidade do Poder Judiciário atender ou não às demandas que cobram uma ação positiva na prestação da saúde, assim posicionou-se:

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implica certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o

entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente — em se cuidando da saúde — da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo. Tal argumento cresce em relevância em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar — pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça — que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos, se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.³

A saúde é um direito que sem dúvida alguma necessita da disponibilização de meios materiais, sob pena de cingir-se à abstração, que não opera as transformações que a sociedade tanto almeja. Isto é, essa inércia causada pela impossibilidade material chega sim a transformar o meio social, porém não no sentido de progresso, ao contrário, piorando o convívio entre as pessoas, a qualidade dos relacionamentos e implantando o descrédito no Poder Público.

Essa escassez de recursos deu ensejo à obra de Gustavo Amaral onde acentua que

[...] a escassez é inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, onde além de escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades.⁴

Depreende-se disso, que a limitação de recursos é a “espinha dorsal” da efetivação da saúde, isso porque no Brasil, a sociedade acostumou-se às medidas curativas, sem um trabalho que conjugasse esforços no sentido de implantar medidas preventivas, o que certamente traria transformações sociais positivas, evidenciadas por um aumento na qualidade de vida dos indivíduos e a conseqüente satisfação individual.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público*, Porto Alegre, v.12, p. 91-107, 2001.

⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.172

Conclusão

Dentre as diversas funções do Direito, a de organizar a sociedade com a conseqüente pacificação social certamente é a mais compreendida e desejada pelos indivíduos em geral. Daí porque a necessidade constante de se estabelecer uma adequação das previsões normativas com as condutas humanas.

A sociedade se desenvolve com velocidade assustadora, exigindo que o Direito também se modifique, a fim de atingir as finalidades que se propõe.

Para tanto, o Estado se organiza como Estado de Direito, inaugura o ordenamento jurídico com a Constituição e nela imprime uma força tal que reflete sobre a sociedade seu *status* de supremacia, deflagrando uma estrutura hierárquica onde todas as demais normas infraconstitucionais encontram nela (Constituição) seu fundamento de validade.

Essa é, porém, uma visão positivista, que não se demonstra suficiente aos indivíduos, que esperam das regras impostas pelo Estado não apenas sua existência, mas a produção de seus efeitos, materializando as previsões e transformando o dever-ser em ser.

Diante dessa verificação, o sentido jurídico de Constituição abre espaço ao sentido sociológico, por meio do qual Lassale defendeu a necessidade de a Lei Maior ser reflexo dos chamados “fatores reais de poder”.

Assim, no pensar desse autor, nenhum valor ou força se extrairia de uma Constituição que não refletisse a realidade em que se vivia.

Tal conceito e pensamento sociológico permanecem atuais, em especial quando os direitos analisados são aqueles considerados fundamentais, cuja afetação é muito mais danosa e cuja inobservância fere mais agressivamente o homem.

O direito à saúde é direito fundamental que necessita, por assim dizer, “sair do papel”, encontrar efetivação junto à sociedade, sob pena de, em não ocorrendo isso, retirar do Texto Constitucional a força do poder que a legitima.

Não se pode conceber que o ser humano viva desamparado em seu direito à saúde, posto que, diante dessa ocorrência, os comprometimentos a outros direitos, também fundamentais, talvez lhe causem danos tão imensos, que impossibilitem seu restabelecimento ao “*status quo ante*”.

O que se deve buscar é a aplicabilidade das normas constitucionais e a conseqüente produção de seus efeitos, valorizando-se a dignidade da pessoa humana, expreso fundamento da República. Agindo assim, efetivam-se também os objetivos traçados no Art.3º da Constituição brasileira, especialmente na construção de uma sociedade livre, justa e solidária e na promoção do bem de todos.

A importância do direito à saúde, como bem se viu, não é restrita ao âmbito nacional, ao contrário, foi antes reconhecido em outros países, dando

ensejo à previsão expressa na Constituição de 1988 e, após o reconhecimento internacional, com a ratificação do Pacto de Direitos Civis e Políticos e do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pelo Brasil, esta ocorrida em 1966.

Ao Estado cabe o dever de materializar o direito em epígrafe e de garantir sua promoção, proteção e recuperação, conforme dispõe o Art. 196 da Constituição Federal, por meio de políticas que possibilitem tal realização e fomentem o desenvolvimento em direção ao progresso.

Cuida-se, também, da atenção que se deve dirigir ao Poder Legislativo, a quem cabe a regulamentação dos dispositivos do Texto Maior, tal como se verifica no seu Art. 200, com a responsabilidade de definir esmiuçadamente as atribuições do Sistema Único de Saúde. Ao Poder Judiciário, por sua vez, no dizer de Lênio Streck, “*o resgate das promessas da modernidade*”.

A fundamentalidade do direito à saúde deve ser entendida como um obstáculo à inércia ou omissão do Estado, vez que essa afronta ao indivíduo vai muito além de mera contrariedade jurídica, maculando valores subjetivos deste, que tem desconsiderada sua dignidade, reduzindo-se, por conseguinte, sua própria condição humana.

O Estado não pode furtar-se ao dever de efetivar os direitos constitucionalmente previstos, pois, assim agindo, afeta diretamente a Constituição Federal, enfraquece suas estruturas e põe em risco a liberdade advinda da Democracia, conquistada por meio de lutas e cuja desvalorização, agora, seria a imagem do exato retrocesso.

REFERÊNCIAS

- ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 10.ed. São Paulo: Ícone, 2004.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DALLARI, Sueli G. O direito à saúde. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, v. 22, p.57-63, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MAIA, Marcela de Almeida; SOUZA, Romina Nóbrega e. Direito à saúde. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/Br/pb/dhparaiba/5/saude.html>. Acesso em: 24 abr.2006.

MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público*, Porto Alegre, v.12, p. 91-107, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 46, p. 42-72.

_____. Contornos do Direito Fundamental à Saúde na Constituição de 1988. *RPG*. Porto Alegre, v. 25, n.56, p. 41-62.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutierrez. Direito Fundamental à Saúde – Tutela de Urgência. *Revista de Direito*. Rio de Janeiro, v. 55, p. 43-62.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

THE DEFENSE OF THE CONSUMER AS I BEGIN CONSTITUCIONAL

Heraldo Felipe de FARIA*

RESUMO

A revolução industrial e o extraordinário crescimento do comércio criaram forte antagonismo na relação de compra e venda. Diante do choque de interesses das partes envolvidas na atividade mercantil, fez-se necessário proteger o consumidor. Dessa forma, o clamor público desembarcou no legislativo, provocando a construção de um microssistema jurídico, objetivando definir regras de comportamento, direitos e deveres. Nascia assim um conjunto de regras denominado Código de Defesa do Consumidor, elevado à condição de direito fundamental e princípio constitucional. Isto posto, tem o presente trabalho o objetivo nuclear de analisar a defesa do consumidor, na condição de princípio constitucional, bem como buscar em tempos remotos a origem de tal necessidade, fazendo um desenho de sua arquitetura ao longo do tempo.

Palavras chave: defesa do consumidor; princípio constitucional; dignidade humana.

ABSTRACT

The industrial revolution and the spectacular growth of commerce have created a strong antagonism in the selling - buying relation. Facing the shock of interests of the involved parts in the mercantile activity, it is necessary to protect the consumer. So, the public outcry has disembarked in the legislative power, provoking a construction of a legal micro system that had the object of defining right and

* Mestrando do Programa de Mestrado em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR – SP - Brasil. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo CESUSC – Centro Universitário de Estudos Sociais de Santa Catarina. Graduado pela Faculdade Paranaense.

duties behavior rules. That is the way the so called “Código de Defesa do Consumidor” – Consume Defense Rules, raised to the condition of basic right and constitutional principle. Thus, this paper has the nuclear objective of analyzing the defense of the consumer, in the condition of constitutional principle, as well as searching in remote times, the origin of such necessity drawing its architecture throughout the time.

Key-words: defense of the consumer; constitutional principle; human being dignity.

1. Introdução

Ao aparmos no século XXI, o esperado terceiro milênio, a sociedade, crente em transformações ou até mesmo no fim das coisas, já experimentava revoluções em todos os campos do conhecimento e das atividades humanas. Ponto nevrálgico dos novos tempos, da revolução industrial aos dias atuais, o mercantilismo assumiu papel de dominação, de atentados aos direitos individuais e até mesmo das sociedades inteiras.

Dessa forma, cresceu nas sociedades a necessidade de buscar mecanismos de proteção diante das relações de consumo, vez que a volúpia industrial e comercial, aliada ao efeito psicológico da tentação consumista, fez nascer a necessidade humana de adquirir, em sua grande maioria, de forma descontrolada.

E na esteira desse relacionamento comercial, próprio de uma sociedade que manifesta diariamente o desejo de mostrar-se, de forma a causar destaque em seu meio, surge o desequilíbrio entre as partes, vez que a banda produtiva e comercial busca apenas o aumento dos números em detrimento do consumidor e, em última análise, da pessoa humana.

Sendo o relacionamento aviltante e desequilibrado, do ponto de vista da respeitabilidade e igualdade entre as partes, foi imperiosa a criação de normas reguladoras nas relações comerciais.

Assim, como pode ser observado neste trabalho, surgem legislações bêbadas e esparsas, objetivando a tutelar os direitos do consumidor. Dessa forma, nascem também mecanismos de providência industrial e comercial, com objetivo cristalino de ludibriar a tentativa incipiente da sociedade em instalar um relacionamento justo e equilibrado entre as partes envolvidas na prática comercial.

Diante do ruído produzido pela inquietação social, urge a necessidade inadiável de buscar equiparação das relações comerciais, sedimentada em legislação específica, buscando, como alicerce, a dignidade da pessoa humana, como princípio estruturante do direito do consumidor.

De tal sorte que, a partir de determinação inserida no artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Cidadã, promulgada de 1988, produziu o legislativo a tão esperada normatização das relações comerciais. Nascia, assim, o Código de Direitos do Consumidor, Lei nº 8.078/90. Instrumento esse, que aponta para o crescimento da cidadania, em uma sociedade em lenta construção.

Isto posto, outra demanda se instalou em nossa sociedade. A necessidade de conscientização, por parte dos consumidores, em exercer seus direitos nas relações de consumo, positivados em forma de conquista heróica, em tempos de globalização econômica e de atentados aos direitos da dignidade da pessoa humana, e de visão míope quanto aos princípios que norteiam as relações humanas.

2. Evolução Histórica da Tutela do Consumidor

Um dos primeiros instrumentos de que se tem conhecimento, em relação à tutela do consumidor, foi o Código de Amurabi¹, que, por meio das Leis 233 e 234, protegia o consumidor nos casos de serviços deficientes. Também o Código de Massú², vigente na Mesopotâmia, no Egito Antigo, e na Índia do século XII a.C., protegia os consumidores, indiretamente, ao tentar regular as trocas comerciais.

No direito romano clássico, o vendedor era responsável pelos vícios da mercadoria, a menos que os ignorasse. No período Justiniano, a responsabilidade passou a ser atribuída ao vendedor, independente de seu conhecimento do vício. Se a venda tivesse sido feita de má fé, cabia ao vendedor ressarcir o consumidor, devolvendo a quantia recebida, em dobro.

Nas últimas décadas, os países viram a necessidade de unir-se em blocos, a fim de reduzir barreiras tarifárias e incrementar o comércio internacional, para competir no mundo globalizado. Os consumidores passaram a contar com facilidade de poder adquirir os mais variados produtos e serviços originários de qualquer parte do mundo. Entretanto, essa facilidade também veio acompanhada de uma série de dificuldades, que demonstram a fragilidade do consumidor nas relações de consumo. Esse último, atraído por ofertas e métodos agressivos de *marketing*, por impulso ou senso de aventura, por jogos e prêmios, e por acreditar em mitos, como qualidade superior de produtos importados, novidades e dificuldades com o idioma da oferta, assume riscos pela falta de proteção legal que o ampare.

Dessa forma, somente após o crescimento dos grupos de defesa do consumidor e um longo período de mobilização da opinião pública, no sentido

¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 22.

² PERIN JUNIOR, Écio. *A globalização e o direito do consumidor: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 6.

de chamar a atenção dos legisladores para adoção de medidas protetivas, é que o papel do consumidor foi levado em consideração.

O *Sherman Antitrust Act*, de 1890, foi a primeira manifestação moderna de necessidade de proteção do consumidor. Mas, apenas em 1962, com a mensagem do Presidente Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos da América, conhecida como “Declaração dos Direitos Essenciais do Consumidor”, pela qual se elencava os quatro direitos básicos, é que se consolidou a idéia de sua tutela.

É de fundamental importância fazer uma análise acerca do surgimento da proteção ao consumidor nos modelos legislativos estrangeiros, em razão de ser o Código de Defesa do Consumidor, inspirado em textos alienígenas, em normas das mais diversas, respeitando-se, porém, as peculiaridades do mercado de consumo brasileiro.

Na essência da origem do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, merecem destaque a influência da Resolução 39/248, de 1985, da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas e do *Project de Cole de La Consumption*, de origem francesa. Além disso, o Brasil sofreu influência de outros países da Europa, como Espanha e Portugal e também do latino americano, México.

Conforme leciona Cíntia Rosa Pereira de Lima³:

A defesa dos direitos dos consumidores sempre esteve ligada ao desenvolvimento econômico, surgindo, portanto nos países com intensa atividade econômica e industrial, como é o caso dos Estados Unidos da América, Japão, Alemanha, França, Inglaterra, Itália, Suécia e Canadá.

Na Inglaterra, os direitos do consumidor eram tutelados de maneira indireta por determinadas leis de caráter geral, posto que não haviam leis específicas sobre esses direitos. No ano de 1893, foi promulgado o chamado, *Sale of Goods Act*, que defendia os consumidores, dispondo sobre particularidades do contrato de compra e venda de bens.

Nos Estados Unidos da América, grande propulsor do protecionismo ao consumidor, surgiu a Responsabilidade Objetiva do Fornecedor, com a inversão do ônus da prova, de modo a influenciar enormemente diversos países, dentre eles o Brasil. Algumas leis foram importantes, a saber: *Federal Trade Commission Act*, *Consumer Product Safety Act*, *Truth in Levding Act*, *Fair Credit Reporting Act*, *Consumer Credit Protection Act*, *Fair Debt Collectior Pratices Act*.

³ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 47, p. 200, jul./set., 2003.

Na Grã-Bretanha, no ano de 1932, também foram criadas regras de proteção ao consumidor, obrigando os fornecedores a assumirem a responsabilidade objetiva diante de suas atividades.

No Japão, criou-se a Lei Fundamental Sobre Proteção ao Consumidor, em 1968.

A Organização das Nações Unidas, através da Resolução número 2542, de dezembro de 1969, em seus arts. 5º e 10º, reconheceu os direitos do consumidor internacionalmente.

Em Genebra, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, na 29ª Sessão, em 1973, defendeu os chamados Direitos Fundamentais do Consumidor, como sendo; o direito à segurança, à integridade física, à dignidade humana dos consumidores.

A Carta de Proteção dos Consumidores, elaborada pela Assembléia Constitutiva do Conselho da Europa, em sua resolução número 543, de 1973, serviu de base para a resolução do Conselho da Comunidade Européia, em abril de 1975, introduzindo os primeiros passos para a prevenção e reparação dos danos causados aos consumidores. Essa resolução do Conselho da Comunidade Européia dividiu os Direitos do Consumidor em cinco categorias fundamentais:

1. Proteção da saúde e da segurança,
2. Proteção dos interesses econômicos,
3. Reparação dos prejuízos,
4. Informação e educação,
5. Representação (direito de ser ouvido).

Na França, existiram várias leis de proteção dos consumidores, como, por exemplo, a lei de 1905, que tratava de fraudes e falsificações de produtos. A lei de 1972, que permitia aos consumidores um período de sete dias para refletir sobre a compra. A lei de 1973, que versava sobre a proteção dos pequenos comerciantes e da proteção do consumidor contra a propaganda enganosa. A lei conhecida pelos franceses como *Serivener*, que dispunha sobre a proteção contra os perigos do crédito e contra as cláusulas abusivas, esta de 1978.

Atualmente, o conteúdo dessas leis está inserido no *Code de La Consummation*, que contém mais de 300 artigos, sendo equivalente ao Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Nos países Nórdicos, há a figura dos chamados *Ombudsman* – entidade pública com competência para cuidar das reclamações dos consumidores e para eventualmente prosseguir com lides em juízo. Primeiramente, essas entidades surgiram na Suécia, em 1971, depois na Noruega, em 1972, Dinamarca, em 1974, Finlândia, em 1978, conforme assevera Cíntia Rosa Pereira de Lima.

Na Alemanha, existem leis, ao lado da repressão penal, às práticas ilícitas no comércio de bens de consumo. Leis estas sobre a concorrência desleal e atuação em juízo de associações de consumidores, legitimadas para atuarem em ações sobre comportamentos empresariais desleais.

As Nações Unidas, em 1985, através da Resolução número 39/248, proporcionou o reconhecimento de aceitação de direitos básicos do consumidor, em nível mundial, estabelecendo objetivos, princípios e normas para que os governos criassem políticas firmes de proteção ao consumidor. O Código de Conduta para empresas transnacionais, projeto da Organização das Nações Unidas, foi compartilhado pela Organização Internacional da Associação de Consumidores.

3. Direito do Consumidor no Brasil

No Brasil, as primeiras normas de cunho protecionista popular surgiram no ano de 1934. A lei delegada número 04, de 1962, destinada a intervir no domínio econômico, para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, foi um momento importante na direção de proteger os direitos do consumidor brasileiro.

Todavia, a proteção do consumidor adquiriu aspecto relevante com o advento da constituição de 1988. A partir de 1989, o modelo de globalização atingiu quase toda forma de comércio. O direito dos consumidores não poderia ficar à margem desse processo de mudança, instalado no comércio mundial, em especial o direito dos consumidores brasileiros, vez que o Brasil encontra-se inserido na revolução comercial mundial, oriunda da globalização mercantil.

Trilhando essa tendência, surgiu a Lei 8.078/90, ou, como é mais conhecida, o Código de Defesa do Consumidor. Sendo reconhecida como uma legislação das mais modernas e avançadas na direção e proteção dos direitos dos consumidores. Fator este, que trouxe mudanças repentinas nas relações de consumo, tutelando, assim, a hiposuficiência do consumidor na relação de compra e venda.

4. Gênese Constitucional da Tutela à Segurança do Consumidor

A questão nuclear da discussão aqui proposta está situada na tutela dos direitos do consumidor pela Constituição Federal, à segurança comercial do consumidor, em última análise. Todavia, para compreender essa assertiva, há que se refletir, inicialmente, sobre a noção de ordenamento jurídico, com um sistema hierarquizado de normas, inclusive sob o prisma axiológico.

Consoante, ensina Norberto Bobbio, o ordenamento jurídico é composto por inúmeras normas de diferentes fontes normativas. Todavia acrescenta o autor, evocando a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen, não estão elas todas no mesmo plano, repousando sobre a norma suprema ou fundamental do ordenamento a função de conferir unidade as demais. Isto é, estruturando-se de forma hierarquizada, atribui a estas o caráter verossímil do ordenamento, pois, do contrário, transformar-se-iam em um amontoado de normas. De outra forma, discorrendo sobre a sua concepção de ordenamento jurídico, acrescenta Bobbio, que este “constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis”.⁴

No sistema brasileiro, a norma jurídica que cumpre esse papel de lei fundamental ou suprema é a Constituição Federal. É sobre ela que não depende, para sua validade, de nenhuma outra norma, sendo ela própria o fundamento de validade das demais, que repousa a unidade do nosso ordenamento jurídico. Nessa linha de compreensão, a idéia de sistema pressupõe a de unidade hermenêutica, e esta somente ocorrerá se os princípios que animam a Constituição Federal, fundamento de validade de todo o ordenamento, constituem a matriz ideológica das demais normas que o integram. Como consequência, os valores consagrados em nossa constituição devem, não apenas permear todo o tecido normativo nacional, como também, orientar o operador do direito no mister de aplicação dessas normas.

5. A dignidade da pessoa humana como fundamento do Direito do Consumidor

Não há qualquer dúvida de que a Constituição Federal elegeu a dignidade da pessoa humana como valor preponderante do sistema constitucional, admitindo-se, aqui, como se evidência, uma hierarquia axiológica, não apenas por estar a dignidade da pessoa instalada no pórtico de nossa constituição, como fundamento da República Federativa do Brasil, o que não explicaria a conclusão, pois outros valores estão elencados no mesmo dispositivo, mas por ser ela o substrato de todos os direitos assegurados na *Lex Mater*.

Trilhando o rumo de garantir a dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos, preocupou-se o legislador constituinte em assegurar a efetividade do princípio, no campo das relações de consumo, fazendo inserir no inciso XXXII, do art. 5º, com o *status* de direito fundamental, mandamento no sentido de ser promovida pelo Estado, na forma da lei, a defesa do consumidor. Ainda não satisfeito com a já explícita preocupação em garantir a primazia dos valores humanitários

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996, p. 80.

no âmbito das relações de consumo, determina, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a edição do Código de Defesa do Consumidor.

Das considerações expostas, vêm duas conseqüências nucleares. A primeira é que o Código de Defesa do Consumidor nasce com o fundamento de dar efetividade, no plano ordinário e no âmbito das relações de consumo, ao princípio da dignidade humana. No particular, imprescindível trazer o asseverado no ensinamento de Paloma Santana Modesto:

Os direitos fundamentais são, em menor ou maior grau, concretizações do princípio da dignidade humana, por isso, devem ser assumido pelo constituinte é o primeiro passo para a efetivação dos direitos fundamentais na realidade social, ainda distante do programa constitucional.⁵

A segunda é que a edição do Código de Defesa do Consumidor, embora não importando no integral cumprimento do comando constitucional que impõe ao Estado defender o consumidor, na forma da lei, representou um passo relevante a caminho da concretização desse princípio constitucional. No particular, é possível frisar que não se encontra satisfeito em sua totalidade, com a edição do código consumerista, o comando do inciso XXXII do art. 5º, da Constituição Federal, que não se limita a determinar a edição de uma lei em especial, pois se faz necessário salientar que o CDC é produto de ordem expressa contida no artigo 48 do ADCT, que estabelece também a permanente defesa do consumidor, por parte do Estado.

Trata-se, portanto, de princípio constitucional programático imperativo, vez que a hiposuficiência e vulnerabilidade do consumidor levou o legislador constituinte a instituir uma política pública de defesa nas relações de consumo.

Dessa forma, o art. 170, da Constituição Federal, elenca uma série de princípios que devem pautar a ordem econômica, entre eles, a defesa do consumidor. Falando sobre o princípio da defesa do consumidor, Eros Roberto Grau sustenta, com base em Canotilho, ser ele um princípio constitucional impositivo, tendo assim função dupla:

[...] instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e o objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a função de diretriz, dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.⁶

⁵ MODESTO, Paloma Santana. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. *Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado*, Salvador, v. 2, n. 1, p. 399, jan./dez. 2002.

⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 252-253.

Surge, dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor e com ele o próprio direito do consumidor, não como opção comum do legislador ordinário, mas como determinação expressa do legislador constituinte, laborando como instrumento garantidor de direitos, no âmbito das relações comerciais. Em síntese, nota-se o caminhar do legislador no sentido de aumentar as garantias, buscando equilíbrio entre as partes, nas relações jurídicas. Cumpre papel fundamental, nas relações hodiernas com fulcro capitalista, instrumento equalizador, fundado na dignidade da pessoa humana.

Cristalino está o enfrentamento do indivíduo com o sistema globalizado de economia. Por um lado a engenharia de produção e comercialização busca atingir níveis de rentabilidade nunca vistos. Por outro, o consumidor procura caminhos que respeitem seus direitos como membro de uma sociedade organizada. Diante dessa assertiva, é imperioso o surgimento de cadernos protetores dos direitos individuais, bem como dos direitos difusos.

Assim, a Constituição Cidadã, de 1988, norma fundamental e reguladora de um Estado Social de Direito, indica qual o núcleo ideológico adotado pela República Federativa do Brasil. Com sua promulgação, nossa sociedade se afastou do pensamento patrimonial do passado, para ingressar no reino princípio lógico da dignidade do ser humano. Paloma Santana Modesto assim se expressa em relação ao nosso sistema constitucional:

Sendo assim, o intérprete não está autorizado a frustrar a realização da Constituição em razão de sua orientação subjetiva. As soluções somente poderão ser adequadas quando coerentes com a ideologia constitucionalmente adotada, já que o cumprimento da tarefa interpretativa é respeitar e realizar a legalidade constitucional.⁷

Isso posto, se faz razoável, ainda que brevemente, acrescentar o asseverado acerca da dignidade da pessoa humana, por Ingo Wolfgang Sarlet.

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais, que asseguram à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mí-

⁷ MODESTO, op cit., p. 397.

nimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁸

6. A tutela jurídica do consumidor em legislação ordinária

O direito brasileiro, objetivando dar resposta à complexidade crescente nas relações jurídicas mercantis do mundo hodierno, tem sofrido enormes mutações, nas últimas décadas de sua história. O Código Civil brasileiro, que acolhe um complexo sistema de segurança, permitiu lugar aos tempos dos microssistemas, movimento jurídico alvo de apontamento no ensinamento vanguardista do ilustre jurista Orlando Gomes.⁹

Na seara consumerista, essa metamorfose jurídica, que não é exclusividade desse seguimento do direito, decorreu do alucinado avanço do sistema capitalista de produção, que encontra sustento na produção e no consumo massificados.

Muito antes do nascimento do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, Othon Sidou já apontava o fenômeno, asseverando que o espetacular desenvolvimento do comércio, gerando uma extraordinária massa consumista, imprimiu dimensão impensável ao imperativo de proteção do consumidor. No decorrer da década de 1970, no bojo de sua obra, assinalava o respeitado jurista: “Evidentemente, soou a hora de proteger o consumidor”. Como o mundo jurídico é dependente da produção legislativa, muitos anos se passaram para que, enfim, pudéssemos receber a primeira legislação que efetivamente recepcionasse os interesses dos consumidores.¹⁰

Nesse contexto, surge o Código de Defesa do Consumidor, como resultado de uma opção do legislador-constituente, faz-se necessário salientar, com fulcro na salvaguarda da banda vulnerável das relações jurídicas de consumo, em face da avassaladora força do poder econômico. Reside o feito jurídico em marco histórico na tutela protecionista da dignidade da pessoa humana. Diante da conquista, assim se manifestou José Geraldo Brito Filomeno, acerca do avanço protetivo¹¹:

[...] um verdadeiro exercício de cidadania, ou seja a qualidade de todo ser humano, como destinatário final do bem comum de

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, p. 60.

⁹ GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 40-50.

¹⁰ SIDOU, Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 5.

¹¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 29.

qualquer Estado, que o habilita a ver reconhecida toda gama de seus direitos individuais e sociais, mediante tutelas adequadas colocadas à sua disposição pelos organismos institucionalizados, bem como a prerrogativa de organizar-se para obter esses resultados ou acesso a aqueles meios de proteção e defesa.

Causa espécie positiva que o feitor infraconstitucional, tenha agido de forma a relembrar a sociedade que sua obra ganhava corpo sobre os alicerces pontificados pela *Lex Legum*.

Preocupação revestida de pertinência para quem pretendia efetuar importante corte, rompendo com parte do ordenamento jurídico construído com referência basilar no individualismo e patrimonialismo. Dessa forma, logo no primeiro artigo do caderno protetivo, faz remissão aos principais dispositivos constitucionais que fundamentam a defesa do consumidor.

7. A Proteção do Consumidor no Brasil como Direito Humano Fundamental

Para Cançado Trindade, a idéia dos direitos humanos é tão antiga quanto a história das civilizações. Acerca disso, pontifica que: “afirmar a dignidade da pessoa humana, lutar contra todas formas de dominação, exclusão e opressão, em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade”.¹²

Segundo o autor, o reconhecimento desses direitos básicos acaba por formar padrões mínimos universais de comportamento e respeito ao próximo, observando as necessidades e responsabilidades dos seres humanos. Os direitos humanos são vinculados ao bem comum, tendo em vista a emancipação do ser humano de todo o tipo de servidão, inclusive a de ordem material.

Na esteira do assunto em tela, Ferreira Filho assevera:

Os direitos do homem foram conformados no século XVII, expandindo-se no século seguinte ao se tornar elemento básico da reformulação das instituições políticas. Atualmente, não se denominam mais direito do homem, mas sim direitos humanos, terminologia mais politicamente correta. Portanto, direitos humanos fundamentais ou direitos fundamentais tem o mesmo significado.¹³

¹² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v.i-ii.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.14.

Para Bonavides, direitos fundamentais se resumem assim:

Direitos fundamentais são os direitos do homem que as constituições positivaram, recebendo desta um nível mais elevado de garantias ou segurança. Cada Estado pois, tem seis direitos fundamentais específicos. Que os direitos fundamentais estão vinculados aos valores de liberdade e da dignidade humana, nos levando assim ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.¹⁴

Nessa linha, Canotilho nos ensina que:

[...] a positivação dos direitos fundamentais considerados naturais e inalienáveis do indivíduo pela constituição como normas fundamentais constitucionais é que vincula o direito. Sem o reconhecimento constitucional, estes direitos seriam meramente aspirações ou ideais, seriam apenas direitos do homem na qualidade de normas de ação moralmente justificadas.¹⁵

A doutrina atualmente classifica esses direitos humanos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões ou gerações, cujos conteúdos ensejariam os princípios: liberdade, igualdade e fraternidade.

Direitos de primeira dimensão ou direitos de liberdade seriam os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, as chamadas liberdades públicas. Visavam inibir a interferência indevida do Estado na vida do cidadão.

Os direitos de segunda dimensão ou direitos de igualdade referem-se aos direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século XX. Eram os direitos de caráter social. Nesse caso, a interferência estatal era desejada para garantir a igualdade material dos indivíduos.

Direitos de terceira dimensão ou direitos de solidariedade ou fraternidade são os direitos da coletividade, de titularidade coletiva ou difusa. Dentre eles, se encontram o direito à paz, meio ambiente equilibrado, à comunicação, à proteção do consumidor, dentre outros.¹⁶

Como já apontado no presente trabalho, a partir da resolução nº 39/248, de 10/04/1985, da Organização das Nações Unidas, diversos países passaram a enfrentar a questão da proteção do consumidor, incluído o Brasil, que, juntamente

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 514-518.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 353-356.

¹⁶ DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: aspectos práticos: perguntas e respostas*. Bauru: Edipro, 2000, p. 153.

com a Argentina, apresentam as melhores e mais avançadas legislações neste campo jurídico.

A Constituição da República de 1988 consagra a defesa do consumidor no art. 5º, inciso XXXII, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, o legislador obrigou o Estado a promover a proteção do consumidor, elevado a direito fundamental do cidadão, também chamado de direito de terceira dimensão ou geração.

A defesa do consumidor também está prevista no art. 170, V, da Constituição Federal brasileira, que a considerou como um dos princípios gerais da atividade e da ordem econômica. Através do artigo, deve-se garantir a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, pela implementação de uma política nacional de consumo.

Finalmente, o Congresso Nacional, conforme orientação imperiosa de nossa constituição elaborou a Lei 8.078/90, de proteção ao consumidor, criando assim um microsistema jurídico, voltado à garantia dos direitos dos consumidores, vez que recepciona normas de direito penal, civil, constitucional, processuais penais, civis e administrativas.

Neste sentido, então, sendo a proteção do consumidor um direito fundamental já declarado pela ONU, positivado em nossa constituição e alvo de preciosa legislação infra-constitucional, resta a constatação que, nas últimas décadas, a tutela do consumidor conquistou condição especial no ordenamento jurídico.

8. O desafio da proteção do consumidor em tempos de globalização econômica

Newton de Lucca, em seu caderno pedagógico intitulado *Direito do Consumidor*, aponta a seguinte visão acerca da globalização econômica:

[...] os países do terceiro mundo dificilmente terão condições de concorrer livremente no mercado internacional, ainda mais por esta barreira alfandegária representada pelos novos e, cada vez mais, complexos conceitos de competitividade e qualidade exigidos pelo consumidor nos países avançados, já em muitos produtos, em face de uma crescente conscientização dos interesses difusos. Tampouco tem o terceiro mundo condição de resistir a uma torrente de produtos perigosos e resíduos tóxicos oriundos dos países desenvolvidos faltando-lhes a informação, a capacidade técnica de verificação, a capacidade administrativa para a fiscalização, e muitas vezes, a vontade política necessária das elites locais. Perante tais desvantagens esmagadoras, essa atitude con-

vente dos governos dos países desenvolvidos deve ser considerada cúmplice de um crime de lesa-humanidade, em vista dos males causados às populações e ao meio-ambiente, tornando-se assim, ainda mais debilitados.¹⁷

É certo que, nesse contexto, a tutela dos consumidores se reveste de urgência e a globalização cria a necessidade da atuação estatal para a proteção do indivíduo, e, conseqüentemente, da sociedade, nas relações de consumo, já que a produção e a comercialização global de bens e serviços acarretam demanda de proteção também global.

A fim de reverter a previsão de Newton de Lucca, é preciso que o direito do consumidor se desenvolva de acordo com princípios de garantias básicas e fundamentais já positivados.

Uma sólida política de proteção dos consumidores colabora para a regulamentação e o equilíbrio do mercado, contribuindo para a garantia de uma economia mais eficiente. No entanto, é preciso lembrar que o desenvolvimento comercial e a velocidade cada vez maior das informações podem atropelar os mecanismos de proteção dos consumidores. A União Européia, como exemplo, tem sido capaz de responder rapidamente à demanda, uma vez que os países membros têm de adaptar suas legislações para atender a norma supra-constitucional acordada.

No caso do Brasil, especificamente em relação ao Mercosul, há receio de que, em decorrência de serem mais refinadas, nossas regras venham impor barreiras desnecessárias ao comércio intrabloco. No entanto, o que se vê, é que elas foram referências para as legislações de outros países, uma vez que há a consciência de que os diferentes níveis de proteção do consumidor possam representar aspecto negativo para o comércio. É também reconhecido que o nível de proteção não deve ser reduzido, apesar da falta de um tribunal supra constitucional para assegurar a tutela a todos os consumidores de bloco, que passariam a ter direitos iguais nas relações de consumo estabelecidas em tal âmbito, e deixariam de ser apenas mais um consumidor nacional de cada país, com atribuição de direitos distintos, para serem um consumidor latino-americano.

Conclusão

A construção normativa da tutela do consumidor se fez de forma paralela ao crescimento da atividade comercial. O avanço do mercantilismo, como mola propulsora da sociedade, criou a desigualdade em suas relações, fato que ensejou a criação de legislação específica, visando ao equilíbrio, justificado pelos direitos

¹⁷ DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 437.

fundamentais, bem como pelo princípio da dignidade humana. Dessa forma, ao ser promulgada, em 1988, a constituição brasileira, marcadamente principiológica, recepcionou em seu artigo 5º, inciso XXXII, a determinação do legislador, de que o Estado deveria propiciar a defesa do consumidor, vontade esta, concretizada em seguida, com a criação do microsistema jurídico, denominado Código de Defesa do Consumidor, avançada normatização que regula o direito consumerista.

Dessa forma, os ensinamentos do jurista Orlando Gomes se confirmaram. Em sua obra, *“A caminho dos Microsistemas”*, de 1983, portanto anterior à promulgação de nossa constituição, faz exposição de novos temas do direito civil, pontuando acerca da “especialização” do ordenamento jurídico, que se volta para garantir determinado direito ou determinado grupo social.

As transformações introduzidas na sociedade, no último século, provocaram mudanças também no ordenamento jurídico. A velocidade da produção, industrialização, comercialização, o *marketing* agressivo, a vontade de consumir e a competição do indivíduo em relação aos seus, fizeram com que a relação comercial se tornasse alvo de lides judiciais, algo impensável em outros tempos.

Assim, imperioso tornou-se tutelar, para garantir direitos. A utópica e eterna busca do equilíbrio das relações sociais, bem como o princípio da dignidade humana, serviram de alicerce para a normatização da relação comercial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.

ALVIM, Arruda et al. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v.i-ii.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor: aspectos práticos*. Bauru: Edipro, 2000.

_____. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DORNELES, Renato Moreira. *Tutela administrativa dos consumidores no Brasil como paradigma aos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Orlando. A caminho dos microsistemas. In: *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 47. p. 200, jul/set., 2003.

MODESTO, Paloma Santana. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. *Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado*. Salvador, v. 2, n. 1. p. 399, jan./dez. 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PERIN JUNIOR, Elcio. *A globalização e o direito do consumidor*. Aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais. Barueri: Manole, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

INFORMAÇÕES GERAIS

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: *EMPREENDIMENTOS ECONÔMICOS, DESENVOLVIMENTO E MUDANÇA SOCIAL*

OBJETIVOS

- Qualificar habilidades, aprofundando níveis de compreensão e aptidão para captar a complexidade e a 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, o cultural e o tecnológico, gerados no programa, dando prioridade à produção científica e conseqüente divulgação, visando a fornecer aos mestrandos subsídios para expandir e aprofundar conhecimentos técnicos na área de concentração.

PÚBLICO-ALVO

Bacharel em Direito, professores, advogados, magistrados, promotores de justiça e outros profissionais da área jurídica com bacharelado em Direito.

SITUAÇÃO INSTITUCIONAL

O Curso foi recomendado pela CAPES/MEC, conforme a Portaria do MEC nº 4.310, de 21 de dezembro de 2004, publicada no DOU 23.12.04.

LINHAS DE PESQUISAS

Linha 1 - *Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais*

Esta linha envolve 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 2 - Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas

A segunda linha de pesquisa está dirigida 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.

ESTRUTURA CURRICULAR

O Programa de Mestrado em Direito oferece 21 disciplinas, distribuídas em formativas, obrigatórias nas linhas de pesquisa, optativas e de orientação de dissertação:

Disciplinas formativas:

- História das Idéias Econômicas - 45 h
- Direito Constitucional Econômico - 45 h
- Estado, Direito e Relações Empresariais - 45 h
- Teoria da Empresa - 45 h

Disciplinas Obrigatórias da Linha de Pesquisa 1:

- Gestão de Políticas Empresariais e Financiamento Estatal - 45 h
- Políticas Tributárias e o Papel do Estado no Desenvolvimento Social - 45 h
- Capital e Trabalho no Estado Contemporâneo - 45 h

Disciplinas Obrigatórias da Linha de Pesquisa 2:

- Tutela Jurídica das Relações Empresariais - 45 h
- Direito das Relações de Consumo - 45 h
- Teoria Geral das Obrigações Empresariais - 45 h

Disciplinas Optativas: (O mestrando deverá cursar duas disciplinas)

- Direito e Globalização Econômica - 30 h
- Teoria do Estado Contemporâneo - 30 h
- Sociologia das Relações Empresariais - 30 h
- Metodologia da Pesquisa Jurídica - 30 h
- Pedagogia Jurídica e Estágio na Docência - 30 h
- Repercussões Jurídicas do Comércio Eletrônico - 30 h
- Meio Ambiente e Desenvolvimento - 30 h
- Direito da Concorrência das Relações Empresariais - 30 h
- Relações Mercantis na Sociedade Contemporânea - 30 h

Disciplinas de Orientação de Dissertação:

- Orientação de Dissertação I
- Orientação de Dissertação II

OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE

Para obtenção 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, Espanhol e Italiano.

Deverá apresentar, defender e ser aprovado na Dissertação de Mestrado, realizada de acordo com as normas regimentais.

CORPO DOCENTE

Professores permanentes:

- Prof. Dr^a. *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.
- Prof. Dr^a. *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. *Oscar Ivan Prux* - Doutor em Direito das Relações Sociais - PUC/SP, com especialidade em Direito do Consumidor e Direito Econômico.
- Prof. Dr. *Paulo Roberto Pereira de Souza* - Doutor em Direito - PUC/SP, com especialidade em Direito Ambiental
- Prof. Dr. *Ruy de Jesus Marçal Carneiro* - Doutor em Direito do Estado - PUC/SP, com especialidade em Direito Constitucional e Constitucional Econômico.
- Prof. Dr^a. *Suely Fadul Villibor Flory* - Doutora em Letras - UNESP, com especialidade em Metodologia da Pesquisa Científica e Comunicação.
- Prof. Dr^a. *Walkiria Martinez Heinrich Ferrer* - Doutora em Educação - UNESP, com especialidade em Metodologia do Ensino.

Professores convidados:

- Prof. Dr. *Francisco Pinto Rabello Filho* - Doutor em Direito do Estado - UFPR, com especialidade em Direito do Estado/Tributário.
- Prof. Dr. *Jonatas 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^a. *Maria Christina de Almeida* - Doutora em Direito Civil - UFPR, com especialidade em Teoria Geral do Direito Civil.
- Prof. Dr. *Nelson Borges* - Doutor em Direito - UFPR, com especialidade em Direito Obrigacional e Direito de Empresa.
- Prof. Dr. *Richard Paulo Pae Kim* - Mestre em Direito Econômico e Financeiro e Doutor em Direito Administrativo pela USP, com especialidade em Direito Obrigacional e Empresas.

INFRA-ESTRUTURA

- Salas de aula da Faculdade de Direito
- Salas de orientação de Dissertação
- Secretaria de atendimento do Programa
- Biblioteca
- Serviço de reprografia
- Equipamentos audio-visuais
- Restaurante e Cantina

INFORMAÇÕES E INSCRIÇÕES

Secretaria do Programa de Mestrado em Direito (Prédio da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-graduação) Bloco I - Campus Universitário - no horário das 14h às 18h e das 19h às 22h, de Segunda a Sexta-feira, no período previsto em edital.

Endereço:

Faculdade de Direito - Programa de Mestrado em Direito - Campus Universitário

Av. Higyno Muzzi Filho nº 1001 - CEP 17.525-902 - MARÍLIA - SP
Telefones: (14) 2105-4028

E-mail: mestradodireito@unimar.br - Secretária: Regina

DOCUMENTOS PARA INSCRIÇÃO

- Requerimento de inscrição fornecido pela Secretaria do Curso de Mestrado;

- Fotocópia autenticada do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação em Direito;
- Fotocópia autenticada do Histórico Escolar do Curso de Graduação em Direito;
- *Curriculum Vitae* devidamente documentado, conforme modelo disposto no edital de inscrição;
- Fotocópia autenticada dos documentos pessoais (RG, CIC, Título de Eleitor, Certificado de Reservista e Certidão de Casamento e/ou Nascimento);
- 01 fotografia 3x4 recente;
- Pré-Projeto de Dissertação, nos termos do Edital de inscrição.
- Pagamento do valor da inscrição.

PROCESSO DE SELEÇÃO

- PROVA ESCRITA DISSERTATIVA
- ENTREVISTA
- PRÉ-PROJETO DE DISSERTAÇÃO DO MESTRADO
- CURRICULUM VITAE

VAGAS

25 vagas

INVESTIMENTO

30 parcelas 1.200,00 corrigidas pelo IGPM (valor atual)

PREVISÃO DE ABERTURA DE INSCRIÇÕES

Maio e junho - 2007

SELEÇÃO

Junho e julho - 2007

INÍCIO DAS AULAS

Agosto - 2007

DURAÇÃO DO CURSO

24 meses

COORDENAÇÃO DO PROGRAMA

Profa. Dra. *Maria de Fátima Ribeiro* - Coordenadora

Profa. Dra. *Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira* - Vice-Coordenadora

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. Trabalhos de 10 a 30 páginas, com 30 linhas, no espaço 1,5 cm, margens de 2,5cm 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 (também em inglês) do trabalho deve ser conciso e indicar o conteúdo.
- b) Nome do autor (com chamada de rodapé, referente aos autores, deve-se constar o cargo, a disciplina que o 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 250 palavras. (NBR 6028/1990). Será seguido de indicação dos termos de indexação (palavras-chave). A tradução para o inglês formará o *abstract* e *key-words*.
- d) As referências do 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 Normas 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.

Exemplo:

COUTO, R.H.; Pereira, J.M.S. Estudo da polinização entomófila em Cucurbeta pepo (abóbora italiana). *Científica*. São Paulo, v. 18, p.21-9, 1990.

MENU, B. *La condition de la femme das l'Égypte pharaonique*. *Révue Historique de Droit Français et Étranger*. Paris, v. 67, n. 1, p. 3-35, jan/ mar. 1989.

Livros: Autores. Título da publicação, nº 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, 2001.

Sem autor expreso: 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, 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.

Citações:

1. “Especificar no texto a(s) páginas(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 NBR 10520, que os caracteriza”.

Exemplos: A proteção 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 ser 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 [...]” 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)

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.

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 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 utilizá-lo em outra edição.

