

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | 2019



**UNIPÊ**

Centro Universitário  
de João Pessoa

## EDITORIAL

A Revista Direito e Desenvolvimento, que é uma publicação semestral, estratificada no sistema como Qualis B1, conforme a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro Universitário de João Pessoa- UNIPÊ, lança o n.2, v. 10 (2019).

A temática desta edição foi livre, sendo no total 19 (dezenove) artigos científicos inéditos de doutores, como autor e/ou coautor com doutorando ou mestrando. Ademais, temos algumas publicações escritas, totalmente, na língua inglesa. Do total, mais de 84% dos artigos foram publicados por autores exógenos ao Estado da Paraíba.

A construção desse trabalho somente foi possível com a participação direta dos autores e avaliadores (por meio do sistema *Double Blind Review*, sendo todos doutores), tanto da própria Instituição, bem como exógenos (de várias regiões do Brasil).

Além do suporte técnico de Filipe Almeida, que ajudou ao longo do tempo com as indexações nacionais e internacionais, a diagramação e a criação.

Agradecemos também todo o apoio dado pelo Coordenador do PPGD/UNIPÊ (Prof. Dr. Glauber de Lucena Cordeiro) e o apoio de todos da família UNIPÊ/Cruzeiro do Sul.

Aos leitores, uma boa leitura!

**Prof. Dr. André Ricardo Fonsêca da Silva**  
**Profa. Dra. Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira**  
Editores da Revista Direito e Desenvolvimento  
Professores do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIPÊ

## **EXPEDIENTE**

### **Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ**

#### **Reitor:**

Prof. Dr. Renato Padovese

#### **Pró-reitora Acadêmica:**

Profa. Dra. Mariana de Brito Barbosa

#### **Editores:**

Prof. Dr. Andre Ricardo Fonseca da Silva

Profa. Dra. Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira

#### **Coordenador do PPGD/UNIPÊ:**

Prof. Dr. Glauber de Lucena Cordeiro

#### **Corpo Docente do PPGD/UNIPÊ:**

Prof. Dr. Alfredo Rangel Ribeiro

Prof. Dr. Andre Ricardo Fonseca da Silva

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de N. Deodato

Profa. Dra. Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira

Prof. Dr. Glauber de Lucena Cordeiro

Prof. Dr. Gustavo Rabay Guerra

Profa. Dra. Maria Marconiete Fernandes Pereira

Prof. Dr. Paulo Henrique Tavares da Silva

Prof. Dr. Rogerio Magnus Varela Gonçalves

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga

#### **Produção editorial:**

Núcleo de Publicações Institucionais (NPI)

#### **Coordenação editorial:**

Ms. Filipe Carvalho de Almeida

#### **Projeto gráfico e diagramação:**

Esp. Raiff Pimentel Félix Almeida

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

HOW CAN NUDGING SOLVE SOME OF THE INTERNET  
DATA PRIVACY ISSUES

CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS  
GIOVANNA MICHELATO ALMADA

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019

## HOW CAN NUDGING SOLVE SOME OF THE INTERNET DATA PRIVACY ISSUES

### COMO EMPURRÕES PODEM SOLUCIONAR ALGUNS DOS PROBLEMAS DA PRIVACIDADE DE DADOS NA INTERNET

Received: 12/06/2019  
Approved: 15/12/2019

Cinthia Obladen de Almendra Freitas<sup>1</sup>  
Giovanna Michelato Almada<sup>2</sup>

#### ABSTRACT:

The development of new technologies often arouses discussions concerning privacy rights. Consequently, when the Internet became popular and worldwide spread, user privacy concerns also began to arise. Therefore, with the emergence of the information society, the notion of user privacy became variable and has changed over time and according to the region. Consequently, its concept has been modified over the decades too. In 1890, privacy was defined as the right to be left alone. As time passed, the idea of privacy has changed and has become more and more multifaceted, as a reflection of intrinsic aspects of the society. Even with the volatility of this concept, privacy is a fundamental right, as well as essential for a citizen to use the Internet properly. Although it is a fundamental right, people tend to give up on their privacy because of functionalities on the Internet or exchange it for small rewards. However, users often do not have the knowledge about the exchanges or violations. In order to solve some of the Internet data privacy issues, Libertarian Paternalism may be used. Different researches were conducted by applying this theory in the data privacy sphere. By using *nudges*, it is possible to help people choose wisely how to protect privacy, or at least to give them the right amount of information and guide users to the best option.

**Keywords:** Privacy. Behavioral Economics. Libertarian Paternalism. Information Society. Information and Communication Technology.

#### RESUMO:

O desenvolvimento de novas tecnologias desperta frequentemente discussões sobre direitos de privacidade. Consequentemente, quando a Internet se tornou popular e disseminada em todo o mundo, preocupações com a privacidade do usuário também começaram a surgir. Portanto, com o surgimento da sociedade da informação, a noção de privacidade do usuário se tornou variável e mudou ao longo do tempo e o espaço. O conceito de privacidade vem sendo modificado ao longo das décadas. Em 1890, a privacidade foi definida como o direito de ser deixado em paz. Com o passar do tempo, a ideia de privacidade mudou e tornou-se cada vez mais multifacetada, como um reflexo de aspectos intrínsecos da sociedade. Mesmo com a volatilidade desse conceito, a privacidade é um direito fundamental, além de essencial para cidadãos usarem a Internet de

<sup>1</sup> Possui graduação em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Paraná, mestrado em Engenharia Elétrica e Informática Industrial pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná e doutorado em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. É Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR para os cursos de Direito (Direito Eletrônico; Direito e Informática; Propriedade Intelectual; Perícias e Laudos Técnicos; Fraudes e Crimes por Computador). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) em Direito (PPGD). Email: cinthia@ppgia.pucpr.br  
<sup>2</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada. Email: gmichelato@gmail.com

maneira adequada. Embora seja um direito fundamental, as pessoas tendem a abrir mão de sua privacidade por causa de funcionalidades na Internet ou trocá-la por pequenas recompensas. No entanto, os usuários geralmente não têm conhecimento sobre as trocas ou violações. A fim de resolver alguns dos problemas de privacidade de dados na Internet, o Paternalismo Libertário pode ser aplicado, visto que diferentes pesquisas foram realizadas aplicando essa teoria na esfera da privacidade de dados. Usando *nudges* (empurrões), é possível ajudar as pessoas a escolher sabiamente como proteger a privacidade ou, pelo menos, dar a elas a quantidade certa de informações e orientar os usuários sobre a melhor opção.

**Palavras-chave:** Privacidade. Economia Comportamental. Paternalismo Libertário. Sociedade da Informação.

**Classificação Journal of Economic Literature (JEL):** K10, K39 (Law and Technology).

## 1. INTRODUCTION

Human beings are creative, inventive, social beings, but not perfect. Because of this lack of perfectness, people tend to choose wrongly, even when trying to protect their interests. As a matter of fact, even when they are well informed, people tend to fail on achieving their preferred purposes for many reasons. This kind of inability happens in different fields of choice, even when protecting fundamental rights such as the right to privacy.

Behaviour sciences, for the past decades, try to understand how the human decision-making process is bounded by (ir)rational and systematic biases. Thaler and Sunstein understand that bad behavioural choices of humans are the reflection of cognitive limitations, biases, or habits (THALER; SUNSTEIN, 2009). As a solution for this flaw, the authors suggest that people must be *nudged* toward the best option – that would be the option that best fulfils one's interests.

The concept of *nudge* came from behavioural science and was reflected in different fields, such as political science, psychology and economics. In overview, Thaler and Sunstein define a *nudge* as:

(...) any aspect of the choice architecture that alters people's behaviour in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not. (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 6).

*Nudges*, therefore, are an indirect suggestion that would positively influence people's decision-making. Therefore, they are tools that should be used to provide more effective public policies, reducing governmental costs that a wrong choice may create (IGLESIAS, 2017).

The *nudge* theory has a crucial point that is directly related with privacy choices: most of the time, people tend to stick to what is offered as default, without investigating or even changing it to an option that would better fit their interests. One example is when installing new software, or even signing up for a new social network, people use the 'recommended' configurations, without thinking of what it means. People do not investigate what the 'recommended' configurations are, or which 'privacy policy' the website/software is using. They stick with the default.

In this perspective, a new phenomenon emerges, the ‘interpersonal privacy concerns’, which are the perceptions, interactions and behaviours that are not congruent with the real world.

While individuals are free to decide what personal information they disclose, they often cannot control what others disclose about them, or how others may use the private information that they disclose. Likewise, people may share information that involves others in ways that violate their privacy preferences. This becomes an increasingly significant privacy threat with the emergence of SNSs [social network sites], as the digitized social platform combines an individual’s self-disclosure with others’ disclosure of information about the individual, records the information in rather permanent fashion, and often presents the information publicly, making it accessible to and beyond one’s social circles (JIA; XU, 2015, p. 1).

Taking into consideration that privacy is the fundamental right for a citizen to enjoy the network potential (DONEDA, 2014; FORTES, 2016), behavioural science and the *nudges* can be an answer to some of the current privacy concerns that are being raised nowadays. To prove that, the present article will address: (i) how the personal data-privacy concept has evolved over the years; (ii) why the users cannot manage privacy; (iii) how the Libertarian Paternalism can satisfactorily address this matter.

So, knowing that although people have concerns about privacy, and also understanding that privacy must be protected, why do people tend to give up on this right in order to use the Internet? In order to address this question, the present article uses inductive reasoning, starting with the observation of theories involving behavioural economics and user data privacy, using indirect documentation, through bibliographic research. This allows us to draw a line between the concern regarding privacy and the *nudges* from the behaviour economics. And it is possible to draw a line between both areas, by understanding the premises.

Since behaviour economics addresses how people can be nudged towards a certain act or behaviour, this article tries to understand how this could be applied in the field of user privacy, in order to protect the user from possible threats. Another point that will be raised is related to the problem with the self-management of privacy by the users, once they are not fully aware of the problem and also do not have the technical knowledge.

## **2. THE RESHAPED PERSPECTIVE OF DATA PRIVACY IN THE INTERNET**

The discussion regarding the right to privacy is a consequence of the rise of new technics and technological instruments, since it may facilitate the access and, therefore, the disclosure of facts and information that were not showed to the public (DONEDA, 2014). This idea was first discussed by Warren and Brandeis, in 1890, when they addressed how photography, newspapers and other technological appliances had invaded the sacred realms of private, domestic life.

In this particular article, the authors brought the concept that privacy is the right “to be left alone” (WARREN, BRANDEIS, p. 195). Therefore, the right to privacy becomes directly related with the inviolability of personality protection, breaking the previous idea and linking with the protection of private property. However, the idea of privacy is not very accurate, being a reflex of the society and the relevant period of time (DI FELLICE; LEMOS, 2014).

Over time, the idea of privacy and, consequently, its protection has changed. In the 20<sup>th</sup> century, the change of the role of the States, aligned with technological revolution made the concept of right to privacy to change and spread. What was a right of a strictly

negative conception – since privacy was seen as if it was hiding something terrible – became a guarantee of individual control of their information, an assumption of any democratic regime (DONEDA, 2014). Therefore, this right acquired a positive conception and became a recognised international right – and matter of discussion (RODOTÀ, 2008).

In the 1970s, the discussion regarding privacy started to arise globally. Different legislations started regulating the right to privacy around the world, judicial decisions started to emerge, and an international Treaty was discussed among countries. In that specific time, the conception of privacy was that it was a projection of the individual personality and, therefore, legal protection was needed.

The first generation of data privacy regulations emerged as an answer to the electronic processing of data in governments and private companies. Also, at that moment there was a tendency of the creation of centralised databases in a unique database, management by national governments (AGREL; ROTENBERG, 1998).

The United States Government, in 1965, proposed the creation of a *National Data Center*, to manage the national budget and reduce costs (GARFINKEL, 2000). The idea was to create a unique data center that would eliminate the investments of other agencies in computer centers and data storage. However, this project was never materialised, since people started to fear the ‘power’ that the government would have because of this *National Center*. It would inflict directly on the American tradition of liberalism (DONEDA, 2006).

When technology allowed the storage and processing of data, a link between privacy and personal data protection was formed. The right to privacy started to change, as well as how it was presented. The expressions ‘information privacy’, ‘personal data protection’, ‘information self-determination’, etc., are now used to address this matter.

The second generation of data privacy regulations emerged from the necessity of changing the existing legislations. These legislations sought to expressly address the right to privacy and not only regarding data processing. The fear of a unified database was replaced by a fear of different databases spread worldwide, connected to each other and managed by public agencies and private companies. In this context, the right to privacy became regimented not only by ordinary law but also became a constitutional right. An example of this new legal approach is the existence of laws from Austria, France, Denmark and Norway.

However, the second generation of laws brought up a new controversial issue, related to the effectiveness of citizens’ consent and if there is a real exercise of the consumer freedom of choice, knowing that if a person refuses to provide his/her data, it may cause his/her social exclusion.

This fact brings the third generation of data protection laws, marked by the decision of the Federal Constitutional Court of Germany, which interpreted the German Federal Data Protection Law in consonance with the Fundamental Law of Bonn. The Court understood that all citizens had the right to the auto-determination of information, with the idea of users controlling their data (MARTINS, 2005).

The main difference between the second and third generations is related to the participation of the citizens in the data processing. In the third generation laws, the user takes part in the whole process, from the data collection to the data storage and sharing (MENDES, 2014).

In its turn, the fourth generation of normative laws tried to solve the problems regarding consent and remedies to data leaking (VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, 2010; BOTTA; 2010). Firstly, these laws aimed at making the users position stronger, making possible their effective auto-control over their data. As an example of this approach, there is the *no-fault compensation*



that addresses individual personal complains regarding data violation in Germany or Norway (MAYER-SCHÖNBERGER, 2001).

Secondly, it removed some data from the individual control, since the content of this particular data is so essential that must be extremely protected. Therefore, it could not be available at the disposal of an individual (SIMITIS, 1999). This type of treatment can be seen regarding '*sensible data*', that is, every data whose disclosure can result in private discrimination, such as information regarding sexuality, ethnicity, political opinions, religion, etc.

The data protection matter emerges in the information society as an alternative to protect the individual personality, against risks aroused with data processing (PARISER, 2012). The goal is to protect the person who owns the data and not the data itself.

As pointed out, the discovery of new technologies made data collection, data logging, data crossing, data organisation and data transmission possible, in a scenario that was never imagined. This technology has made it possible to gather valuable information of citizens, facilitating economic, political and social decision-making (ALCALÁ, 2005). The value of information is not only a matter of data storage capability but mainly by the possibility of 'creating' new information from data processing. In other words, the processing of previously stored data creates new information, without the need of a new collection. New data is created from existing data, regardless of its collection being directly from the user (DE LA CUEVA, 1999). One example is the *profiling* techniques, which are used to predict the decision-making of the consumers, workers and citizens in general – it can influence the consumption of people's choices.

In this scenario, there is a *tradeoff* between technology and privacy, since the enlargement of technology reduces personal privacy. Consequently, one may think that the only solution to restrain it is to prevent the development of information technologies. However, the most effective way of perusing this problem was pointed out by Simson Garfinkel. According to the author, the matter should be answered by the conception that the technological development must be sought concomitantly with the preservation of citizens privacy (GARFINKEL, 2000).

The way the Internet is organised makes users feel obliged to provide information, or even to do it without the full awareness regarding this act. Therefore, the 'solution' pointed out by Garfinkel is only possible if the users have the chance to preserve their privacy. However, unfortunately, consumers do not choose good options in general.

### 3. THE PROBLEM WITH PRIVACY SELF-MANAGEMENT

Although data privacy is a matter of concern for Internet users, there are many inconsistencies and contradictions regarding the way it is addressed. On the one hand, people feel entitled to protect personal and sensible information. On the other hand, users end up trading away some information for small rewards.

There is a simple and practical example for that. Usually, when a person needs to use an online service, social network, website, or even do a flight check-in, for example, he/she will need to sign in to this particular service. To do that, several fields will be required to be filled in, with information such as name, surname, date of birth, email, address, etc. As a way to facilitate the process, some websites offer a 'simplified' sign up, using the social network – mostly your Facebook account.

As previously pointed out, there were many scandals related to Facebook data leaking, such as Cambridge Analytica (LAPOWSKY, 2018; CONFESSORE, 2018; OSBORNE, 2018). However, the user keeps using this sign-up 'tool', as a form of saving time in the entering of

information. Most of the time, people do not even realise which information is being shared or even to whom. Moreover, these scandals are not restricted to social media, but also in an international sphere, regarding governmental surveillance (BOLZAN; NETO, 2014), such as those leaked by Wikileaks and Edward Snowden.

For Acquisti (2009), many social scientists had the assumption that people have decided on a particular preference for privacy and based in that preference started making coherent *tradeoffs* between privacy and other goals. However, this rationale is inaccurate, since humans are not as accurate as we presume, nor make good choices as it is expected.

Behaviour decision search and behavioural economics literature have found out systematic incongruences in consumer choices. Preferences, in general, are often liable and influenced by contextual factors. People create preferences based on how alternatives are framed, or even on how information is presented to the users – if any information is available. Also, choices will be made according to the comparisons they evoke, and according to the background of that particular individual with those alternatives.

It is important to notice that opt-in and opt-out are explicit consumer data collection architectures (SCOTT, 2013). In an opt-in program, a user must take action to have his/her data included in a list or database. An opt-in is essential if the user intends to be added to any kind of emailing list. Opting in usually occurs when someone signs up for a series of emails, such as an e-newsletter or coupons for specific products. An opting out program forces users to take an action in order to be removed from the advertisers' lists or databases used to target advertisements to the individual user tastes. By default the user data is included in a list or database. This architecture causes privacy violation because brands, consumers, and third parties are more likely to suffer, should websites and tech platforms become subject to opt-in architectures. Systems that are not reliable or based on misunderstanding may reduce the number of potential users, which reduces the availability of user data. A reduced user data makes it more difficult for the business to offer broad, personalized services, which in turn leads to less use by advertisers. The opt-in consumer data collection architecture has been the path taken by current legislations on the protection of personal data. And, "the browser-level opt-in must be combined with legislative efforts to make data collection, retention, and disclosure practices more transparent" (SCOTT, 2013, p. 287).

Privacy consequences are not easily estimated or cannot be easily seen in advance by the users. The main reason for that is that many effects can influence and even distort the way it is valued. Therefore, the concern or the value of data protection is postponed and even distorted by the consumer. In most of the cases, the users start caring about it, after this right is violated and the data has been leaked out – and once it happens, it would be very hard to constrain or reverse the leaking.

Privacy decisions often involve the balance between control over what is shared and the costs and benefits of sharing or hiding some personal information. These *trade-offs* became a subject of study of a field of economy, denominated 'privacy economics'. Privacy economics deals with these trade-offs, by trying to "understand, and sometimes quantify, the costs and benefits the data subjects (as well as potential data holders) bear or enjoy when their personal information is either protected or shared" (ACQUISTI, 2009). Also, it tries to understand "how to use market mechanisms, technology or policy to achieve a desirable balance between information revelation and protection, with the satisfaction shared among the individuals, organizations, and society" (ACQUISTI, 2009, p. 72).

In 2004, Acquisti started a research that consisted on the application of theories and methodologies from behavioural economics and behaviour decision to understand de privacy decision-making matter. He focused on the cognitive and behavioural biases, from risk

aversion to immediate gratification. In his research, he found out the need for “more substantial theories to understand how challenges and hurdles affect the way we make decisions about our personal information”. These difficulties, for instance, may come from several factors such as: “inconsistent preferences and frames of judgment”; “information about risks, consequences, or solutions inherent to provisioning (or protecting) personal information”; “bounded cognitive abilities that limit our ability to consider or reflect on the consequences of privacy-relevant actions”, etc. (ACQUISTI, 2014)

The rational choice theory defends that people will maximise their utility over time, making choices based on their previous experiences and, therefore, minimizing the chance of errors. However, humans are known for making bad decisions – and this fact is reflected in the privacy field.

The way people tend to make choices regarding privacy are directly affected by incomplete and asymmetrical information. This means that the individual that is the subject of data collection knows less than the data collectors. In other words, the data holders have more knowledge about the magnitude of data collection and how it will be used, and its implications.

The way that Internet is shaped, the way data is collected and used has changed all the way society is built in. This change resulted in many consequences that people cannot understand and, therefore, are not able to consider in their entirety (ACQUISTI, 2008). This lack of ‘view’ of the whole picture is called *bounded rationality*, since humans often replace rational decision-making methods with simplified mental models and heuristics (THALER, SUNSTEIN, 2009).

However, even if the access to all this information were made possible, the users may not choose the best way possible. Many behavioural anomalies and biases make people chose differently from the predicted by rational choice theory (CAMERER; LOEWENSTEIN, 2002).

Users relying upon incomplete information make privacy choices. Personal control over the information sphere is at least not determinate, or even not imitated (POSNER, 1978). An example given by Acquisti and Grossklags is that information asymmetries “often prevent a subject from knowing when another entity has gained access to or uses their personal information”. Consequently, the subject may not have the full knowledge about the potential consequences of the privacy violation.

However, exercising control over the private data in the context of big data is challenging – there is an enormous amount of data being collected every day (INSTITUTO DE TECNOLOGIA & SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO, 2016). In this context, the user has none or very little control over which data is being collected, stored and shared.

#### **4. NUDGING: THE LIBERTARIAN PATERNALISM SOLUTIONS**

As already presented, users have vague and limited information on the actions one can take in order to protect one’s data. In the same way, they have a restricted knowledge regarding the actions that data collectors are making in order to hold one’s data. Also, the consequences are complicated to predict. One of the reasons is that problems will be only visible in the future, after they occur – and, because of that, some actions are not available yet. However, some individuals ignore privacy risks and the protection actions one can make, even when they are aware of them. This is often miscalculated, making the user choosing wrong.

As an answer to this ambiguities, uncertainties and bad choices, the Libertarian Paternalism can be a solution. Firstly, it could help individuals understand risk and deal with

bounded rationality. Secondly, it can be used in framing and heuristics. Moreover, lastly, in other systematic biases, as it will be shown.

Knowing that users have difficulties on identifying outcomes related to privacy issues, the best form of protection is Libertarian Paternalism, which can help to ‘protect’ these users. Public policies emerge in order to demand some protection standards. However, it is important to stress out that giving more information does not mean that individuals will be able to process it – and this is more difficult since data privacy information is very complex and specialised.

It is in this context that Libertarian Paternalism presents a solution. In 2005, Acquisti and Grossklags applied a survey regarding individual privacy attitudes and behaviour. They found out that a number of the participants combined security and privacy issues when reported the feeling that their privacy was protected by merchants who offered SSL connections to complete online payments. In the same way, when there was a privacy policy, users felt more secure, regardless of its content. Also, if a website has a security seal, people tend to interpret it as trustworthy (ACQUISTI; GROSSKLAGS, 2005).

Researchers found out that even when information regarding the dangerous behaviour of computer programs are presented, such as spyware, individuals not always abort the installations (GROSSKLAGS, 2007). However, it was found that presenting some additional information may influence the choice-process, making users think twice before deciding.

It is also important to understand that the way the matter is *framed* influences directly how the person responds to it. Acquisti and Grossklags (2005, p. 30) found out that there is a direct impact on the willingness of a person to “accept or reject a marketer’s privacy-related offer when the consequences of the offer are re-framed in uncertain and highly ambiguous terms”. Hence, the most effective strategy is to convince consumers before they give personal information (ACQUISTI; GROSSKLAGS, 2008, p. 370). A research conducted by Good *et al.* found out that advice given in a vaguer language is considered less intrusive and, therefore, more effective, when advising on this matter (GOOD, 2006).

Several *heuristics* can guide people in the individual decision-making process better than the rational choice process. As shown by Thaler and Sunstein, people tend to *anchor* on a specific valuation of a good or service, and then re-adjust according to new information discovered. Differently from other goods or services, people have difficulties in pricing their information. However, once the individual has found the price “it is likely that the consumer’s valuation of their data will hereafter orbit around that value” (ACQUISTI; GROSSKLAGS, 2008, p. 8). When individuals realise that their data has been given, they tend to assign a higher selling price than the buyer value. There is also the fact the individuals often accept small rewards.

The application of *nudges* may enhance the exercise of privacy rights. Several researches made in the United States found that different designs of privacy *nudges* might have a positive impact on how users use online platforms (JIA; XU, 2015).

Iglesias points out one example of nudge, made by Mozilla Foundation. In February 2013, they released a Firefox updated patch for its privacy settings, with the assumption that users would stick with the default option. The default would forbid third parties’ cookies to be accepted while browsing the Internet. Knowing that users seems to stick with the default options, this patch increased positively the individual’s privacy, since only the websites that were indeed visited will have their cookies allowed.

Cookies<sup>3</sup> are an Internet tracking method applied by the browser during an open session between the browser and the server in HTTP protocol (Hypertext Transfer Protocol) (CASTELLUCCIA, 2012, p. 23). But there are currently many tracking methods on the Internet

<sup>3</sup> A cookie is a piece of text stored by a user’s web browser and associated to a HTTP request. A cookie consists of one or more name-value pairs containing bits of information and is set by a web server.

that collect data and penetrate user privacy: “[t]he broader the Internet activity becomes, the more intense the involvement of the site owners, as well as third parties who can make money by sharing information collected by them regarding the users” (CARMI; GOLAN; BOUHNİK, 2016, p. 201).

On the other hand, despite the user privacy violation brought by cookies, they grant a lot of advantages to the site developer, the advertiser and the publisher, including the users that have a quick website access. Some of the Internet site operations are not possible without cookies, such as online ordering, Internet site tracking and identification of users. Moreover, tracking users locations and time spent surfing on the site can assist on making changes in order to improve the user experience and modify contents, thus increasing the probability of the user’s return. So, ICT companies can provide various techniques and methods for online tracking.

Moreover, there is the possibility of an *Audience Nudge* tool, developed by Carnegie Mellon and Syracuse Universities, in order to allow social network users to consider who is able to see their posts. The tool works in a way that displays five random profile pictures from your friends or followers list, as a reminder of the potential audience for the post (WANG, 2013).

It is important to notice that profiling refers to computational methods and techniques applied to personal data or not collected from Internet users or other systems. And in the Big Data era, there is no absence of data to be collected and processed. Profiling techniques aim to determine what is relevant within a given context. Moreover, these techniques help in statistical representativeness, that is, in determining the quality of a sample constituted to correspond to the population in which it is chosen. That is, it seeks to generalize from a sample of individuals and their respective interests. There are many profiling definitions and some of them are relevant to this paper: “[t]he act or process of extrapolating information about a person based on known traits or tendencies, e.g. consumer profiling” (FERRARIS, et. al., 2013, p. 6). And, “profiling is the act of suspecting or targeting a person on the basis of observed characteristics or behaviour, e.g. racial profiling” (FERRARIS, 2013, p. 6).

Profiling is a process of construction of a series of information (a profile), which is then applied to something or someone (individual or group) by techniques of data elaboration (FERRARIS, 2013, p. 6). The data elaboration mentioned is data collecting and processing by computers and computational systems. Profiling can also be defined as a new way of knowing that makes visible the patterns that are invisible to the human eye.

Syracuse University scholars have also developed another type of *nudge design*, this time to encourage users to reflect on what has been written on networking platforms. The main objective of this *nudge* is to make users reflect about what is being posted, in a way to prevent disproportional outcomes:

When a user starts typing a status update or comment, a message with a yellow background appears stating, “You will have 10 seconds to cancel after you post the update.” After the user clicks the “Post” button, the user is given the option to “Cancel” or “Edit” the post during a ten-second countdown before the post gets published on Facebook. There is also an option to circumvent the timer by clicking a “Post Now” button. (WANG, 2013, p. 1321)

Although this *nudge* had some positives outcomes, some participants ignored the notices after some days.

Another research conducted by Carnegie Mellon University found that people pay more attention to personal data shared by online apps when they are told about it. In other words, people tend to understand the privacy issue, or at least how data is being collected, if it is showed in real time. This study focused on understanding if permission managers are

efficient, when combined with privacy *nudges*. In order to do that, the application *AppOps* released notices about the quantity and the way different third parties received the data. As a result, users found out that the data was shared even more than imagined (SPICE, 2015). <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2013/12/19-Wang-Leon-Chen-Komanduri-Norcie-Scott-Acquisti-Cranor-Sadeh.pdf>

All these nudges are practical examples on how Libertarian Paternalism could be used. However, as in other areas where this theory is applicable, there are some questions raised. Cristian Schubert (2016) rises ethical questions of *nudges* that may be applied in the data privacy area too. In the first place, Schubert asks whether *nudges* will increase people's well-being. Secondly, if *nudges* will affect personal *autonomy*. In the third place, he questions if the *nudge* may affect people's integrity. And lastly, if there are practical applications.

These questions must be answered in the most beneficial way possible. The most adequate answers will provide a *nudge* design that could be as effective as possible, considering its positive and negative effects in the long term.

## 5. CONCLUSION

It is a fact that as the use of technology increases, the problem with privacy will certainly increase too. This matter on Internet does not deal only with the fact that humans do not make good choices. The problem is that users do not have the technical knowledge to solve these problems.

Therefore, the Libertarian Paternalism may be the answer to protect users and help them make good choices. However, there will be questions to be answered, regarding the *nudges*, which are the same questions brought by the Libertarian Paternalism criticism. Who will be the one to consider one privacy policy the 'best' one?

Even with these questions, the use of the *nudges* may improve policy decision making and technology design for end users. Using this economic theory, people would be able to use the Internet, the social networks and other online services without the risk of violating their fundamental right of privacy. With this overview, people will be able to choose if they want to disclosure personal data and have the knowledge on how this information is being shared.

## REFERENCES

ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. Privacy and Rationality in Individual Decision Making. **IEEE Security & Privacy Magazine**, January/February, 2005, p. 24-30. Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE). Available at: <<http://csis.pace.edu/~ctappert/dps/d861-09/team2-3.pdf>>. Access on 08 June 2019.

ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. What Can Behavioral Economics Teach Us about Privacy? In: ACQUISTI, Alessandro et al. **Digital Privacy: Theory, Technologies and Practices**. London: Auerbach Publications, 2008.

ACQUISTI, Alessandro. Nudging Privacy: The Behavioral Economics of Personal Information. **IEEE Security & Privacy Magazine**, [s.l.], v. 7, n. 6, p.72-85, nov. 2009.

ACQUISTI, Alessandro. Privacy in electronic commerce and the economics of immediate gratification. **EC '04 Proceedings of the 5th ACM conference on Electronic commerce**. New York: ACM Press, 2014.

AGREL, Philip E.; ROTENBERG, Marc. Technology and privacy: the new landscape. **Harvard Journal of Law & Technology**, Cambridge, v. 11, n. 3, Summer 1998, p.871-880.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005**, t. II, Konrad Adenauer Stiftung.

BOLZAN, José Luiz; NETO, Elias Jacob de Menezes. A Insuficiência do Marco Civil da Internet na Proteção das Comunicações Privadas Armazenadas e do Fluxo de Dados a Partir do Paradigma de Surveillance. In: Leite, George Salomão, Lemos, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. Atlas, 09/2014.

BOTTA, Marco; VIOLA, Mario. La protezione dei dati personali nelle relazioni tra UE e USA: le negoziazioni sui trasferimento dei PNR' (2010), **Diritto dell'informazione e dell'informatica**, Vol. 26, no. 2.

BVefGE 65, 1, Volkszählung. Ver MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

CAMERER, Colin F.; LOEWENSTEIN, George. **Behavioural Economics: Past, Present, Future**. 2002. Available at: <<http://people.hss.caltech.edu/~camerer/ribe239.pdf>>. Access on 08 June 2019.

CARMI, Golan; BOUHNİK, Dan. Functional Analysis of Applications for Data Security and for Surfing Privacy Protection in the Internet. **International Journal on Recent and Innovation Trends in Computing and Communication - IJRITCC**, Vol. 4, Issue 7, July 2016,

CASTELLUCCIA, Claude. Behavioural Tracking on the Internet: A Technical Perspective. S. Gutwirth et al. (eds.), **European Data Protection: In Good Health? – Chapter 2**. Springer Science+Business Media B.V., 2012.

CONFESSORE, Nicholas. Cambridge Analytica and Facebook: the scandal and the fallout so far. **The New York Times**. 04 abr. 2018. Available at: <<https://nyti.ms/2GBQ4Lm>>. Access on 08 June 2019.

DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. La construcción del derecho a la autodeterminación informativa. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, 104, (Nueva Época), Abril/Junio 1999.

DI FELLICE, Massimo; LEMOS, Ronaldo. **A Vida em Rede**. São Paulo: Paprius, 2014.

DONEDA, Danilo. A proteção da privacidade e de dados pessoais no Brasil. **Observatório Itaú Cultural: Direito, Tecnologia e Sociedade**, Rio de Janeiro, ed. 16, p. 136-149, jan/jun 2014.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FORTES, Vinicius Borges. **Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na Internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GARFINKEL, Simson. **Database National: the death of privacy in the 21th century**. California: O'Reilly Media, 2000.

GOOD, Nathaniel, et al. **User Choices and Regret: Understanding Users' Decision Process About Consensually Acquired Spyware**. *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 2, No. 2, pp. 283-344, 2006. Available at: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2262437>>. Access on 08 June 2019.

GROSSKLAGS, Jens; et. al. Noticing notice: a large-scale experiment on the timing of software license agreements. *Proceedings of SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, 2007. Available at: <[http://people.ischool.berkeley.edu/~jensg/research/paper/Grossklags07-CHI-noticing\\_notice.pdf](http://people.ischool.berkeley.edu/~jensg/research/paper/Grossklags07-CHI-noticing_notice.pdf)>. Access on 08 June 2019.

IGLESIAS, Daphnee. **Nudging Privacy: benefits and limits of persuading human behaviour online**. Available at: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Daphnee-Iglesias-.doc-B.pdf>>. Access on 08 June 2019.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA & SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO). **Big Data no projeto Sul Global: Relatório sobre estudos de caso**. Rio de Janeiro: Its Rio, 2016. Available at: <<http://itsrio.org/projects/big-data-in-the-global-south-project-report-on-the-brazilian-case-studies/>>. Access on 08 June 2019.

JIA, H. and XU, H. **Interpersonal Privacy Nudges for Promoting Privacy Protective Behaviors on Social Network Sites**. Available at: <[http://cs-sys1.uis.georgetown.edu/~sz303/PIR2015/pir\\_submission/pir2015\\_submission\\_5.pdf](http://cs-sys1.uis.georgetown.edu/~sz303/PIR2015/pir_submission/pir2015_submission_5.pdf)>. Access on 08 June 2019.

LAPOWSKY, Issie. Facebook exposed 87 million users to Cambridge Analytica. **WIRED**. 04 abr. 2018. Available at: <<https://bit.ly/2IUlptC>>. Access on 08 June 2019.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Generational development of data protection in Europe. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc. **Technology and privacy: the new landscape**. Cambridge: The MIT Press, 2001.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

OSBORNE, Hilary. What is Cambridge Analytica? The firm at the centre of Facebook's data breach. **The Guardian**. 18 mar. 2018. Available at: <<https://bit.ly/2prhWXb>>. Access on 08 June 2019.

PARISER, Eli. **O filtro invisível: O que a Internet está escondendo de você**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.



POSNER, Richard A. An economic theory of privacy. **Regulation: AEI Journal on Government and Society**, [S.L.], v. 2, n. 4, p.19-26, May/June 1978. Bimonthly. Available at: <<https://www.cato.org/pubs/regulation/regv2n3/v2n3>>. Access on 08 June 2019.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Trad. Danilo Doneda; Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCOTT, Erica M. Protecting Consumer Data While Allowing the Web to Develop Self-Sustaining Architecture: Is a Trans-Atlantic Browser-Based Opt-In for Behavioral Tracking the Right Solution? **Global Business & Development Law Journal**, Vol. 26, p. 285-313, 2013.

SCHUBERT, Cristian. A note on the ethics of nudges. VOX, 22 January 2016. Available at: <<http://voxeu.org/article/note-ethics-nudges>>. Access on 08 June 2019.

SIMITIS, Spiros. **Revisiting sensitive data**: review of the answers to the questionnaire of the consultative committee of the convention for the protection of individuals concerning automatic processing of personal data (ETS 108). Strasbourg, 24-26 November 1999. Available at: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806845af>>. Access on 08 June 2019.

SPICE, Byron. Study Shows People Act To Protect Privacy When Told How Often Phone Apps Share Personal Information. CMU News, Carnegie Mellon University, 23 March 2015, p. 3. Available at: <<http://repository.cmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1335&context=heinzworks>>. Access on 08 June 2019.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa: Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

V. Ferraris, et al., **Defining profiling**. United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI), [e-book], 2013, [www.unicri.it/news/files/Profiling\\_final\\_report\\_2014.pdf](http://www.unicri.it/news/files/Profiling_final_report_2014.pdf) (accessed 23 February 2018), p. 6.

VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, Mario. Privacy, Security and the Council Framework Decision 2008/977/JHA. **World Jurist Association Law and Technology Journal**, v. 43, p. 1-18, 2010. Available at: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1666140](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1666140)>. Access on 08 June 2019.

WANG, Y. *et al.* From Facebook Regrets to Facebook Privacy Nudges. Heinz College Research, Carnegie Mellon University. **Ohio State Law Journal**, 74, 1307-1335. Available at: <<http://repository.cmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1335&context=heinzworks>>. Access on 08 June 2019.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. IV, n. 5, 1890.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

LEGAL ASPECTS OF TECHNICAL ASSISTANCE IN  
URBAN LANDHOLDING REGULARIZATION PROVIDED  
FOR IN THE BRAZILIAN LAW 11888/2008 AND ITS  
IMPACT IN THE STATE OF PARAÍBA, BRAZIL

GEORGE BARACUHY CRUZ VIANA  
EDSON RICARDO SALEME

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019

# LEGAL ASPECTS OF TECHNICAL ASSISTANCE IN URBAN LANDHOLDING REGULARIZATION PROVIDED FOR IN THE BRAZILIAN LAW 11888/2008 AND ITS IMPACT IN THE STATE OF PARAÍBA, BRAZIL

## ASPECTOS JURÍDICOS DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA NA REGULARIZAÇÃO URBANA DE TERRENOS PREVISTOS NA LEI BRASILEIRA 11888/2008 E SEU IMPACTO NO ESTADO DE PARAÍBA, BRASIL

Received: 17/10/2019  
Approved: 13/12/2019

George Baracuhy Cruz Viana<sup>1</sup>  
Edson Ricardo Saleme<sup>2</sup>

### ABSTRACT:

This paper analyzes the role of the state in its mission of ensuring the existence of sustainable cities with adequate housing and meeting the standards set by current legal dictates. For this purpose, firstly, the right to housing guaranteed by the current Constitution, in its article 6 *caput*, is assessed as one of the most basic needs of the individual, considered a fundamental right since 1948 by the Universal Declaration of Human Rights. This paper also investigates the guarantee of decent housing for the citizen is effective, as provided for in the City Statute, Law No. 10257, 2001, especially with the publication of Law n. 11.888 /2008, which guarantees free public assistance in the project and construction of social housing for low-income families. This rule regulates the hiring of professionals who, while preserving their urban legislation, ensure compliance with an adequately sustainable environment. This article will use the hypothetical-deductive method and the bibliographic research methodology.

**Keywords:** Technical assistance. Law n. 10.257/2001. Law n.11.888/2008. Sustainable cities. Right to housing.

**(JEL) R52 - Land Use and Other Regulations**

### RESUMO:

Este artigo analisará o papel do Estado em sua missão de garantir a existência de cidades sustentáveis com moradias adequadas e que atendam aos padrões estabelecidos pelos atuais ditames legais. Para tanto, em primeiro lugar, avalia-se aqui o direito à moradia, garantido pela atual Constituição, em seu artigo 6º *caput*, como uma das necessidades mais básicas do indivíduo, considerado um direito fundamental desde 1948, pela Declaração Universal de

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos. Pós-Graduado em Direito Eleitoral pela Escola Superior da Advocacia de Pernambuco - ESA-PE (2015). Email: gbcviana@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (1998). Atualmente é professor permanente do Curso *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado) em Direito Ambiental Internacional na Universidade Católica de Santos, líder do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental das Cidades.. Na graduação leciona na Unisantos e na Universidade Paulista ; professor de especialização da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, do IPOG, INOREG e Notável. Email: ricasal@uol.com.br

Direitos humanos. Em seguida, aqui se investiga como se efetiva a garantia de moradia digna para o cidadão, conforme previsto no Estatuto da Cidade, Lei nº 10257, 2001, especialmente com a publicação da Lei nº 11.888/2008, que garante assistência pública gratuita no projeto e construção de moradias de interesse social para famílias de baixa renda. Essa regra regula a contratação de profissionais que, ao mesmo tempo em que preservam a respectiva legislação urbana, garantem a conformidade com um ambiente adequadamente sustentável. Este artigo utilizará o método hipotético-dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Assistência técnica. Lei 10.257/2001. Lei 11.888/2008. Cidades sustentáveis. Direito à moradia.

## INTRODUCTION

Living goes beyond residing. The act of residing also comprises the place where the individual keeps his intimacy and his private relationships, in addition to develop his family life. The right to housing is broad and includes interpretations that escape a single focus analysis.

The right to a physical space, limited by the dimensions of the property, is the most primitive conception offered to the idea of “housing”. Its recognition in several developments is the result of relevant achievements in different aspects of extralegal nature. The problems surrounding the theme are numerous and have been the subject of fierce discussions including the housing deficit and landholding exclusion, among many others, existing not only in Brazil, but all over the world, and depending upon the direct action of the State, such as social programs, public policies, policy publishing and administrative acts, to make existing legal provisions tangible.

Given the essence of the right to housing, since it is inherent in the most common needs of man, the search for its fulfillment is of paramount importance. This is really fundamental for this right to be conceived in its entirety, as the right to housing unfolds into other constitutional guarantees and derives from relevant constitutional principles. Based on this this statement, the representative to the Constitutional Convention set forth articles 182 and 183 in order to establish key-points at Chapter II of Title VII from Brazilian Federal Constitution, which address urban policy.

The legal provisions abovementioned were regulated by Law No. 10257 from 2001, which inaugurated a series of regulations with urban content and innovative formulas in terms of the social function of property, decent housing for less affluent social classes, urban mobility, municipalities with high rainfall and possibility of landslides, among other aspects that are filling essential gaps in terms of individual and collective interests.<sup>3</sup>

There are also other elements being considered regarding occupation of real estate for housing purposes, such as urban issues (own infrastructure), appropriate urban mobility road system, concern for environmental issues and so many other rights and guarantees to be properly secured.

In this sense, the aforementioned Law n. 10.257, of 2001, called the City Statute, established in art. 2, III, as one of its general guidelines, “the cooperation between governments, private initiative and other sectors of society in the process of urbanization, in order to meet

<sup>3</sup> In addition to the City Statute (Law No. 10257 of 2001) we can mention: Law No. 12587 of 2012 (Urban Mobility); Law No. 12608 of 2012 (Lei do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil, a Brazilian law establishing a national system for protection and civil defense); Law No. 11977, 2009 (Minha Casa Minha Vida, a Brazilian government housing programme) and Law No. 13465, 2017, which provided for urban landholding regularization.

social interest”; rules directed to the use of urban property for the collective good, in addition to citizens safety and welfare, taking into account the important environmental balance. List in its art. 4, among legal and political institutes, sub-paragraph V, “r”, the “free technical and legal assistance for less privileged communities and social groups.”

In order to comply with the social right to housing provided for in art. 6 of the Brazilian Constitution, and considering the provisions of the clause “r”, sub-paragraph V, art. 4, *caput*, of Law n. 10.257 of 2001, which regulates the articles 182 and 183 from the Federal Constitution, the Law n. 11.888, of 2008, was published, assuring low-income families free public technical assistance for the design and construction of their first habitations.

According to José dos Santos Camargo Filho (2013, p. 86), there are two types of assistance: one is the technical assistance, which provides information and technical assistance for architectural housing projects, and the other is the legal assistance, which ensures the provision of information and legal guidance capable of providing advice to this part of the population that does not have access to these data.

This set of urban regulations assures the materialization of technical assistance concerning the right to housing, as can be understood from the reading of the legal provisions. They are not programmatic or ineffective regulations. Its provisions aim at the rational use and harness of the built area and its surroundings. It also provides for the use of human, technical and financial resources to be employed in building design and construction. These are services which, according to the art. 3, *caput*, of the regulation, are “permanent and free services of technical assistance in architecture, urban planning and engineering.”

Is it possible to state, therefore, that housing public policies are effectively attentive to the provisions of Law n. 11.888 of 2008? Are there currently free technical assistance services in architecture, urban planning, engineering and landholding regularization of housing?

This paper will investigate whether there is, in fact, compliance with these regulations, a result of arduous social struggles, with a view to the realization of the right to housing and the required assistance. To that end, it will be conducted a search for legislation, documents, political analyzes and articles on the subject in the specialized bibliography. The deductive method of approach was applied, starting from a broad perspective, that is, the right to housing guaranteed in Brazilian Constitution, to address the theme more specifically: the performance of Brazil, through the publishing of Law n. 11.888 of 2008, as a way of securing this right in a safe and dignified manner.

## 1. THE RIGHT TO HOUSING AS A SOCIAL RIGHT

The Brazilian Federal Constitution, in its article 6, lists the right to housing as a constitutional guarantee of social nature, being on the same level as the right to health, safety, protection of motherhood and childhood, assistance to helpless people, to work, leisure, social security and other rights assured there.

Initially absent in the body text of Article 6 from the Constitution, the right to housing is considered a social guarantee. Later, through Constitutional Amendment No. 26 of February 14, 2000, it became expressly stated. The correction of this constitutional omission was taken for granted, since its absence was already observed in several provisions and its text, indirectly, already referred to the right to housing as something always present, namely: Article 7, which address the right of workers to have an income capable of financing their most basic consumption, including housing; Article 21, sub-paragraph XX, and Article 23, sub-paragraph

IX, which address the jurisdictions for promoting housing programs; and Article 183, which, in turn, already provided for housing, when dealing with adverse possession.

Considering the present legislation (LEMOS JR and OLIVEIRA) about right of housing it should be considered that [...] in the area of development, between wealth and poverty and development and underdevelopment, the various countries necessarily reflect the possibilities of each one to offer a justice system [...] in the form of legislations.

The protection of the right to housing is inherent in the principle of dignity of human person, since there is only a dignified life if there are appropriate conditions to keep the minimum standards for maintaining habitability.

It should be noted that, in addition to these guarantees, Brazil is a signatory to several international agreements that, when the Constitutional Amendment 26/2000 was created, guaranteed the right to housing. Other signatory states have already been obliged to guarantee several rights including decent housing.

Regarding these international acts, the Universal Declaration of Human Rights of 1948 stands out, once its article XXV already states that:

Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control (UDHR, 1948).

This fundamental right was included in other international documents, such as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, promulgated by Decree n. 591 of July 6, 1992. In its article 11, it states that member states recognize the right to decent housing and encourages the adoption of public policies:

The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent (Decree n.591, 1992).

Article 3 establishes that “The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights set forth in the present Covenant.”

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights was one of the main international documents that favored the explicit inclusion of the right to housing in the current Constitution. The effectiveness of this right requires considerable budgetary efforts and political will in this regard, since its implementation must involve several elements, among which the acquisition of adequate area for the inclusion of urban equipment.

Among the important instruments ratified by Brazil contributing to the accomplishment of this important task of materializing the right to housing, one can list directly: Agenda 21 on the Environment and Development; the Vancouver Declaration on Human Settlements; the Istanbul Declaration on Human Settlements, together with the Habitat Agenda, resulting from the second United Nations Conference on Human Settlements, held in 1996 in Istanbul, Turkey. Also, the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; Convention on the Rights of the Child, which address, even indirectly, the right to decent housing.

The Brazilian Constitution, Justice and Drafting Commission (Comissão de Constituição, Justiça e Redação), in its report from 2018, has corroborated the influence of manifestations guaranteeing the right to housing that occurred internationally, it is possible to see the importance and relevance of the subject being discussed:

The matter referring to the right to housing has been the object of access to polarized social debate at both national and international levels. Forums, trade associations, governmental and non-governmental entities have been meeting in recent years to prepare for the largest meeting ever on the topic: the Habitat II Conference convened by the United Nations (UN) and held from June 3 to 14, 1996.

For this event, Brazil was appointed rapporteur for the Habitat Agenda (conference letter of intent) addressing the “right to housing.” Brazil had the difficult task of justifying, with regard to countries such as Japan, United States and Korea (which are contrary to the inclusion of this term on the agenda), the urgent need to recognize housing as a social right. Brazilian active participation in such an important worldwide event puts us in a delicate position, especially when there is, in the midst of an eminently critical situation in Brazilian urban areas, a gap in the Federal Constitution itself, which does not recognize housing as a real right, such as health, leisure, work, etc. Even more delicate is the situation in Brazil when, having heard about the Conference, “homeless” from all over the country, already well organized, threaten to “increase land occupations” on the outskirts of large cities - as one reads in the most renowned newspapers from the country.

The current housing conditions of thousands of Brazilians are depressing and constitute a real “social sore” for most of the country’s metropolises. Therefore, it is urgent to start a process of recognition of housing as a basic cell, from which are developed other citizen rights, already recognized by our Constitution: the right to health, work, safety, leisure, among others. Without housing, the individual loses his identity, essential to the development of his activities as a social and productive being, impoverishing and becoming marginalized. With him, invariably impoverishes the Nation. (CCJ, 2019)

Brazilian law includes the issue of right to housing in the field of social rights. Considering the problems the country faces and the size of its territory, it must guarantee housing, eradicate poverty and guarantee the dignity of the human person. All these commitments are imposed by regulations as fundamentals and principles the country must comply with promptly. They are recognized as immediately applicable, as indicated in the text of art. 5, paragraph 1, of the Brazilian Federal Constitution.

It is relevant what Benacchio and Cassetari (2014; p.48-71) asserted, when they stated that the human right to housing is not only realized through the assignment of right to property. There may be other situations legitimizing the use of physical space for this purpose, such as renting and social rent, use of collective spaces, among other modalities intended for the legal security of the occupation.

Brazil has continental dimensions and relevant justifications to not comply with some obligations, such as unfavorable weather conditions, accessibility, size, poverty, among others, and to the problems of social nature it faces. Social inequality, due to the absence of effective public policies, coupled with globalization, which aggravates the issue of poverty, contribute to the housing problem in both urban and rural areas.

Given this problem, it is really true what NALINI (2014, p. 3-10) states about the fact that ensuring housing for all its inhabitants is one of the biggest challenges of the metropolises. The author still states that “[...] the phenomenon of urbanization was not planned. A few decades ago, most Brazilians lived in the countryside.”

The author goes on, saying that there is no shortage of laws. The problem is eminently cultural: if the guiding principle of the Constitution is the dignity of the human person and

it promises welfare, development, equality and justice as supreme values, other regulations, among them the City Statute, which detailed all these housing principles, there is no doubt that what is lacking to its materialization is “will and courage”.

Another important aspect, noted by TORRES (2009, p. 192), is the question: is housing a social or fundamental right? The answer given by the jurist is that for homeless and homeless housing, it is a fundamental right. It is part of the existential minimum, and the obligation of the State must be inexorable regarding its fulfillment. In turn, popular housing or even middle-class housing, which becomes social rights dependent on subsequent public policies are seen under a different light.

In this sense, Brazil has made commitments of great responsibility, through its representatives and also by the international acts it has signed. Undoubtedly, fulfilling these commitments is a complex task and involves a great number of conditions, not always favorable. However, it can be said that the right to housing, although guaranteed, is not limited to the assignment of property. There are other less onerous ways to fulfill national commitments without compromising the budget, what would cause even greater damage to the public purse.

## **2. THE ROLE OF THE STATE AS GUARANTOR OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING AND THE PROVISIONS OS THE ADVISODRY TEAMS TO THOSE IN NEED UNDER LAW N. 11.888, OF 2008**

One of the most relevant conferences on urban planning, where the issue regarding the challenge of cities was addressed, took place in Athens in 1933 (2019). In the conference were discussed the problems of cities, the dilemmas faced in terms of planning and the necessary perception that cities should have a social function. The Athens Charter identified four essential functions of urban planning: the right to healthy housing, the organization of workplaces, the provision of appropriate leisure facilities, and finally, the establishment of a contact networking of these various organizations to assure exchanges.

Then, arose the latent concern on the part of the State on how to solve the need to provide “healthy housing” in the face of the complex situation of homeless people, irregular land occupations of the most diverse kinds, or even following what the cities master plan prescribes, object of municipal law.

It is important to emphasize that the occupations occur, most of the time, through invasions and occupations, which causes the action of the public authorities occur in the background, or rather, *a posteriori*. It is true that the properties that disrespect environmental or urban legislation reflect the absence of the Government due to the lack of public policies aimed at ensuring the fulfillment of this social need in a correct way.

The UN Committee on Economic and Social Rights (2019), according to the 2014 report, regarding Brazil’s contribution to fulfill international housing provisions, noted that the country’s commitment to “urbanization of precarious settlements” should provide “construction works and services or adaptation of housing units and implementation of basic infrastructure”. This comprises power grid, public lighting, water supply, sewage, rainwater drainage and solid waste collection and conditioning.

Interestingly, there was the provision to “present a participatory project on social work whose scope would allow investments in the construction of social facilities, and actions to support community organization, environmental preservation and professional qualification, among others.”



Initiatives to make social housing available could be seen in the Law n. 11.977, of 2009, which already provided for the program of regularization of land ownership, making possible the regularization of sustainable land in order to implement legal projects and also projects for environmental urbanization in these places.

Law n. 13.465, of 2017, also created a similar provision. There is a tendency in Brazilian legislation to guarantee the right to housing, without unbridled disrespect for urban planning legislation, by not following regulations established by various zoning laws or even disregard the master plan, if any.

The Law n. 11.888, of 2008, known as the Technical Assistance Law, addressed the guarantee of social right to housing, constitutionally provided for in clause “r” from subparagraph V of art. 4, *caput*, from the Law no. 10.257, of 2001, in order to enable the provision of these necessary services by trained professionals in the construction of housing for low-income population. The process also offers an assistance to obtain licenses to build, renovate or expand housing with the municipal government and other public agencies; it also avoids occupation in areas under environmental risk, and interventions assure compliance with urban and environmental legislation.

The Law also provides for participatory aspects, incorporating the communities’ own efforts and their organizational capacity to the housing policy. Thus, initiatives initiated under a joint effort in areas declared as being of social interest or in areas declared by law as being of social interest are prioritized. The financial aspect must be backed up through Union’s financial support to States, Federal District and municipalities in order to provide free and permanent technical assistance services in architecture, urban planning and engineering. Paragraph 1 of art. 3 of the Law clarify that “Technical assistance may be offered directly to families or to cooperatives, neighborhood associations or other organized groups representing them.”

The struggle to assure such a guarantee lasted nearly thirty years. Initially, in 1976, architects trade unions from the State of Rio Grande do Sul, in partnership with the Regional Council of Architects and Engineers, devised a program called “Technical Assistance to Affordable Housing”, aimed at the neediest population; in 1995, in Porto Alegre, the first bill to ensure technical assistance in Brazil was presented, aiming to guarantee free technical assistance in housing construction for those most in need, coming into force in 1999; in 2002, shortly after publishing the Constitutional Amendment guaranteeing the right to housing as a constitutional right in Porto Alegre, this change had a positive impact and there began studies to cover the entire Brazilian territory, culminating in the submission of Bill No. 6223/2002, in 2005, at the I Seminário Nacional de Assistência Técnica (I National Seminar of Technical Assistance). That bill has undergone some changes. In 2006, after the II Seminário Nacional de Assistência Técnica (II National Seminar of Technical Assistance) in 2019, the Law was finally approved; and at last, in 2008, Law No. 11888 of 2008 was enacted.

The Law has a set of players and measures that, through proper coordination, can enable assistance. The regulation became effective as of July 2009 and enabled the element that really lacked in current housing programs: direct technical assistance to each family or even to the same family group. First, it is necessary search for a professional among those registered in some professional class entity. The municipality, through its executive branch, will register the beneficiaries receiving the assistance. This agency should also seek the required resources in order to pay this assistance, as referred to in art. 3. All these actions, especially registration, should be widely publicized so that everyone can be aware of what will be available.

It is possible here to mention the collaborative platform originated in the Forum of Technical Assistance and University Extension Program on Social Interest Housing: Integrated Actions in Urban Space” (ATHIS- 2019). This project was selected in the Public Call Notice n.

002/2018, administrative process n. 021/2018 from the Council of Architecture and Urbanism - São Paulo (CAU / SP). In this project was established a partnership between students from Architecture and Urbanism Colleges of São Paulo Metropolitan Area, Brazilian Institute of Architects - São Paulo Department (IABsp) and FAU Mackenzie.

Regarding the resources to make the execution of the technical assistance viable, the Law, in its article 6, states that this service must be financed by resources from federal funds directed to social-interest housing, by public budgetary resources or by private resources.

The vast majority of financing sources come from the Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (Brazilian National Social-Interest Housing Fund) and from municipal and state housing funds, and public agencies are responsible for managing this money, by creating social programs aimed at its implementation (2018).

The Law n. 11.888, of 2008, also encourages, in its article 4, the qualification of professionals involved in providing technical services - engineers, architects, urban planners - so that they can perform an efficient work. These professionals can include: Union, States, Federal District or Municipal public officers; non-profit and non-governmental organizations members; professionals enrolled in architecture residency programs in architecture, urban planning or engineering, or university extension programs, through model offices or public offices acting in the area; freelance professionals or members of legal entities staff, previously accredited, selected and hired by Union, State, Federal District or Municipality (2018).

Thus, it is noted that the action of the Government, in publishing the Technical Assistance Law, was a mechanism to safeguard various constitutional guarantees, as citizenship is interconnected with the right to decent housing, which has synergy with the principle of dignity of the human person and culminates in an organized and democratic city, complying with urban and environmental laws.

Even in the face of this legal provision it is possible to observe that households are undergoing constant changes made by their occupants. This is due to the fact that user needs were disregarded in the initial project. Given this situation, the presence of qualified professionals in renovations is fundamental. In document and photograph analysis made with several projects created by the Minha Casa, Minha Vida housing program, Nadia de O. Camacho (2016) noticed in her research, profound changes in housing units resulting from the occupation process over time. This fact, according to her, reinforces “the relevance of the work of civil construction professionals (architects and engineers) to ensure the highest quality of renovations / extensions within safe, legal and technical constructive parameters through Law n. 11.888, of 2008.”

An achievement of this Federal Law is the possibility of excluding these houses from clandestinity and illegality. Self-construction can lead to property embargoes or demolition actions due to the risk these kind of construction presents. Real estate in which urban parameters were not followed during its construction, greatly damage public space, in addition to prevent the access of public services such as gas, water distribution, sanitation, among others.

Technical assistance and its maintenance, which applies from the project to the completion or availability of essential renovations, in the words of Souza (2000), can be considered a major advance at this time. It may seem at this moment something without much relevance. But if taken seriously, over time, it can promote well-planned, more efficient, safer, and affordable cities.

The purpose of the relevant legislation is to enable actions of public authorities through the spheres established in the current Constitution, which allows the creation of public-private partnerships with academic entities. Thus they can meet, improve, correct, plan,

optimize, harness, democratize knowledge, qualitative improvement of projects, technological innovation, engineering, architecture and urbanism actions in the housing modules executed by low-income population. In this way, the creation of informal urban centers that directly offend human dignity is avoided (MORAES, 2012).

The Brazilian Institute of Architects (2010) clarifies that by allowing the provision of individual service, the Law allows the democratization of assistance services, which can be provided in a diffused and scattered way in the urban grid. It keeps families served in their social environment and in places where, in many cases, basic infrastructure and public services already exists. Given this fact, it is possible to save travel and public spending on new demands for supply, services and transport.

### **3. REGULATIONS FOR HOUSING IN PARAIBA**

In the State of Paraíba, a survey conducted by Jakeline Silva Santos (2014) found that the João Pessoa City Council approved, in 2007, the Law n. 10894, 2007, which provides for the public engineering and architecture program. This regulation, as the author well points out, was not published in official news channels, which would make it unable to produce legal effects. Even then, she emphasizes that the Municipal Law protects the right to exercise technical assistance to the technicians who already are members of the João Pessoa City Hall. However, it would not include independent professionals, what is contrary to Law n. 11.888, of 2008, which in addition to prescribe the presence of these professionals, also states that financial resources for exercising technical assistance must be released by the FNHIS, through state and municipal agreements. The author notes misconceptions and conflicts that must be overcome in the writing of a new regulation. This posture leads the researcher to conclude that the position adopted by CAU-BR and CAU-PB is disturbing, as it does not essentially stands out in terms of the social insertion of the architect in the exercise of this function. The President of CAU-PB would be attentive to this issue and, according to the author, was seeking to establish partnerships with the academies, in order to create model offices with the existing architecture and urban planning courses in the State of Paraíba. This would be in line with the provisions of Law n. 11.888, 2008, and would enable the professional residency of graduates.

What we are essentially looking for is a better quality scenario for what we have as a city in Brazil. This is not a purely visual objective. The presence of a professional should avoid continuous misunderstandings constantly occurring in the several community groups existing in the country. Perhaps what is proposed in the near future, in addition to reduce housing deficit and ensure safe construction for all, is the creation of neighborhoods that do not become known for their precariousness, but that are, rather, perceived as an extension of the existing ones, and as healthy developments of a sustainable city.

### **FINAL CONSIDERATIONS**

Once having analyzed the matter of the fundamental right to housing, to a sustainable and qualified environment, the various constitutional and infraconstitutional regulations establish that public authorities should guarantee the correct synergy between the different governmental spheres in order to materialize the provision of appropriate technical assistance for the creation of sustainable and qualified cities and communities, designed for the future.

It is true that in order to accomplish what the Law n. 11.888, of 2008, provides for it is required the participation of professional entities of architects and engineers, through a partnership agreement or covenant. This can be done with any of the federative entities in charge of the work execution. Financing must be obtained by Union for the States, by Union for Federal District, or directly with municipalities.

Although the law has been in force for some time, the problem still persists and it is observed that there is no adequate knowledge of the regulation, since it is not generally applied. Realization is verticalized in the terms provided by the Law. Thus, federal governing bodies have an overview. However, it is essential that federative entities participate in order to take into account the specificities of states and municipalities.

Initially, some projects were successful, according to information from the Secretaria Nacional de Habitação (Brazilian National Housing Secretariat), part of the former Ministry of Cities. However, given the vastness of the territory, the problem persists. The law could have included regional entities: metropolitan areas, urban agglomerations and micro regions to assist in selecting professionals and distributing technical assistance to the municipalities involved.

According to the research carried out by an experienced architect in the area, the program established by the Law was not fully adopted by the municipalities from Paraíba. Municipal laws were created, including in the capital of the State, João Pessoa; however, there was no positive repercussion. This gave birth to a new position adopted by CAU-PB, in order to enable local universities to develop an integration program prescribed in the regulation in question.

What can be said is that Law n. 11.888, of 2008, provided in its art. 5 the possibility of partnership with entities able to promote professional qualification, residency or university extension programs. As already mentioned in this paper, entities such as ATHIS have been spreading throughout the Brazilian territory and efforts are already being made in other states to involve architecture and urbanism councils in promoting the development of social projects.

## REFERENCES

ATHIS. **Fórum de Assistência Técnica e extensão universitária em habitação de interesse social: atuação integrada no espaço urbano.** Available in < <http://www.athis.org.br/sobre/> >. Accessed in May 3, 2019.

BENACCHIO, Marcelo and CASSETARI, Denis. **Regularização fundiária urbana como efetivação do direito humano à moradia adequada.** In “Regularização fundiária” (orgs) NALINI, José Renato and LEVY, Wilson. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 49 - 71.

BRAZIL. Law 10.257, of 29-6-2011. Available at: <[www.planalto.org.br](http://www.planalto.org.br)>. Accessed on: 21 Jul. 2019.

BRAZIL. Law 12. 714, of 14-9-2012. Available at: <[www.planalto.org.br](http://www.planalto.org.br)>. Accessed on: 21 Jul. 2019.

BRAZIL. Decreto Nº 591, July 6, 1992. **Atos Internacionais (International Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Available at: <[www.planalto.org.br](http://www.planalto.org.br)>. Accessed on: 21 Jul. 2019.

BRAZIL. Câmara dos Deputados. **PEC Nº 601/1998**. Available in: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=25007>>. Accessed in: September 10, 2018.

BRAZIL. Lei Nº 11.888, December 24, 2008. Assure free public assistance in designing and constructing social-interest housing for low-income families and amends the Law No 11124, of June 16, 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, December 26, 2008.

CAMACHO, Nadia de Oliveira. **A utilização da Lei nº 11.888/2008 – Lei de Assistência Técnica Pública e Gratuita no programa minha casa minha vida: limites e possibilidades na pós-ocupação das unidades habitacionais**. Thesis required to obtain the master's degree at the Federal University of Juiz de Fora. Advisor ABDALLA, José Gustavo Francis. Juiz de Fora-MG, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUT BRASIL. Assistência Técnica para a construção da moradia é direito do cidadão. **Revista Projetar**, Natal, Special Edition, [2009?]. Available in: <[http://www.athis.org.br/wp-content/uploads/2015/09/2009\\_RevistaAT\\_FNA-CUT.pdf](http://www.athis.org.br/wp-content/uploads/2015/09/2009_RevistaAT_FNA-CUT.pdf)>. Accessed in: September 30, 2018.

IAB. **Manual para a Implantação da Assistência Técnica Pública e Gratuita a Famílias de Baixa Renda para Projeto e Construção de Habitação de Interesse Social**. Rio de Janeiro, 2010. Available in: <<http://www.iab.org.br/sites/default/files/documentos/manual-para-implantacao-da-assistencia-tecnica-publica-e-gratuiata.pdf>>. Accessed in: October 3, 2018.

LEMOS J, Eloy Pereira e OLIVEIRA, Leonardo Alexandre Tadeu Constant de. **Uma proposta de discussão da relação entre desenvolvimento humano e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais preponderantes em alguns países democráticos ocidentais**. Disponível em < <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/571/497> > , acesso em 21.08.2019.

MORAES, A. P. de. Limites e potencialidades da assistência técnica pública e gratuita para projeto, construção e melhoria da habitação popular na cidade de Viçosa, MG. 2012. UFMV, 2012.

UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights**. Paris, 1948. Available in: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Accessed in: September 3, 2018.

**Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. New York, 1966. Available in: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto\\_internacional.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf)>. Accessed in: September 5, 2018.

NALINI, José Renato. **Perspectivas da regularização fundiária**. In “Regularização fundiária” (orgs) NALINI, José Renato and LEVY, Wilson. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 3- 10.

SANTOS, Jakeline Souza. **Lei da assistência técnica pública e gratuita: um estudo de aplicação para municípios paraibanos**. Thesis presented in the UFPB Architecture and Urbanism Graduate Program as a requirement to obtain a master’s degree. UFPB, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 192.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO:  
DIFERENCIAÇÃO OU SOBRECARGA?

JOSÉ ROBERTO RODRIGUES AFONSO  
DANIEL CORRÊA SZELBRACIKOWSKI  
CELSO CORREIA NETO

# CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO: DIFERENCIAÇÃO OU SOBRECARGA?

## TAX ON PROFIT (SOCIAL CONTRIBUTION): DIFFERENTIATION OR OVERCHARGE?

Recebido: 05/06/2018  
Aprovado: 12/12/2019

José Roberto Rodrigues Afonso<sup>1</sup>  
Daniel Corrêa Szelbracikowski<sup>2</sup>  
Celso Correia Neto<sup>3</sup>

### RESUMO:

A contribuição para seguridade social exigida dos empregadores sobre seus lucros foi prevista pela Constituição de 1988, além do imposto de renda das pessoas jurídicas. Desde que iniciada a sua cobrança, foi exigida de instituições financeiras alíquota superior a dos demais contribuintes. A diferenciação por atividade foi contemplada por emenda constitucional mas surgem dúvidas sobre que justifica tal tratamento desigual. A ampliação das atividades sujeitas a maior alíquota e como esta foi seguida e expressivamente majorada se questiona a fronteira entre diferenciação e sobrecarga.

**Palavras-chave:** Impostos. Impostos sobre renda. Direito Tributário.

### ABSTRACT:

The social security contribution on profits of employers was provided for by the 1988 Constitution and is collected in addition to corporate income tax. Since the collection of this contribution began, financial institutions were required to pay a higher rate than the other taxpayers. The differentiation by activity was contemplated by constitutional amendment but there are doubts about what justifies such unequal treatment. The expansion of the activities subject to a higher tax rate and how it was followed and expressively increased, questions the frontier between differentiation and overcharge.

**Keywords:** Taxes. Income tax. Tax law.

## 1. INTRODUÇÃO

A Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) foi instituída em 1988 pela MP nº. 22, posteriormente convertida na Lei nº. 7.689/88, com base na competência atribuída à União pelo artigo 195, I, 'c', da Constituição Federal de 1988. Trata-se de contribuição de natureza

<sup>1</sup> Doutor em Desenvolvimento Econômico pela Universidade Estadual de Campinas. Mestre em Economia da Indústria e da Tecnologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor do Programa de Mestrado do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. Email: jose.afonso@fgv.br

<sup>2</sup> Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. Advogado. Email: Daniel.Correa@advds.com.br

<sup>3</sup> Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo. Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público. Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados e Advogado.. Email: celsobcorreia@gmail.com



tributária<sup>4</sup>, razão pela qual lhe são aplicáveis os princípios e as limitações gerais ao poder de tributar.

Nos últimos anos, notou-se a utilização da CSLL para tributar diferentemente alguns setores da economia, com fundamento no permissivo constante do §9º do mesmo artigo 195, segundo o qual “as contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho”.

O presente artigo busca analisar os limites da tributação diferenciada pela CSLL, prevista na referida norma constitucional, à luz do caso concreto das instituições financeiras e das pessoas jurídicas de seguros privados, atingidas diretamente pela elevação das alíquotas da mencionada contribuição pelas Leis 11.727/2008 e 13.169/2015.

A questão deve ser vista tanto sob o ângulo da constitucionalidade formal das referidas leis que resultaram da conversão de medidas provisórias (artigos 62 e 246 da Constituição Federal) quanto em função da constitucionalidade material dos referidos diplomas, diante da previsão do § 9º do artigo 195 da CF que justificam o tratamento diferenciado e o disposto no artigo 150, II, da mesma Carta, segundo o qual é vedado o tratamento diferenciado a contribuintes que se encontram em situação similar.

Quanto a esse último aspecto, é preciso investigar se a maior lucratividade de alguns agentes econômicos de determinados setores e a necessidade de arrecadação do Governo são razões suficientes para fundamentar a instituição de alíquotas diferenciadas.

Desde 1º de setembro de 2015, as pessoas jurídicas de seguros privados, por exemplo, estão sujeitas à alíquota de 20% a título da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Essa carga tributária deve perdurar até o exercício de 2018, conforme o disposto na Medida Provisória nº 675, de 21 de maio de 2015, convertida na Lei nº 13.169, de 6 de outubro de 2015. A alíquota de 15%, antes vigente, será restabelecida a partir do exercício de 2019. As mesmas disposições serão aplicadas às pessoas jurídicas de capitalização e, em razão da remissão à Lei Complementar nº 105 de 2001, aos bancos de qualquer espécie, distribuidoras de valores mobiliários, corretoras de câmbio e de valores mobiliários, sociedades de crédito, financiamento e investimentos, sociedades de crédito imobiliário, administradoras de cartões de crédito, sociedades de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito e associações de poupança e empréstimo. Os demais contribuintes permanecerão sujeitos à alíquota de 9%.

A análise deste artigo não se restringe apenas ao ato e aos efeitos das Leis 11.727/2008 e 13.169/2015. É preciso uma abordagem mais ampla, inclusive histórica, para compreender e avaliar os efeitos do tratamento tributário diferenciado das empresas citadas no âmbito da referida contribuição sobre o lucro. A questão chave a ser examinada passa pela suposta geração de lucro diferenciada setorialmente e, por conseguinte, pela forma de tributação igualmente distinta.

Em particular, quanto às empresas de seguro privado, cabe investigar as razões originais para se exigir uma contribuição diferente e maior da que se cobra dos demais contribuintes (inclusive que atuam no mesmo negócio de saúde suplementar, como planos). Por extensão, também se deve avaliar se aquelas empresas também possuem capacidade<sup>5</sup> de pagar uma alíquota maior de CSLL. É o que se faz nos itens a seguir.

<sup>4</sup> Conforme há muito definido pelo STF no julgamento do RE 138.284, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1992, DJ 28-08-1992 PP-13456 EMENT VOL-01672-03 PP-00437 RTJ VOL-00143-01 PP-00313.

<sup>5</sup> Art. 145, § 1º da CF.

## 2. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO

A CSLL tem origem na Constituição de 1988, que definiu o lucro como uma das incidências das contribuições sociais exigidas dos empregadores para financiar a seguridade social, nos termos do artigo 195, I, “c”, da Constituição Federal.

Trata-se do único tributo que fora gestado pioneiramente na Assembleia Constituinte de 1987/1988<sup>6</sup> e efetivamente instituído.

Poucas semanas depois de promulgada a Carta Magna, foi editada a Medida Provisória nº 22, de 6 de dezembro de 1988, que instituiu a nova contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas.<sup>7</sup> Ficou estabelecida alíquota única permanente de 8% (artigo 3º), sendo que tão somente para o ano de 1989 foi fixada alíquota excepcional de 12% e apenas para instituições financeiras (foi remetido ao art.1º do Decreto-Lei nº 2.426 de 7 de abril de 1988, que não contemplava empresas de seguro privado).

A exposição de motivos<sup>8</sup> não tratou da alíquota excepcional, mas destacou que a alíquota normal resultaria em compensação: “... a fim de amenizar a carga tributária daqueles contribuintes que irão arcar com a contribuição social”. Para tanto, eram adotadas ao mesmo tempo as reduções da alíquota de 35% para 30% do imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e da alíquota de 0,65% para 0,35% das contribuições para o programa social (PIS) e de formação do patrimônio do servidor (PASEP).

O relator da matéria na Câmara dos Deputados<sup>9</sup> destacou, à época, que a redução simultânea na incidência de outros dois tributos evitaria que a criação da nova contribuição elevasse a carga tributária agregada.

Não é apenas por um deleite com a história que é resgatado o processo de definição original da alíquota da CSLL. Desde o início, revela-se o que se poderia chamar de “pecado original” que pautaria a política tributária em relação à CSLL. A criação da CSLL explicitou e antecipou o que viria a dominar a política tributária federal nos anos e décadas seguintes: aumentar a arrecadação e a carga, privilegiando aqueles tributos em que toda ou a maior parte de sua receita pertencerá ao Tesouro Nacional. A mesma Constituição promulgada em outubro de 1988, pioneira daquela contribuição social, tinha acabado de elevar para 47% a destinação da arrecadação do imposto de renda para fundos de participação (a serem repartidos com outras esferas de governo, além de um fundo regional) e vinculou tudo o que se arrecadasse de contribuições ao PIS/PASEP para o fundo de amparo ao trabalhador, que custearia o seguro-desemprego e aplicaria sua poupança no Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Ainda que a CSLL também fosse vinculada, no caso, para a seguridade social, tratava-se de um encargo próprio e típico da União: a previdência social.

O fisco federal, doravante, passou a privilegiar a cobrança da CSLL no lugar do IRPJ. Se, na sua criação, fez-se uma explícita troca de alíquota entre dois tributos com uma diferença a favor da CSLL (8% da CSLL contra corte de 5% do IRPJ), no futuro não se aludiria a compensações com outros tributos. Ao contrário, as majorações seriam justificadas em razão da – suposta – necessidade de arrecadação do Governo, sob um pretenso ideal redistributivo.

Não custa reforçar que a CSLL foi originalmente concebida sem prever diferenciação setorial na aplicação de sua alíquota tida como normal. Ainda que já se saiba (*ex post*) que o inicialmente tido como provisório veio a se tornar permanente, cabe atentar para dois detalhes:

6 A outra contribuição para seguridade social, sobre faturamento, que veio a ser chamada de COFINS, incorporou a que já se cobrava antes para custeio de um fundo de investimentos sociais – o FINSOCIAL.

7 Ver íntegra da MPV 22/1988 em: <http://bit.ly/1HCX2KC>

8 A medida provisória foi publicada no Diário do Congresso Nacional, de 9/12/1988, pp. 1096 e 1097, tendo sido apresentada pela Mensagem nº 158, de 1988-CN, que discriminava a correspondente Exposição de Motivos nº 385.

9 A medida foi relatada pelo Deputado Antônio Faria de Sá, os anais da votação estão disponíveis no Diário do Congresso Nacional, de 15/12/1988, pp. 1250 e 1251.

a alíquota excepcional de 12% superava em apenas 4 pontos a então alíquota normal de 8% e limitava-se às instituições financeiras em sua definição clássica. Não alcançava as empresas que atuavam, por exemplo, no setor de seguros privados e capitalização.

Dois anos depois da instituição da CSLL, sobreveio nova legislação que dispôs sobre o custeio da seguridade social e tornou permanente a alíquota ampliada de 15%, exigível a partir de 1991. Todavia, até então essa alíquota ampliada – que inicialmente era excepcional e temporária – era exigida apenas das instituições financeiras, de acordo com o disposto no artigo 11 da Lei n. 8.114 de 12/12/1990<sup>10</sup>. Ou seja, o diferencial foi fixado em 7 pontos sobre o lucro, com a alíquota maior superando em 88% a normal.

Ainda em 1991, quando foi oficializada a instituição da contribuição sobre faturamento para financiar a seguridade social (COFINS), é que surgiu na legislação tributária a equiparação das empresas de seguros e de capitalização às instituições financeiras com o objetivo de cobrar a CSLL majorada também dessas instituições.

De fato, a Lei Complementar 70, de 30/12/1991,<sup>11</sup> ao regular a cobrança da COFINS, adotou em seu artigo 11 um arranjo vinculado à CSLL. Para tanto, majorou a alíquota ampliada da CSLL para 23% e, por remissão à lei de 1991, definiu sua exigência das “instituições” sujeitas ao adicional citado da contribuição previdenciária e isentou os mesmos contribuintes de pagar a COFINS.

Para fins de aplicação da CSLL, pela primeira vez a lei tratou as empresas de seguro da mesma forma que as instituições financeiras e o fez de forma muito peculiar.

Primeiro, a equiparação foi feita de uma forma indireta – por remissões, como uma espécie de decisão cruzada, em que foram alteradas as outras duas contribuições exigidas dos empregadores para a seguridade social – sobre salários e faturamento.

Segundo, houve uma troca entre as contribuições, pois a majoração da CSLL foi acompanhada da exclusão das empresas de seguro daquela alíquota ampliada da COFINS (alíquota de 2% sobre o faturamento mensal). É provável que essa compensação entre os dois tributos decorresse de uma estratégia política e jurídica do Governo, pois a nova contribuição sobre o lucro talvez fosse mais pacífica de ser cobrada do que a contribuição sobre o faturamento, uma vez que bancos e outros prestadores de serviços alegavam não faturar.

Terceiro, era possível deduzir a contribuição de sua própria base de cálculo, de modo que uma alíquota nominal de 15% se transformava em uma alíquota ajustada de 13,04%. A de 30%, por sua vez, correspondia a 23,07%.

Portanto, quando as seguradoras foram pela primeira vez equiparadas por lei a bancos, isso não deveria resultar em aumento de carga tributária para aquelas empresas pois, ao mesmo tempo, eram isentadas da COFINS.

A Receita Federal do Brasil assim se manifestou sobre essa evolução das alíquotas quando editou e publicou o livro *Tributação da Renda no Brasil Pós-Real*, em novembro de 2001, e dedicou uma seção especificamente à tributação das instituições financeiras:

(...) o objetivo de neutralidade tributária entre os diversos setores da economia não pôde ser atingido durante vários anos, o que levou a diversas interpretações equivocadas quanto à carga tributária do setor financeiro. Isso porque se, por um lado, as instituições financeiras não se sujeitavam à incidência da COFINS, por outro, pagavam a CSLL à uma alíquota mais alta do que as dos demais setores econômicos (BRASIL, 2001, p.55).

A diferenciação das alíquotas da CSLL foi levada ao limite no âmbito da criação do Plano Real, inclusive com majoração promovida por emenda constitucional - EC, visando aumentar a carga tributária nacional e destinar tal incremento de receita a um fundo de livre

<sup>10</sup> Ver íntegra em; <http://bit.ly/1PuuKEX>

<sup>11</sup> Ver íntegra em; <http://bit.ly/1PuvFFg>

aplicação. Esse adicional da CSLL não mais financiaria a seguridade social, como no caso da cobrança corrente.

A alíquota ampliada da CSLL foi fixada em 30% por força de duas emendas constitucionais – a de Revisão n.1, de 1/3/1994, que a exigiu no período de 1994 e 1995,<sup>12</sup> e a n. 10, de 4/3/1996, que estendeu a cobrança até 1996.<sup>13</sup>

Alterada a regra constitucional de desvinculação das receitas da União, a alíquota da CSLL foi reduzida para, logo na sequência, experimentar um período de oscilação da exigência em face das instituições financeiras e equiparadas.

Com efeito, em 1997 e 1998, a alíquota voltou para 18% e foi proibida a dedução da contribuição da determinação do lucro real e da própria base, consoante o disposto na Lei 9.316 de 22/11/1996<sup>14</sup>. No primeiro quadrimestre de 1999 voltou a vigor a alíquota normal de 8%, de acordo com a MP 1.807, de 25/2/1999<sup>15</sup>. Posteriormente, a Medida Provisória 1.858 de 28/10/1999<sup>16</sup> majorou a alíquota para 12% até janeiro de 2000, que, em 2001, foi novamente reduzida para 9% até 2002. A partir de 2002 a alíquota voltou a ser estabelecida em 8%, conforme o disposto na Medida Provisória 2.158-35 de 24/8/2001<sup>17</sup>.

É fundamental atentar que, durante cerca de oito anos (entre 2000 e 2008), foi adotada uma única alíquota na CSLL para todos os contribuintes, fato destacado pela Receita Federal no livro antes citado: *“No entanto, é importante lembrar que a alíquota continua uniformizada entre empresas financeiras e não-financeiras”* (p.55).

Vencidas as diferentes medidas fixando a alíquota ampliada para a CSLL, as instituições financeiras e também as empresas de seguro voltaram a pagar a mesma alíquota aplicada aos demais contribuintes. Esse período de elevada majoração e forte oscilação nas alíquotas da CSLL sobre aqueles contribuintes pode ser considerado atípico, pois correspondia ao do plano de estabilização da economia que exigia um esforço de aumento de carga tributária, mas que logrou a implantação bem-sucedida da nova moeda, o Real.

Além disso, chama-se a atenção para o fato de que foi revisada e definida a exigência da COFINS sobre as instituições financeiras – alcançando a receita bruta, abatidas as deduções próprias dessa atividade, como é caso do custo de intermediação.

Em meados de 2005, a Emenda Constitucional 47 explicitou a possibilidade de diferenciar a exigência das contribuições para a seguridade social, entre elas a CSLL. Foi então previsto no novo §9º do art. 195 que elas “... poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho”.

Três anos depois, em 2008, foi editada a Medida Provisória n.º 413/2008<sup>18</sup>, posteriormente convertida na Lei n.º 11.727, de 23 de junho de 2008, que estabeleceu a aplicação de duas alíquotas relativamente à CSLL. A primeira, estabelecida para a maioria dos contribuintes, foi majorada de 8% para 9%, representando um incremento relativo de 12,5%<sup>19</sup>. A segunda foi majorada para 15% e alcançou especificamente as instituições financeiras, empresas de seguros privados e de capitalização. Representou um crescimento relativo de 87,5% em relação à alíquota normal que antes alcançava tais atividades.

A Exposição de Motivos da medida antes citada apontou duas razões para a referida majoração das alíquotas. Primeiro, para supostamente atender ao preceito constitucional

12 Por força do inciso III do art. 72 que então acrescentava ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ver emenda em: <http://bit.ly/1MvEDwk>

13 O mesmo dispositivo antes citado foi emendado pelo art. 2 da Emenda n.10 de 1996 – a ver em: <http://bit.ly/1MvFoXM>

14 Ver íntegra: <http://bit.ly/1MvFPQg>

15 Ver íntegra: <http://bit.ly/1MvFWeu>

16 Ver íntegra em: <http://bit.ly/1MvG263>

17 Ver íntegra em: <http://bit.ly/1MvGBNa>

18 Ver íntegra e caminhos para medida provisória citada, e sua exposição de motivos, em: <http://bit.ly/1Lco8jT>

19 Tal alíquota normal chegou a ser majorada para 12% entre 1/5/1999 e 31/1/2000, mas, a partir de fevereiro de 2000, voltou para 9%.

de incidência diferenciada setorialmente das contribuições para seguridade. Segundo, para tentar adotar uma espécie de tributação progressiva e seletiva. Para o Governo, a majoração “...visa[va] estabelecer incidência tributária compatível com a capacidade contributiva dos setores econômicos abrangidos. Esses setores vêm apresentando forte dinamismo, expansão e lucratividade, proporcionados pelo crescimento econômico do País, fruto das medidas macroeconômicas adotadas.” (Item 10 da E.M.).

Chama a atenção que o critério de seleção das atividades a serem submetidas a alíquota ampliada da CSLL seria, em tese, apenas o fato de lucrarem mais do que outros setores e, mais que isso, tal lucratividade resultaria do crescimento da economia que, por sua vez, seria produzido pela própria política econômica, então adotada, incluindo a majoração de carga tributária vigente.

Lido o parágrafo de trás para frente, é dito que o aumento então promovido na carga tributária, dentre outras medidas, produziria, no geral, mais crescimento, e no particular das atividades selecionadas, mais lucratividade. Mas não há respaldo para tal lógica em nenhuma teoria econômica conhecida – por mais que exista uma variedade delas e muitas divergentes entre si. Existem teorias sim (de corte mais liberal) que advogam exatamente o contrário – que o aumento de impostos (com a conseqüente redução de renda disponível e consumo na economia) é que pode provocar retração na economia. De todo modo, é certo que não se pode estabelecer uma relação direta e automática entre o incremento da arrecadação e o aumento do desenvolvimento econômico, como pretende fazer crer a exposição de motivos citada.

Merece relevo o fato de que não houve um comentário específico justificador para que as empresas de seguro privado e de capitalização passassem a ser tratadas tributariamente de forma igual às instituições financeiras. Pela tese defendida, é pressuposto que aquelas empresas passariam a ter tanto lucro quanto estas instituições, sendo ambas as grandes beneficiárias do crescimento promovido pela política econômica.

Outro detalhe respeita à diferença entre alíquotas: a majorada (15%) passou a ser 6 pontos superior à normal (9%), no lugar de apenas 1 ponto no primeiro e antes único ano em que foi aplicada tal diferença. Em termos proporcionais, as instituições financeiras, de seguros e de capitalização, em seu conjunto, na lógica adotada pelo governo federal para majorar suas alíquotas, supostamente teriam uma capacidade contributiva que superaria em dois terços a das demais atividades da economia.

Em 2015, sete anos depois da primeira grande majoração das alíquotas da CSLL em face do setor financeiro, houve novo aumento da carga a partir da edição da MP 675, posteriormente convertida na Lei nº 13.169, de 2015.

A Exposição de Motivos nº 65/2015, do Ministro da Fazenda, justificou a majoração realizada por intermédio de medida provisória, sob o fundamento de que “a relevância dos dispositivos decorre da necessidade de adequar a tributação incidente sobre o setor financeiro, tornando-a compatível com sua capacidade contributiva<sup>20</sup>.”

Como se contribui para a CSLL com base no lucro, por princípio, o governo federal deveria ter apurado que tal resultado das instituições financeiras havia crescido em um terço. Afinal, essa foi a proporção em que aumentou a alíquota aplicada àquelas instituições.

Ao contrário do passado, foi a primeira vez que se alterou apenas uma alíquota da CSLL, a majorada. Dada a justificativa oficial da medida, é possível inferir que o governo não teria constatado um aumento igualmente desproporcional no lucro das empresas não-financeiras e, por isso, não precisou adequar também o tratamento delas.

Como o governo alegou, mais de uma vez, que a lucratividade e a capacidade contributiva é que balizavam a fixação diferenciada de alíquotas, caberia deduzir que ele também calculou

<sup>20</sup> Ver exposição junto ao texto da medida em: <http://bit.ly/1O5MidN>

que a distância entre a alíquota majorada e a normal seria a mesma da capacidade de geração dos lucros entre as atividades enquadradas como grandes resultados e com resultados normais.

Afinal, entre as respectivas alíquotas vigentes da CSLL, de 20% e 9%, passou a haver uma distância de 11 pontos de porcentagem. É pressuposto lógico, portanto, que quem contribui pela alíquota ampliada (20%) gere um lucro 2,2 vezes superior ao de quem permanece contribuindo à alíquota normal (9%).

No prazo mais longo, se forem comparadas as alíquotas hoje exigidas com aquelas definidas quando da criação da CSLL, ao final da década de oitenta, resta inferir que a lei e o fisco supuseram que a capacidade de geração de lucro das empresas em geral cresceu apenas 12% em todo esse período, enquanto a das instituições financeiras teria aumentado em 2,5 vezes. É um enorme diferencial de uma para outra atividade.

Por fim, a transitoriedade da alíquota majorada de 20% causa perplexidades, pois contraria, a rigor, a justificativa de maior lucratividade para a imposição de alíquota majorada para determinado setor. Com efeito, a menos que o governo e os legisladores brasileiros dispusessem de uma impressionante capacidade de antecipar com precisão, temporal e dimensional, a evolução futura de fatos econômicos e financeiros, não se poderia admitir, em 2015, que o lucro das referidas entidades financeiras despencaria em 2018 – data coincidente com o término do mandato presidencial do Governo que instituiu a última majoração das alíquotas.

### 3. ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA CSLL DIFERENCIADA

Desde 2008, a fixação de alíquotas diferenciadas da CSLL para o setor financeiro tem sido objeto de intenso debate jurídico. Para além das análises econômicas que envolvem o tema, a matéria foi submetida ao Supremo Tribunal Federal para que o Judiciário defina se há vícios de ordem formal ou material na edição de medidas provisórias, posteriormente convertidas em leis, para tratar da tributação em tela.

Com efeito, desde 2008, pende de apreciação pelo STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.101, ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF em face da MP 413/2008 (convertida na Lei 11.727/2008), que majorou de 9% para 15% a alíquota da contribuição em tela para as referidas entidades. Posteriormente, com a edição da MP 675/2015 (convertida na Lei 13.169/15), a Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização – CNSeg ajuizou a ADI 5.485 para questionar a nova majoração da alíquota – para 20% – incidente sobre o lucro de instituições financeiras e entidades supostamente afins. Ambas as ações estão aguardando julgamento e são de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Apesar de o STF ainda não ter apreciado as aludidas ações de controle abstrato de constitucionalidade, há decisões monocráticas de alguns Ministros, posteriormente confirmadas em julgamentos de Turma, que afastam algumas das apontadas inconstitucionalidades<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE LUCRO LÍQUIDO. MP 413/2008 E REEDIÇÕES. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. ISONOMIA TRIBUTÁRIA. 1. A existência de ação de controle objetivo pendente de julgamento não infirma a formação de jurisprudência dominante para os fins do art. 21, §1º, do RISTF, com esteio tão somente na expectativa de mudança jurisprudencial. Embora seja possível em posterior julgamento a alteração da compreensão jurisprudencial, vige no direito brasileiro o postulado de que lei formal goza de presunção de constitucionalidade até declaração em sentido contrário. Art. 525, §§12, 14 e 15 do CPC/15. 2. A atribuição de alíquota diferenciada a determinada atividade econômica (instituições financeiras) não viola o princípio da igualdade, assim como não é dado o Poder Judiciário, por não dispor de função legislativa, equiparar cargas tributárias entre contribuintes distintos, com base no referido princípio. Precedentes. 3. A reedição da MP 413/2008 e posterior conversão em lei não violou o princípio da anterioridade nonagesimal, por expressa dicção legal e como atesta o Tribunal de origem. Precedente: RE-Agr 528.160, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 12.06.2013. 4. A majoração de alíquota de CSLL por medida provisória não atrai a aplicação obstativa do art. 246 da Constituição da República. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa, nos termos

No entanto, por não ter havido ainda um debate no Plenário do Supremo, parece-nos que os temas não só podem como devem ser objeto de análise por parte da doutrina, sobretudo porque os julgados existentes (i) não adentraram no tema relacionado à afronta ao art. 62 da Constituição e (ii) quanto à alegada ofensa à isonomia e capacidade contributiva, utilizaram como fundamento para negar as aludidas inconstitucionalidades os acórdãos anteriores do Tribunal que tratavam de majorações de alíquotas da CSLL realizadas em 1988 e 1989 (Leis 7.689/88 e 7.856/89), ou seja, em contexto fático *absolutamente diverso* daquele regulado pelas majorações ocorridas em 2008 e 2015.

### 3.1 Aspectos Doutrinários

Quanto à violação ao artigo 62 da Constituição Federal, está em questão vício de inconstitucionalidade formal. É certo que a utilização de medida provisória pelo Chefe do Executivo depende, nos termos do art. 62, *caput*, da CF, da existência motivada e comprovada dos requisitos de urgência e relevância a partir de fatos contemporâneos<sup>22</sup>.

De acordo com o assentado pelo STF:

o pressuposto constitucional para essa investidura do Presidente da República em função normativa primária está na ocorrência de um caso, um fato, um acontecimento do mundo do ser (Kelsen) que se revista ao mesmo tempo, de relevância e urgência. Mas um fato urgente e relevante, frise-se, no sentido de requerer uma pronta resposta normativo-estatal. Uma solução oficial tão instantânea que não pode esperar sequer a tramitação de um projeto de lei em caráter de urgência (§§1º, 2º, 3º do art. 64 da CF/88) (ADI-MC 3964, Voto Ministro Ayres Britto, Relator, p. 5)

A inexistência de fato atual, a possibilidade de tramitação ordinária de um projeto de lei para tratar do tema objeto da medida provisória ou a existência de motivação genérica da medida teriam o condão de caracterizar eventual desvio de finalidade da norma<sup>23</sup>. Afinal, “(...) não é de se interpretar à larga ou com generosidade dispositivos constitucionais que

do art. 1.021, §4º, do CPC. (RE 659534 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 22/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 03-10-2017 PUBLIC 04-10-2017)

*Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE LUCRO. ALEGADA SEMELHANÇA COM A MATÉRIA A SER APRECIADA NO RE 599.309. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO DEFINITIVO DA ADI 4.101. IMPROCEDENTE. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA POR MEIO DE MEDIDA PROVISÓRIA. CONSTITUCIONALIDADE. ALÍQUOTA DIFERENCIADA PARA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRECEDENTES. 1. Não se aplica ao caso a repercussão geral reconhecida nos autos do RE 599.309. Isso porque naquele feito é discutida a constitucionalidade da contribuição adicional de 2,5% sobre a folha de salários de instituições financeiras, fundamentado no art. 195, I, a, da Constituição Federal. Na hipótese dos autos, a Contribuição Social analisada refere-se ao lucro líquido das instituições financeiras, com embasamento no art. 195, I, c, da Carta. 2. O fato de o mérito da ADI 4.101 ainda não ter sido apreciado não impede o julgamento do presente recurso, consoante prevê a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 3. A jurisprudência desta Suprema Corte assentou a legitimidade da alteração da alíquota da CSLL por meio de medida provisória, tendo em vista que a alteração do art. 195 da Carta pela Emenda Constitucional 20 não versou, especificamente, sobre a alíquota de contribuição destinada ao custeio da seguridade social. Dessa forma, a referida medida provisória não regulamentou o art. 195, § 9º, da Constituição Federal, o que afasta a alegada contrariedade ao art. 246 da Carta Magna. 4. Nos termos da jurisprudência pacífica da Corte, a exigência de alíquota diferenciada da CSLL das instituições financeiras não afronta o princípio da isonomia. Precedentes. 5. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios (art. 25, Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 6. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (ARE 949005 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/08/2016, DJe-207 DIVULG 27-09-2016 PUBLIC 28-09-2016)*

22 “O caso de relevância e urgência que justifica a medida provisória consiste numa circunstância fática claramente delineada (caso) que, por sua elevada importância (relevância), torna necessária a adoção de uma providência legal tendente a regular direitos e deveres, em prazo inferior ao previsto para a conclusão do processo legislativo normal (urgência)” (SOUZA, Hamilton Dias de. *Contribuições, Medidas Provisórias e Reforma Tributária*. Interesse Nacional, São Paulo, n. 20, p. 63, jan.-mar./2013).

23 Vide ainda: SOUZA, Hamilton Dias de. *Medidas Provisórias e Abuso do Poder de legislar*. In: PRINCÍPIOS Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex Editora, 2005. p. 583-590; SOUZA, Hamilton Dias de. *Medida Provisória nº 413: inexistência de caso de relevância e urgência*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 151, p. 38-48 abr. 2008.

disciplinam o exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, dessa atípica função normativa”, destacou o Ministro Ayres Britto, relator da ADI-MC 3964. “Ao contrário, toda interpretação que tenha o condão de restaurar a natural ordem legislativa das coisas é que deve ser de pronto homenageada, enaltecida”, conclui.

Na situação examinada nem a MP 413/2008 tampouco a MP 675/2015 não indicaram um fato extraordinário ou uma situação “de crise que [pudesse] afetar a ordem estatal ou o interesse social”<sup>24</sup> para justificar a majoração das alíquotas por intermédio de medida provisória. Ao contrário, tanto a relevância quanto a urgência foram “justificadas” não a partir da indicação de fatos extraordinários, mas mediante a citação de princípios constitucionais que trazem determinações jurídicas gerais e abstratas: a capacidade contributiva e o princípio nonagesimal<sup>25</sup>.

A capacidade contributiva<sup>26</sup> inscrita no art. 145, § 1º da Constituição Federal deve ser lida como pauta de valor estabelecida pela Constituição<sup>27</sup>, o que significa que a ordem jurídica deve, sempre que possível, estabelecer uma carga tributária isonômica e justa<sup>28</sup> entre os contribuintes: os que têm maiores condições econômicas contribuem mais. Os que possuem menos financiam em menor medida o Estado<sup>29</sup>. Ocorre que isso vale desde a promulgação da Constituição Federal de 1988<sup>30</sup>, inclusive para os contribuintes pessoas jurídicas<sup>31</sup>. Não se trata, pois, de um dispositivo novo que determine a edição imediata de norma para adequar o sistema tributário – em específico, as alíquotas da CSLL – a uma nova situação jurídica vigente. Tanto é assim que a mesma norma jurídica foi utilizada para justificar – em tese – os aumentos realizados em 2008 e 2015 nas alíquotas da CSLL.

O fato, portanto, que deveria ter sido cabalmente demonstrado para justificar e motivar<sup>32</sup> a relevância e a urgência era o de que, por exemplo, os atingidos pela majoração das alíquotas possuíam – efetivamente – maior capacidade contributiva do que os que não foram alcançados

24 Cf. voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, nos autos da ADI-MC 2.213/DF - DJ: 23/03/2004.

25 “a relevância dos dispositivos decorre da necessidade de adequar a tributação incidente sobre o setor financeiro, tornando-a compatível com sua capacidade contributiva. A urgência da medida se justifica pela necessidade de a alteração proposta entrar em vigor o mais rapidamente possível, observado o princípio nonagesimal”. (Exposição de motivos da MP 675/2015)

“estabelecer incidência tributária compatível com a capacidade contributiva dos setores econômicos abrangidos”, pois “esses setores vêm apresentando forte dinamismo, expansão e lucratividade, proporcionados pelo crescimento econômico do País, fruto das medidas macroeconômicas adotadas (...)” “necessidade de as medidas tributárias adotadas entrarem em vigor o mais rapidamente possível, observado o princípio nonagesimal”. (Exposição de motivos da MP 413/2008).

26 De acordo com o STF “Todos os tributos submetem-se ao princípio da capacidade contributiva (precedentes), ao menos em relação a um de seus três aspectos (objetivo, subjetivo e proporcional), independentemente de classificação extraída de critérios puramente econômicos”. (RE 406.955 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 4-10-2011, 2ª T, DJE de 21-10-2011.)

27 “Os princípios são normas imediatamente finalísticas. Estas estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado e, por isso, exigem a adoção de comportamentos cujos efeitos contribuam para a promoção gradual daquele fim. Por exemplo, o princípio da moralidade administrativa estabelece um estado de confiabilidade, honestidade, estabilidade e continuidade nas relações entre o poder público e o particular, para cuja promoção são necessários comportamentos sérios, motivados, leais e contínuos”. (ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional Tributário**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 92)

28 “Se pensarmos no aspecto econômico da tributação, é fácil compreendermos a razão ou necessidade desta vinculação do contribuinte ou responsável ao fato econômico tributado, não só porque a vantagem ou resultado dele decorrente é que vai possibilitar o pagamento do tributo ao fisco, mas ainda porque assim a lei atenderá ao princípio fundamental de justiça tributária, segundo o qual se deve atingir a capacidade econômica do contribuinte (capacidade contributiva). (NOGUEIRA, Ruy Barbosa, “**Curso de Direito Tributário**”, São Paulo: Saraiva, 1980, pág. 124)

29 “(...) é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais impostos do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção de seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza.” (CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2013, p. 97).

30 “A isonomia tributária do art. 150, II, da Constituição tornou-se eficaz a partir de sua promulgação” (MS 20.858, rel. min. Néri da Silveira, j. 14-3-2002, P, DJ de 19-4-2002).

31 “Perez de Ayala e Eusébio Gonçalves, desde a Espanha, predicam que o princípio da capacidade contributiva estende-se às pessoas jurídicas, as quais têm que satisfazer necessidades operacionais mínimas, sob pena de extinção. Somente após este limite, teriam capacidade contributiva (...)” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentário à Constituição de 1988: sistema tributário**, 7ª ed. – Forense, 1997, p. 95).

32 : “(...) se impõe ao Presidente da República, na ordem constitucional vigente, a motivação da relevância e da urgência da medida, o que, evidentemente, importa em que, em cada caso, relevância e urgência deixem de ser indeterminadas”. (GRAU, Eros, **Medidas Provisórias na Constituição de 1988**. Revista dos Tribunais. RT, n. 79. ago./1990, vol. 658, p. 242 - destacamos).



pela norma. No entanto, o único fato apontado com clareza pelas exposições de motivos das medidas provisórias em análise dizia com a necessidade de o Governo arrecadar mais.

Segundo a justificativa da MP 413/2008:

a relevância das medidas ora propostas (...) está na necessidade de preservação do equilíbrio fiscal levado a efeito pelo Governo Federal, na proteção tarifária dos produtos nacionais e desoneração de investimentos beneficiando, em consequência, os setores abrangidos.

No caso da MP 675/2015, justificou-se que

a proposta aponta para um **aumento de arrecadação** estimado de aproximadamente R\$ 995.600.000,00 (novecentos e noventa e cinco milhões e seiscentos mil reais) para o ano de 2015, R\$ 3.789.400.000,00 (três bilhões, setecentos e oitenta e nove milhões e quatrocentos mil reais) para o ano de 2016 e R\$ 4.061.000.000,000 (quatro bilhões e sessenta e um milhões de reais) para o ano de 2017, **no caso de aprovação do projeto de Medida Provisória.**

O art. 62 da Constituição prescreve a necessidade de que exista um fato extraordinário para justificar a utilização da medida provisória. Se a necessidade de arrecadação – fato – pudesse, por si só, justificar o manejo de questões tributárias por meio de medida provisória, não há dúvida de que, em poucos anos, ruiria por inteiro a rigidez<sup>33</sup> do sistema tributário nacional<sup>34</sup>. Isso porque é sabido que o Governo estará quase sempre pressionado pela necessidade de arrecadar. Essa justificativa, portanto, não é suficiente para possibilitar a burla ao processo legislativo, cujo resultado, ao fim, interfere com a própria separação dos poderes. Com efeito, ao impedir que os representantes da sociedade – que arca com a elevação da carga tributária – possam legitimamente discutir e votar esse tipo de matéria em obediência ao procedimento constitucionalmente previsto, o Executivo parece afrontar o art. 2º da Constituição Federal.

Não se desconhece, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal tem entendido, em regra, que, “conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência”<sup>35</sup>.

A temática em apreciação parece consubstanciar exatamente a exceção que possibilita esse tipo de análise por parte do STF. Primeiro, porque a jurisprudência do STF ainda não analisou se, ao lado da necessidade de demonstração da urgência e relevância, a ausência

<sup>33</sup> De acordo com Geraldo Ataliba, “Da hirta distribuição de faculdades tributárias, da implícita consagração da permissibilidade expressa, como condição do exercício da tributação, decorre necessariamente a inflexibilidade total do sistema. As finalidades da rigidez da discriminação de rendas são: obviar a bitributação jurídica – o que se conseguiu amplamente –, assegurar efetivamente a autonomia financeira das pessoas políticas e evitar conflitos de competência em matéria tributária”. (ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 24).

<sup>34</sup> A propósito do tema, Luciano Felício Fuck assenta que “independentemente do entendimento de que as normas de competência tributária cuidam de tipos ou de conceitos, é indubitável que as normas constitucionais limitam a produção de normas jurídicas que instituem tributos, circunscrevendo o âmbito de liberdade do legislador de forma exaustiva” (FUCK, Luciano Felício, **Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.80)

<sup>35</sup> “CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência. 2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, conseqüentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. 3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados. 4. Recurso extraordinário provido.” (RE 592377, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-055 DIVULG 19-03-2015 PUBLIC 20-03-2015)

de indicação de fato extraordinário e imprevisto macula a utilização de medida provisória. Esse tema possui alta sensibilidade jurídica e encontra-se presente na hipótese, dado que a necessidade de arrecadação é um fato corrente, previsível e que – em tese – sempre pode ser utilizado para justificar a medida provisória. Segundo, porque, mesmo na hipótese de se admitir como fato caracterizador de urgência e relevância da medida a mera menção a princípios constitucionais, o Tribunal precisaria ao menos estabelecer se é necessário demonstrar empiricamente a disparidade na capacidade contributiva entre os atingidos pela majoração e os não atingidos por ela, o que não foi feito na hipótese.

É preciso ressaltar, ainda, que os vícios ora apontados não podem ser considerados convalidados com a conversão da MP em lei. Segundo o Supremo Tribunal Federal, “a lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade”.<sup>36</sup>

Sob o ângulo da inconstitucionalidade material está em questão a alegada afronta ao art. 195, §9º, da Constituição. Conforme visto nos tópicos anteriores, além da necessidade de arrecadação, a justificativa jurídica para as majorações da CSLL realizadas em 2008 e 2015 (Leis 11.727/2008 e 13.169/2015) foi a exigência constitucional de adequar a calibração da carga tributária à capacidade contributiva dos diversos atores da economia. Conferiu-se particular destaque à lucratividade das instituições financeiras e assemelhadas para motivar as majorações em tela.

O problema é que o artigo 195, § 9º, da Constituição não elegeu propriamente a “lucratividade” como um dos critérios que poderiam, por si só, justificar um tratamento diferenciado entre contribuintes.

A Constituição é bastante clara ao determinar como fatores de discrimen, apenas, (a) a atividade econômica; (b) a utilização intensiva de mão-de-obra; (c) o porte da empresa ou (d) a condição estrutural do mercado de trabalho. Não há um quinto critério relacionado à lucratividade das empresas, até porque a base de cálculo da contribuinte já repousa nesse critério: o lucro líquido das companhias! A lucratividade sempre foi a base ínsita das contribuições, razão por que sua utilização para fins de tratamento diferenciado implicaria a possibilidade de estabelecimento de uma alíquota distinta para cada contribuinte brasileiro, tudo a depender de sua lucratividade. Afinal, a lucratividade é inerente a todas as atividades econômicas. Por isso que a Constituição não elegeu a lucratividade como critério para a diferenciação de alíquotas.

Desse modo, se as majorações da CSLL em análise pautaram-se exclusivamente no fator “lucratividade”, é de se questionar a constitucionalidade das normas que as introduziram por ofensa direta ao artigo 195, § 9º, da Constituição.

Ademais, mesmo que se admitisse a lucratividade como critério adequado para a diferenciação das alíquotas da CSLL, há outros aspectos a se discutir quanto às Leis 11.727/2008 e 13.169/2015.

Com efeito, por mais que seja constitucional a faculdade para se ter alíquotas diferenciadas das contribuições sociais “em razão da atividade econômica”, isso, por si só, não autoriza que seja exercida sem justificação, sem considerar fatos econômicos e financeiros e sem atentar que a tributação não deve resultar em incidência tributária desigual entre

36 STF, ADI 4048, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ: 26/10/2007.

contribuintes que se encontrem em situação equivalente<sup>37</sup>, sob pena de violar o princípio da igualdade em matéria tributária, constante do artigo 150, II, da Constituição<sup>38</sup>

Neste sentido, uma contribuição somente poderia ser agravada sobre uma atividade em detrimento de outras se fosse cabalmente incontroverso tratar-se de setor com maior capacidade contributiva do que outros ou mesmo que a base sobre a qual incidisse fosse originalmente também diferenciada e com proporção semelhante. Isto significa que aquela atividade poderia ser sujeita a maior incidência uma vez que gera mais base, no sentido de que apresenta uma base superior à observada nas demais atividades.

A neutralidade tributária<sup>39</sup> para a economia seria assim preservada mesmo quando se aplicassem alíquotas diferentes. Hamilton Dias de Souza explica que a neutralidade “deriva do atinente à livre concorrência que, por sua vez, se conecta com o que prestigia a liberdade de iniciativa, seja no sentido de liberdade de acesso ao mercado, seja no de livre conformação e disposição da atividade econômica”<sup>40</sup>. Ou seja, a neutralidade tem por obséquio prestigiar a liberdade de iniciativa e a livre concorrência como decorrências do princípio da isonomia tributária.<sup>41</sup>

O princípio da igualdade – ou da isonomia tributária – não permite o tratamento desigual a contribuintes que se encontram em situação equivalente. Admite, porém, uma situação diferenciada para aqueles que estejam em situação distinta. Afinal, segundo Léon Duguit, “a igualdade absoluta de todos os homens, que constitui premissa lógica da doutrina individualista, revela-se contraditória na prática. Os homens, muito longe de serem iguais, são essencialmente diferentes entre si, e essas diferenças, por sua vez, acentuam-se conforme o grau de civilização da sociedade”.<sup>42</sup>

A disparidade de riqueza histórica entre os homens e, conseqüentemente, entre os contribuintes inspirou o constituinte a estabelecer expressamente no texto da Constituição o princípio da capacidade contributiva como forma de realização de justiça fiscal<sup>43</sup>.

37 “a presunção de igualdade concorre para o ônus de comprovação. Sua prevalência axiológica requer que o ente estatal dispense igualdade de tratamento entre os contribuintes, a não ser que comprove que eles não estão na mesma situação. A desigualdade de fato não pode ser presumida. Deve, antes ser comprovada. (...) Se a Constituição estabelece que os contribuintes devem ser tratados igualmente, a não ser que existam razões para tratá-los diferentemente, há uma presunção a favor da igualdade ou contra a desigualdade. Em outras palavras, não há necessidade de justificar o tratamento igual. Há dever de justificar o tratamento desigual.” (ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 158-159).

38 “Dou destaque a um princípio constitucional limitador da tributação, o princípio da igualdade tributária, que está inscrito no art. 150, II, da Constituição. Esse princípio se realiza, lembra Geraldo Ataliba, no tocante aos impostos, mediante a observância da capacidade contributiva (CF, art. 145, § 1º); quanto às contribuições, por meio da ‘proporcionalidade entre o efeito da ação estatal (o seu reflexo no patrimônio dos particulares) e o seu custo’, ou, noutras palavras, por meio da proporcionalidade entre o custo da obra pública e a valorização que esta trouxe para o imóvel do particular; e, referentemente às taxas, ‘pelo específico princípio da retribuição ou remuneração. Cada um consome uma certa quantidade de serviço público e remunera o custo daquela quantidade’ (Geraldo Ataliba, “Sistema Tributário na Constituição de 1988”, *Rev. de Dir. Trib.*, 51/140) (ADI 447, rel. min. Octavio Gallotti, voto do min. Carlos Velloso, j. 5-6-1991, DJ de 5-3-1993).

39 “No que se refere à neutralidade, o termo traz no étimo opção político-ideológica clara: o tributo, tanto quanto possível, não deve interferir no processo de trocas econômicas ou, pelo menos, não deve gerar distorções” (CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 77.)

40 SOUZA, Hamilton Dias de. **Desvios concorrenciais tributários e a função da Constituição**, CONJUR, 21 de set. de 2006. Disponível em: < [http://www.conjur.com.br/2006-set-21/desvios\\_concorrenciais\\_tributarios\\_funcao\\_constituicao](http://www.conjur.com.br/2006-set-21/desvios_concorrenciais_tributarios_funcao_constituicao)>. Acesso em: 9 abr. 2016, p. 1.

41 “O princípio é particularizado, no campo dos tributos, pelo art. 150, II, ao prescrever a instituição de ‘tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos’. Esta proclamação sublinha a ociosidade, ao vedar a desigualdade entre os equivalentes e a distinção com base na ocupação do contribuinte”. (AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158.)

“A igualdade consiste, no caso, na proporcionalidade da incidência à capacidade contributiva, em função da utilidade marginal da riqueza.” (MACHADO, Hugo de Brito; **Curso de Direito Tributário**, 26ª Edição, Editora Malheiros, p. 52).

42 DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução Márcio Pugliesi. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2006, p. 16.

43 “(...) fincada na ideia de justiça fiscal, a noção de capacidade contributiva remonta sua origem ao próprio surgimento do tributo. Registra-se que, já no antigo Egito, concebia-se que os tributos deveriam guardar, de alguma forma, relação com a riqueza daqueles que os deveriam pagar. Também os filósofos gregos pregavam o ideal de justiça distributiva, segundo a qual a desigualdade remunera cada um consoante seus méritos (...).” (COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15).

Pela lógica exposta, e considerando que as exposições de motivos dos diplomas em análise ancoraram-se no princípio da capacidade contributiva para justificar a majoração das alíquotas da CSLL para alguns setores, é de se imaginar que o Executivo – e posteriormente o Legislativo – supuseram que as atividades das instituições financeiras e das seguradoras possuíam condições de gerar mais lucro do que as demais atividades que continuaram sujeitas a uma taxa inferior, a alíquota normal.

Apurar se essa condição foi atendida no caso da CSLL, à luz dos fatos econômicos e financeiros, é, portanto, crucial para este debate.

### 3.2 Aspectos Econômico-Financeiros

Cabe, portanto, examinar como o lucro tem sido gerado comparativamente entre atividades submetidas à alíquota ampliada *vis-à-vis* aquelas sujeitas a uma alíquota normal. Importa também atentar para a diferença entre elas. Se houver graves disparidades entre os contribuintes sujeitos à alíquota ampliada ou mesmo entre estes e os demais que permaneceram contribuindo com base na alíquota normal não haverá dúvida quanto à afronta aos artigos 145, § 1º, 150, II e 195, §9º, da Constituição.

Saliente-se que os dados empíricos abaixo mencionados não foram, até o momento, analisados por nenhum julgado monocrático do STF sobre o tema de que se cuida. Ao tratar da ofensa à isonomia ou à capacidade contributiva, as poucas decisões existentes do STF (RE 659534 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe-227 4.10-2017 e ARE 949005 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe-207 28.9.2016) afastaram tais alegações ao fundamento de que isso já teria sido definido pelo Tribunal<sup>44</sup> à luz das legislações de 1988 (Lei 7.689/88) e 1989 (Lei 7.856/89). Ocorre que os dados relacionados à capacidade contributiva dos setores atingidos pelas majorações das alíquotas da CSLL realizadas naquela década de 1980 obviamente são distintos dos que se apresentaram na segunda década dos anos 2000.

De fato, é possível recorrer a levantamentos realizados junto aos maiores contribuintes do país. A análise mais completa, atualizada e disponível para consulta pública é a realizada pelo jornal Valor Econômico, divulgada sob o título de “Ranking dos 1000 maiores”. Serão analisados dados de 2007 e 2008 em função da majoração da CSLL realizada pela MP convertida na Lei 11.727/2008 e também aqueles relacionados ao ano de 2015, por relacionar-se com a edição da Lei 13.169/2015, instituidora da segunda majoração para o grupo em análise.

A edição de 2007 da pesquisa revelou que em 2006 o setor bancário foi apenas o nono mais lucrativo com rentabilidade do Patrimônio Líquido – PL de 19,5%. O setor com maior lucro foi o de mineração com um percentual de 38,2% de lucratividade, seguido pelos setores de mecânica (25,2%), petróleo (23,9%), metalurgia e siderurgia (22,9%), serviços especializados (22,6%), comércio exterior (22,2%), farmacêutica e cosméticos (20,6%) e veículos e peças (19,7%).

Por outro lado, as empresas de *leasing* e de seguro-saúde tiveram baixa lucratividade, de 9,6% e 12,8%, respectivamente. Não há, pois, como justificar para essas empresas uma tributação maior do que aquelas inseridas em setores muito mais lucrativos!

O mesmo pode ser dito em relação às financeiras que tiveram lucratividade de 16,2% na pesquisa de 2007, ficando em 12º lugar no aludido ranking. Mesmo as empresas de seguros gerais e corretoras de valores mobiliários, cuja lucratividade ficou em 23% e 22%, respectivamente, embora tenham tido resultado melhor do que as arrendadoras e as empresas de seguro de

44 Nos Recursos Extraordinários 197.790-6/MG (Min. Ilmar Galvão) e 181.664-3/RS (Min. Ilmar Galvão).

saúde, ainda assim tiveram lucratividade menor do que os setores de mineração, mecânica e petróleo.

Já na pesquisa realizada em 2008 a atividade econômica de serviços financeiros foi apenas a quarta mais lucrativa (26,5%), seguida pela de finanças e seguros em quinto (24,2%). Na frente dessas instituições financeiras ficaram diversas outras empresas. Primeiro as empresas de “outros setores” com 44,3% de lucratividade, seguidas pelas integrantes das atividades de mineração (34,7%), metalurgia e siderurgia (27,6%).

Como se observa, os dados empíricos não sustentam o tratamento diferenciado pretendido pela Lei 11.727 de 2008.

Do mesmo modo, a edição de 2015 da pesquisa do Valor Econômico, com dados coletados junto ao balanço do exercício financeiro de 2014, parece demonstrar que a os fundamentos que justificariam Lei 13.169/2015 também não possuem, a rigor, lastro na realidade.<sup>45</sup> O levantamento compreende 1.000 empresas e mais 241 instituições financeiras, empresas de seguro e de capitalização, de planos de saúde e de resseguro, ou seja, somam 1.241 pessoas jurídicas. Como esta análise é focada na CSLL e a sua base de cálculo é o lucro, foi selecionado naquele universo de pessoas jurídicas apenas as que reportaram resultado positivo em 2014 – ou seja, 925 pessoas jurídicas. Foram descartados os casos de liquidação extrajudicial e falência.

Como o seu fato gerador é o lucro, em valor (e não a margem de rentabilidade), a análise comparada destaca os montantes de tais resultados. A comparação dos lucros reportados na pesquisa do jornal Valor Econômico resulta em evidências atualizadas e consistentes para responder a questão da capacidade de geração diferenciada de lucro que, por sua vez, deveria justificar, em tese, a aplicação de alíquotas tão díspares no caso da CSLL.

O levantamento apresenta em separado seguradoras e operadoras de planos de saúde, sendo identificados 8 e 43 como pessoas jurídicas lucrativas.

Na soma dos resultados positivos, o das seguradoras supera o dos planos – a saber, R\$ 1,689 bilhões contra 1,233 bilhões, pela ordem. O mesmo vale para o patrimônio líquido – a saber, R\$ 9,942 bilhões e 5,515 bilhões, mesma ordem.

Quando considerados os índices de rentabilidade, essa relação se inverte – na média ponderada, 17% para seguradoras *vis-à-vis* 22,4% dos planos; na média simples, 13,2% e 22,6%, respectivamente. Portanto, ainda que as seguradoras sejam maiores (em volume) do que os planos, estes são relativamente muito mais rentáveis.

Do outro lado do resultado, o prejuízo registrado em tais atividades é razoável entre as maiores empresas listadas: R\$ 0,2 bilhões na soma das seguradoras e R\$ 0,5 bilhões na dos planos de saúde. Porém, o número de seguradoras especializadas com prejuízo (3 em 8 empresas levantadas) é proporcionalmente maior que entre operadoras de planos de saúde (7 em 50 empresas) – ou seja, são deficitários 27% e 14% dos pesquisados, na mesma ordem.

As diferentes leituras possíveis dos balanços comparados das maiores empresas e instituições atuantes não deixam dúvidas de que não há fundamento empírico para a ideia de que seguradoras e bancos lucrem mais, nem em termos relativos, nem mesmo absolutos, do que as empresas. É possível cogitar-se, portanto, do alegado descumprimento dos arts. 145, § 1º, 150, II e 195, § 9º, da Constituição.

No caso específico de cotejar produtos de saúde, as seguradoras já são menos rentáveis proporcionalmente do que as operadoras de planos de saúde – embora aquelas gerem um montante de lucro superior ao do conjunto dos planos.

Além disso, é preciso esclarecer que seguradoras e instituições financeiras possuem modelos de negócios extremamente distintos e desempenham papéis bastante diferentes

<sup>45</sup> Os dados por empresa e instituição relativos ao levantamento em 2015 são publicados, individualmente, na seguinte página da internet: <http://bit.ly/ikzWoVM>

na economia e mesmo na sociedade. Por isso, a incidência da CSLL de forma igual para contribuintes tão diferentes viola o primado da isonomia e da capacidade contributiva.

Com efeito, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE<sup>46</sup>, as seguradoras são tratadas de forma distinta das instituições financeiras. Ressalte-se que os conceitos, a nomenclatura e mesmo os códigos da CNAE seguem um padrão definido pelas Nações Unidas – ou seja, não é uma invenção ou adaptação brasileira.<sup>47</sup> A versão 2.0 da CNAE, em vigor desde 2006, conta com 21 seções, 87 divisões, 285 grupos, 673 classes e 1.301 subclasses<sup>48</sup>. Norsteia o sistema estatístico nacional, quando divulga dados por atividade, e a própria administração pública, na identificação para fins de cadastros e registros de pessoa jurídica.

Não apenas o IBGE, mas também a Receita Federal adota a CNAE<sup>49</sup> para fins de administrar a cobrança de tributos federais no Brasil, para padronizar códigos de atividade e como critério de enquadramento de contribuintes, inclusive no cadastro de pessoa jurídica (PJ). Contudo, o tratamento diferenciado estabelecido pela legislação não guarda correlação ou consistência com a classificação seguida. Atividades diferentes foram equiparadas como se tivessem fatos geradores iguais ou assemelhados.

Ao detalhar os diferentes ramos da “árvore” da CNAE, nota-se que seguradoras, bancos e demais instituições financeiras partem originalmente da mesma base, mas com desdobramentos próprios e bem diferentes, inclusive nas definições do que compreende cada atividade<sup>50</sup>.

À luz da classificação oficial, internacional e nacional, as atividades de seguros (divisão 65) não são classificadas junto a serviços financeiros (divisão 64), em que constam bancos, distribuidoras, corretoras e demais instituições, entidades citadas na Lei Complementar n. 105 de 2001, na qual se baseia a aplicação da alíquota majorada da CSLL.

Apesar de a Receita Federal anunciar que segue a classificação da CNAE, verifica-se que a cobrança da CSLL acabou igualando os desiguais. Isso é fruto do que foi arbitrado em lei, que equiparou as seguradoras às instituições financeiras, sem qualquer justificativa técnica, à luz da economia, das finanças, e, como se vê, também da estatística. É forçoso reconhecer que, sob a ótica da CNAE, é correto tratar empresas de capitalização como serviços financeiros, mas não é o caso dos seguros.

Se a mesma CNAE distingue claramente seguradoras (na divisão 65) e bancos (na divisão 64), por outro lado trata como da mesma categoria os planos de saúde (subgrupo 655)

46 O Brasil adota atualmente as classificações atribuídas à versão 2.0 da CNAE. Esta versão é resultado da revisão de 2007 da versão 1.0 da CNAE, a qual teve por objetivo dotar o País com uma classificação de atividades econômicas atualizada com as mudanças na estrutura e composição da economia brasileira e sincronizada com as alterações introduzidas na versão 4 da Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las Actividades Económicas– CIU/ISIC – ver: <http://bit.ly/2oQELQu>.

47 A classificação internacional de atividades econômicas adotada pelas Nações Unidas foi durante muito tempo conhecida no Brasil pela designação e sigla em inglês *International Standard Industrial Classification* – ISIC.

48 A tabela de códigos e denominações da CNAE foi oficializada mediante publicação no DOU - Resoluções IBGE/CONCLA nº 01 de 4/9/2006 e nº 02, de 15/12/ 2006.

A publicação da CNAE pelo IBGE está disponível em: <http://bit.ly/2oQDSaA>.

O mesmo instituto oferece um serviço de consulta em: <http://bit.ly/2oQDSYq>.

49 No portal da RFB, a página da CNAE está disponível em: <http://bit.ly/2oQE3D1>.

50 Assim é possível resumir as definições das classificações da CNAE:

- a seção K da CNAE compreende Atividades Financeiras, de seguros e serviços relacionados. Seguradoras e bancos aparecem no mesmo ramo oriundo do centro da árvore de classificações, mas isso não significa que exerçam atividades idênticas e nem próximas, porque a própria CNAE: abrange as unidades voltadas primordialmente à realização de transações financeiras, isto é, transações envolvendo a criação, liquidação e troca de propriedade de ativos financeiros; como também compreende as atividades de seguros, capitalização, resseguros, previdência complementar, planos de saúde e as atividades de serviços de apoio às transações financeiras e às atividades de seguros; enquadra nesta seção o Banco Central, a autoridade monetária do país.

- as definições acima já antecipam o desdobramento da mesma seção K em três divisões: Atividades de serviços financeiros (64); Seguros, resseguros, previdência complementar e planos de saúde (65); e Atividades auxiliares dos serviços financeiros, seguros, previdência complementar e planos de saúde (66).

A divisão 65, que compreende seguradoras, também é detalhada em cinco subgrupos: Seguros de vida e não-vida (651); Seguros saúde (652); Resseguros (653); Previdência complementar (654); e Planos de Saúde (655).

e os seguros de saúde (subgrupo 652). Isso fica mais evidente porque a classificação desdobra os seguros em dois subgrupos de certa forma balizados pelos de saúde, uma vez que o outro compreende seguros de vida e não-vida (subgrupo 651) – isto é, os demais seguros.

À luz da classificação internacional das atividades, também seguida no Brasil pelos serviços públicos de estatísticas (IBGE) e fazendário (RFB), as atividades de Seguros-Saúde (código de classe 65.20-1) e as de Planos de Saúde (código de classe 65.50-2) integram a mesma divisão (código 65) – denominada Seguros, Resseguros, Previdência Complementar e Planos de Saúde.

A equiparação na classificação de atividades se repete na regulação estatal. Há uma mesma legislação estruturante para seguro e para plano. As normas básicas para planos e seguros privados de assistência à saúde constam da Lei 9.656, de 3/6/1998.<sup>51</sup> A regulação estatal é, no caso das seguradoras especializadas em saúde, subordinada à fiscalização da Agência Nacional de Saúde – ANS, sendo planos e seguradoras tratadas igualmente como operadoras de saúde. Essa atividade é compartilhada com a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP (no caso das que operam seguro de saúde junto com outros ramos, conforme disposto na Lei n. 10.185 de 12/2/2001).<sup>52</sup> E a maior das evidências sobre a equiparação dos produtos respeita à perfeita portabilidade que existe entre seguros de saúde e planos de saúde.<sup>53</sup>

As citações aos planos de saúde devem ser entendidas como aplicadas também às cooperativas, aos entes de medicina de grupo e outras entidades que constituem as chamadas operadoras de saúde complementar, na forma da regulação estatal – isto é, além das seguradoras, que também constituem uma dessas operadoras.

Há uma inegável diferença e, mais, contradição entre, de um lado, a classificação estatística e a regulação das operadoras de saúde complementar, e, de outro, o tratamento tributário – em particular no caso da CSLL. Depois da lei mais recente, editada em 2015, referida contribuição passou a ser devida a uma alíquota (ampliada) de 20% sobre os lucros apurados nos seguros de saúde, que se tornou 2,2 vezes superior à alíquota (normal) de 9%, aplicada aos lucros dos planos de saúde, classificados entre os demais contribuintes da CSLL.

Não custa recordar que remonta ao ano de 2008 a lei que, para fins de CSLL, tanto passou a equiparar seguro a intermediação financeira, quanto aplicou sobre ambas atividades uma alíquota ampliada (que, na época, superava em apenas dois terços a normal, e a última alteração legal a levou a mais que o dobro).

Portanto, os seguros e os planos de saúde, duas atividades que são classificadas oficialmente como da mesma categoria no sistema estatístico nacional e para fins da administração pública, acabam recebendo um tratamento tributário diferente. Mais que isso, no caso dos lucros, esse tratamento resulta profundamente desigual.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do histórico da contribuição sobre o lucro líquido (CSLL) no Brasil e também das razões que amparam sua formatação atual põem em xeque o tratamento tributário que equipara seguradoras às instituições financeiras na legislação do respectivo tributo.

Desde já, do ponto de vista formal, é questionável o uso de medidas provisórias no caso pela falta dos pressupostos previstos no art. 62 da Constituição Federal.

<sup>51</sup> Íntegra em: <http://bit.ly/ijix6sr>

<sup>52</sup> Íntegra em: <http://bit.ly/ijixzuC>

<sup>53</sup> ANS divulga um guia sobre portabilidade em seu portal: <http://bit.ly/ijixNSp>

Ainda que superado esse argumento, importantes razões materiais levam a questionar a previsão diferenciada das Leis n. 11.727/2008 e 13.169/015. É que, por um lado, a “lucratividade”, razão para o tratamento tributário majorado dessas leis, não consta entre os fundamentos do § 9º do art. 195, que autoriza o tratamento tributário diferenciado, em matéria de contribuições sociais, considerando “a atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho”. Por outro lado, o fundamento do maior lucro não parece se confirmar em concreto quando tomadas estatísticas econômicas e contábeis para todas atividades a que as Leis n. 11.727/2008 e 13.169/015 conferem tratamento diferenciado.

Está em jogo, portanto, a constitucionalidade dos aludidos diplomas em face dos princípios da isonomia e capacidade contributiva previstos nos artigos 145, § 1º e 150, II da Constituição Federal.

As razões que justificam agravar a cobrança de contribuições sociais as Leis n. 11.727/2008 e 13.169/015 não parecem se confirmar em concreto, pondo em xeque a própria constitucionalidade desses atos normativos.

## REFERÊNCIAS

AGENCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Guia ANS De Planos De Saúde**. Disponível em: <http://bit.ly/1jixNSp>

ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 24

ATALIBA, Geraldo, **Sistema Tributário na Constituição de 1988**, Revista de Direito Tributário, 51/140.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 158-159.

\_\_\_\_\_. **Sistema Constitucional Tributário**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 92.

BRASIL. Congresso. Senado. **Art.1º do Decreto-Lei nº 2.426** de 7 de abril de 1988. Coleção de Leis da República Federativa do Brasil, Brasília, DF.

BRASIL. Congresso. Senado. Emenda Constitucional Nº 10, de 04 de Março de 1996. **Coleção de Leis da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/1MvFoXM>

BRASIL. Congresso. Senado. Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 01 de Março de 1994. **Coleção de Leis da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/1MvEDwk>

BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 195, inc. I, “c” da Constituição Federal, Emenda Constitucional nº 20 de 1998. Brasília, DF.



BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de Junho de 1998**. Congresso. Senado. Coleção de Leis da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/1jix6sr>

BRASIL. Lei nº 8.114, de 12 de dezembro de 1990. Presidência da República, Casa Civil, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/1PuuKEX>

BRASIL. **Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001**. Congresso. Senado. Coleção de Leis da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/1jixzuC>

BRASIL. **Lei nº 11.727, de 23 de Junho de 2008**. Congresso. Senado. Coleção de Leis da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/1Lco8jT>

BRASIL. Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991. Presidência da República, Casa Civil, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/1PuvFFg>

BRASIL. Lei Complementar nº 9.316, de 22 de novembro de 1996. Presidência da República, Casa Civil, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/1MvFPQg>

BRASIL. **Medida Provisória nº 22, de 6 de dezembro de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/1HCX2KC>

BRASIL. Medida Provisória nº 1.807-1, de 25 de Fevereiro de 1999. Presidência da República, Casa Civil, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/1MvFWeu>

BRASIL. Medida Provisória nº 1.858-10, de 26 de Outubro de 1999. Presidência da República, Casa Civil, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/1MvG263>

BRASIL. Medida Provisória nº **2.170-36**, de 23 de agosto de 2001. Presidência da República, Casa Civil, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/2x2KlHX>

BRASIL. Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de Agosto de 2001. Presidência da República, Casa Civil, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/1MvGBNa>

BRASIL. Medida Provisória nº 413 , de 3 de janeiro de 2008. Presidência da República, Casa Civil, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/2xzHnMJ>

BRASIL. Medida Provisória nº 675 , de 21 de maio de 2015. Presidência da República, Casa Civil, Brasília, DF. Disponível em: <http://bit.ly/1O5MidN>

BRASIL. **Resolução nº 158, de 1988**. Congresso. Senado. Coleção de Leis da República Federativa do Brasil, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-MC 2.213/DF**, Brasília, DF, 23 de março de 2004. Disponível em: <http://bit.ly/2y6Kc4I>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4048-1/DF**, Brasília, DF, 26 de outubro de 2004. Disponível em: <http://bit.ly/2x36ypv>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 138284**. Brasília, 01 de julho de 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592377**. Brasília, 04 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2h4mjmk>

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2013, p. 97.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentário à Constituição de 1988: sistema tributário**, 7ª ed. – Forense, 1997, p. 95.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 77.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução Márcio Pugliesi. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2006, p. 16.

FUCK, Luciano Felício, **Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.80

GRAU, Eros. **Medidas Provisórias na Constituição de 1988**. Revista dos Tribunais. RT, n. 79. ago./1990, vol. 658, p. 242.

IBGE. **Classificação Nacional de Atividades Econômicas, CNAE - versão 1.0. de 2007**. Disponível em: <http://bit.ly/2oQDSaA>.

IBGE. **Classificação Nacional de Atividades Econômicas, CNAE - versão 2.0. de 2010**. Disponível em: <http://bit.ly/2oQDSaA>

MINISTERIO DA FAZENDA. **Tributação da Renda no Brasil Pós-Real**, Ed. Brasília, Receita Federal em novembro de 2001, p.55.

MACHADO, Hugo de Brito; **Curso de Direito Tributário**, 26ª Edição, Editora Malheiros, p. 52

NOGUEIRA, Ruy Barbosa, **Curso de Direito Tributário**, São Paulo: Saraiva, 1980, pág. 124.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las Actividades Económicas - CIIU/ISIC, tercera revisión**. Disponível em: <http://bit.ly/2oQELQu>.

SOUZA, Hamilton Dias de. Medidas Provisórias e Abuso do Poder de legislar. In: **PRINCÍPIOS Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins**. São Paulo: Lex Editora, 2005. p. 583-590

\_\_\_\_\_. **Desvios concorrenciais Tributários e a Função da Constituição**. CONJUR, 21 de setembro de 2006. Disponível em: <http://bit.ly/2xlXlsS> Acesso em: 9 abr. 2016, p. 1.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória nº 413: inexistência de caso de relevância e urgência. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 151, p. 38-48 abr. 2008

\_\_\_\_\_. Contribuições, Medidas Provisórias e Reforma Tributária. **Interesse Nacional**, São Paulo, n. 20, p. 63, jan.-mar./2013

VALOR ECONÔMICO. **Ranking dos 1000 maiores: e as campeãs em 25 setores e 5 regiões**. Edição 2015. Disponível em: <http://bit.ly/1kzWoVM>

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

SITUAÇÃO JURÍDICA: A SUPRESSÃO DA AUTORIDADE  
PARENTAL POR ORDEM JUDICIAL E O POSTERIOR  
EXERCÍCIO (I)LEGAL DE DIREITOS E DEVERES  
PERANTE OS FILHOS

ANA CLÁUDIA CORRÊA ZUIN MATTOS DO AMARAL  
PAULO ROBERTO CIOLA DE CASTRO  
NAYARA RANGEL VASCONCELLOS

# SITUAÇÃO JURÍDICA: A SUPRESSÃO DA AUTORIDADE PARENTAL POR ORDEM JUDICIAL E O POSTERIOR EXERCÍCIO (I)LEGAL DE DIREITOS E DEVERES PERANTE OS FILHOS

## LEGAL SITUATION: THE PARENTAL AUTHORITY SUPPRESSION BY COURT ORDER AND THE SUBSEQUENT I(LEGAL) EXERCISE OF RIGHTS AND DUTIES TOWARDS CHILDREN

Recebido: 13/06/2018  
Aprovado: 22/10/2019

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral<sup>1</sup>  
Paulo Roberto Ciola de Castro<sup>2</sup>  
Nayara Rangel Vasconcellos<sup>3</sup>

### RESUMO:

Explicita-se a evolução da noção clássica de relação jurídica, associada aos sujeitos de direito, à situação jurídica, referente aos centros ou núcleos de direitos e interesses. Empreende-se um exame casuístico, no qual o restabelecimento do poder parental é pleiteado pela genitora, mesmo não havendo amparo no direito objetivo nesse sentido. Referida apuração causal ocorre sob a perspectiva de disposições normativas afetas ao direito das famílias, expondo-se pessoas como núcleos de interesses, em face de decisões judiciais. A partir do método científico dedutivo, reunindo-se conceitos doutrinários, demonstra-se que o reconhecimento da existência do núcleo de interesses permite o restabelecimento da autoridade parental, materializando-se a situação fática existente, mesmo em detrimento de ordem judicial anterior que extinguiu o poder parental.

**Palavras-chave:** Relação Jurídica. Direito Subjetivo. Situação Jurídica. Núcleo de Interesses. Autoridade Parental.

### ABSTRACT:

Explicit the evolution of classic juridical relation, associated to subjects of law, to juridical situation, related to center or nucleus of rights and interests. Analysis a practice case in which the reinstatement of parental power is sought by the mother, even though there is no support in the objective right in that sense. The study of the practical case is carried out under the perspective

<sup>1</sup> Doutora em Direito das Relações Sociais, Área de Concentração em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Mestrado em Direito Negocial (2002) e Graduação em Direito (1989) pela Universidade Estadual de Londrina. Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial e do Curso de Graduação e Pós Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina. Professora Colaboradora-Convidada do Curso de Pós Graduação em Direito Civil Contemporâneo do Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Sócio-Econômicas. Email: anaclaudiazuin@live.com

<sup>2</sup> Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, do Estado do Paraná. Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade de Direito Damásio. Email: paulociola@gmail.com

<sup>3</sup> Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Empresarial pela Universidade Gama Filho. Pós-graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Juíza do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: nayara.rangel@yahoo.com.br.

of normative dispositions affected to the right of the families, being exposed people like nuclei of interests, in face of judicial decisions. From the deductive scientific method, bringing together doctrinal concepts, it is demonstrated that the recognition of the existence of the core of interests allows the reestablishment of parental authority, materializing the existing factual situation, even to the detriment of a previous judicial order that extinguished the parental power.

**Keywords:** Juridical Relation. Subjective Right. Juridical Situation. Nucleus of Interests. Parental Authority.

## 1. INTRODUÇÃO

No âmbito das relações jurídicas, busca-se hodiernamente desvelar a coexistência de duas possíveis interpretações: de um lado, observa-se a clássica noção de relação jurídica, segundo a qual as partes situam-se em polos obrigacionais antagônicos e exercem direitos previstos em lei entre si; noutra prisma, podem os agentes que se relacionam negocialmente ser compreendidos como representantes, cada qual, de um núcleo de interesses, em torno do qual, além de normas do direito posto, gravitam disposições normativas e princípios jurídicos entendidos de maneira sistemática, ou mesmo holística.

Sob este viés, analisa-se o seguinte caso concreto, em síntese: uma mãe que é destituída do poder familiar, por permitir a prática de ato libidinoso contra sua prole, sendo condenada à prisão como consequência final. Ao sair da prisão, quatro anos mais tarde, buscou seus filhos que estavam em poder da avó materna, retomando a convivência com esses, e, no plano fático, passou novamente a exercer o poder familiar. Ato contínuo, a genitora ajuizou demanda perante o Poder Judiciário, buscando o restabelecimento do poder parental.

Analisando-se as disposições normativas vigentes, verifica-se a ausência de supedâneo legal que possibilite o restabelecimento do poder familiar. Ou seja, não há amparo objetivo à genitora que veiculou tal pretensão. Assim, desse ponto exsurge a controvertida questão: seria possível, superando-se o paradigma clássico da relação jurídica, utilizar-se o jurista de noções concernentes à situação jurídica, de modo a se concluir pelo restabelecimento do poder familiar, ainda que não haja possibilidade objetiva prevista nesse sentido?

Almeja-se explicitar o significado das situações jurídicas, seus impactos e efeitos, em face de normas de direito subjetivo clássico, apresentando-se princípios jurídicos e uma visão sistêmica. Trata-se da evolução do paradigma hermenêutico, possibilitando-se o reconhecimento de situações cuja previsão normativa clássica é lacunosa ou mesmo inexistente. Consequentemente, direitos fundamentais, explicitados mediante redações porosas e abertas a interpretações, seriam naturalmente concretizados.

Inicialmente, esmiúçam-se conceitos relacionados à relação jurídica e à situação jurídica, permitindo-se a compreensão da evolução paradigmática que possibilitou ao intérprete inserir os interesses no contexto dos sujeitos de direito, que eram outrora vistos como partícipes de uma relação inflexível. Por conseguinte, realiza-se a análise do caso concreto, com o objetivo de situar no plano fático os núcleos de interesse, de modo a se perceber a possibilidade de reconhecimento de efeitos atribuídos pelo ordenamento jurídico aos centros de interesses. Da reunião conceitual, retira-se a conclusão acerca de qual será o cunho decisório adequado à resolução do conflito – restabelecimento ou não do poder parental, mesmo sem norma objetiva nesse sentido.

## 2. OS PRIMEIROS CONTATOS COM O TEMA: DA RELAÇÃO JURÍDICA À SITUAÇÃO JURÍDICA

Pode-se afirmar que pessoas envolvidas em relações negociais têm poderes para elaborar regras entre si, com o intuito de produzirem os efeitos jurídicos pretendidos. Noutras palavras, podem as partes realizar acordos de vontade, dos quais resultarão a criação, a modificação ou a extinção de direitos e deveres. Nessa perspectiva, percebe-se o polo ativo e o polo passivo de uma relação obrigacional: o adquirente e o alienante, o locatário e o locador, o mutuário e o mutuante, e ainda diversas outras posições pontualmente previstas.

Sob essa perspectiva, os agentes que pactuam negócios jurídicos, autorizados pelo princípio da autonomia privada<sup>4</sup>, dispõem da limitada liberdade que possuem na estipulação dos acordos de vontade. Ressalte-se que essa limitação à liberdade diz respeito, justamente, às estipulações prévias colocadas pelo legislador aos agentes que figuram nos polos das relações obrigacionais. Note-se, ilustrativamente, que não cabe ao locador deixar de observar disposições da Lei nº 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), sendo sua autonomia naturalmente tolhida pelo dirigismo contratual<sup>5</sup> sobre essa espécie contratual.

O direito, como hoje ensinado e aprendido, estruturado cientificamente, não descarta da clássica separação direito objetivo (*norma agendi* – para indicar as previsões abstratas do ordenamento) vs. direito subjetivo (para caracterizar a concretude normativa na esfera de atuação do indivíduo, a quem a *facultas agendi* permite atuar segundo a vontade na realização de um interesse) (AMARAL; PONA, 2016, p. 22).

Trilhando-se o caminho pela premissa clássica, infere-se que as condutas humanas se amparam, primordialmente, na norma jurídica. As partes buscam o lastro previsto em lei para o negócio que pretendem praticar (direito objetivo – previsões abstratas), assim como se pautam na parcela de liberdade que lhes é conferida pelo ordenamento jurídico (direito subjetivo – autonomia privada). Buscam as partes alocar-se numa ou noutra posição jurídica, sendo agentes ativos ou passivos, credoras ou devedoras, de tal modo que o vislumbre de seus deveres e obrigações se apresenta claro em toda e qualquer relação obrigacional.

Nesse ambiente, Pietro Perlingieri (2007, p. 675) aponta o direito subjetivo como “um poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito”. Com base neste conceito, e conforme anteriormente abordado, pode-se entender que a atuação do indivíduo é limitada ao que o ordenamento prevê, ou seja, a verdadeira liberdade contratual, ou a manifestação da vontade e o exercício da liberdade, só ocorrem até o limite legal – prostrando-se perante o dirigismo contratual.

*Direito subjetivo*, no sentido específico e próprio deste termo, só existe quando a situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem. O núcleo do conceito de direito subjetivo é a

4 “De início, a autonomia privada foi compreendida como sendo a expressão de uma liberdade, de uma faculdade individual; já, modernamente, reduzido o papel da vontade individual, a autonomia privada recebeu uma conotação social, passando a ser visualizada como uma manifestação do poder de criar normas, atribuído pelo ordenamento jurídico” (CATALAN, 2002, p. 435). Ressalte-se que “a autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial (PRATA, 1982, p. 13). Nesse último sentido, nota-se que a autonomia privada deixa espaço às partes apenas quanto à liberdade relacionada aos negócios jurídicos que celebram.

5 O dirigismo contratual, como uma postura estatal que se acentuou após a constatação dos desequilíbrios sociais evidenciados sob as influências do modelo de Estado liberal vigente século XIX, pode ser entendido por uma prática na qual “O Estado intervém, então, nas relações contratuais, buscando garantir um relativo equilíbrio, o que faz com fundamento na ordem pública e na boa-fé, objetivando salvaguardar os interesses dos vulneráveis. Com isso, o individualismo foi paulatinamente sendo relegado a um papel secundário, visto que a necessidade de intervenção legislativa estava em desconformidade com a estrutura doutrinária concebida no século XIX. Foram editadas inúmeras leis que impuseram limites à liberdade contratual, o que se deu pela expressa vedação de determinadas cláusulas e pela definição de algumas regras mínimas. Desse modo, em certos setores que interessavam a toda a coletividade e ao Estado, passou a existir um dirigismo contratual” (ZANINI, 2017, p. 78).

*pretensão (Anspruch)*, a qual pressupõe que sejam *correspectivos* aquilo que é *pretendido* por um sujeito e aquilo que é *devido* pelo outro (tal como se dá nos contratos) ou que pelo menos entre a *pretensão* do titular do direito subjetivo e o *comportamento exigido* de outrem haja certa *proporcionalidade* compatível com a regra de direito aplicável à espécie (REALE, 2002, p. 259).

Uma questão problemática afeta a este modelo clássico é a seguinte: ao conceber o individualismo e a autonomia privada na busca de interesses pessoais e exclusivos do sujeito, ficam enrijecidos os efeitos da relação jurídica, haja vista estarem previamente definidos nas disposições normativas de direito objetivo correspondentes à espécie negocial escolhida pelas partes.

Ressalte-se que os efeitos acima apontados não dizem respeito às consequências negociais (efeitos mediatos) pretendidas pelas partes<sup>6</sup>, que assim dispuseram de acordo com sua autonomia. Referidos efeitos estão relacionados às possibilidades que teriam as partes de exigir posturas da outra, reciprocamente, ainda que inexistentes comandos objetivos nas normas da espécie negocial correspondente.

Ocorre que esses limites normativos – impostos tanto pelos contornos da norma objetiva abstrata específica, quanto pelas fronteiras da autonomia privada – podem significar obstáculos a situações fáticas que reclamam soluções diversas daquelas rigidamente preconizadas pelo legislador. Como efeito último, este paradigma clássico impõe bloqueios ao hermeneuta, que ao buscar realizar a simples subsunção do fato à norma, simplesmente não encontrará nesta última qualquer possibilidade de enquadramento: não existirá, em muitas situações, disposição normativa alguma que se relacione à pretensão de alguma das partes envolvida na relação jurídica.

Afigura-se salutar conceituar, destarte, as situações jurídicas, evoluindo-se a noção outrora predominante da relação jurídica clássica. Marcos Bernardes de Mello (2004, p. 78-79) aponta que “situação jurídica” é uma expressão que pode ser utilizada em duas acepções: i) em sentido amplo, para designar toda e qualquer consequência que surge no mundo jurídico em decorrência do surgimento de um fato jurídico; ii) em sentido mais restrito, para designar os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica.

Tem-se que as situações jurídicas *lato sensu* abarcam todo o tipo de eficácia jurídica, inclusive a relação jurídica, esta significando uma espécie de situação jurídica. Já as situações jurídicas *stricto sensu* designam os demais tipos de eficácia jurídica, menos a relação jurídica (MELLO, 2004, p. 79).

[...] haverá *situação jurídica subjetiva* toda vez que o modo de ser, de pretender ou de agir de uma pessoa corresponder ao tipo de atividade ou pretensão abstratamente configurado numa ou mais regras de direito. Daí dizermos, numa síntese, que engloba os dois momentos acima distintos, que *situação subjetiva é a possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito* (REALE, 2002, p. 259).

Justamente por se compreender a estrutura das relações jurídicas, possibilitou-se analisar as situações subjetivas sob uma perspectiva relacional, na qual cada situação somente pode ser apreciada no âmbito de uma relação jurídica e à luz da situação jurídica a ela contraposta. Percebe-se um sistema no qual relacionam-se não partes ativas e passivas; antes, interação entre si núcleos de interesses, ou situações jurídicas representadas por seus respectivos titulares.

<sup>6</sup> Se para os atos jurídico *stricto sensu* já estão previstos em lei os efeitos; para os negócios jurídicos, sob a perspectiva clássica, os efeitos imediatos (disposições legais objetivas aplicáveis) já estariam inarredavelmente previstos em lei, igualmente. Somente dispõem as partes sobre os efeitos mediatos, relacionados aos bens da vida que pretendem conquistar.



Em uma visão conforme aos princípios de solidariedade social, o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos civilísticos em termos exclusivos de atribuição de direitos. O ordenamento não é somente um conjunto de normas, mas também um sistema de relações: o ordenamento, no seu aspecto dinâmico, não é nada mais que o nascimento, a realização, a modificação e a extinção de relações jurídicas, isto é, o conjunto das suas vicissitudes (PERLINGIERI, 2007, p. 728-729).

Em relações jurídicas, as partes envolvidas são consideradas sujeitos de direito munidas de direitos subjetivos descritos nas normas de direito objetivo. As pessoas, então, por serem consideradas sujeitos de direito, buscariam nas normas objetivas seus direitos subjetivos, estaticamente definidos, e desse modo figurariam em relações jurídicas.

Conforme Maria Helena Diniz (2007, p. 113-114), sujeito de direito seria o indivíduo que “é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção de uma decisão judicial”. Pode-se dizer, então, que o sujeito de direito compõe a estrutura da relação jurídica, e que seus deveres, pretensões ou titularidades<sup>7</sup> encontram amparo em norma objetiva.

Ainda, como efeitos de fatos jurídicos (entendidos esses efeitos por situações jurídicas), encontram-se o ônus e a faculdade. Consiste o ônus na “necessidade que o agente tem de comportar-se de determinado modo para realizar interesse próprio, como, por exemplo, o ônus da prova para quem deseja defender judicialmente um direito seu (AMARAL, 2006, p. 200). Doutro lado, as faculdades jurídicas traduzem-se pela “possibilidade de atuação jurídica que o direito reconhece na pessoa que se encontra em determinada situação. Por exemplo, o direito de propriedade, (CC, art. 1228), confere ao titular as faculdades de usar, gozar e de dispor da coisa (AMARAL, 2006, p. 202).

Não obstante, quando colocadas sob discussão situações existenciais, relacionadas à dignidade humana ou a direitos fundamentais<sup>8</sup>, por exemplo, sabe-se que as disposições normativas correspondentes são principiológicas. E os princípios, ao contrário de regras, possuem grau de abstração elevado, exigindo-se do intérprete esforços interpretativos holísticos. Por esse motivo, indaga-se a respeito de quais seriam, exatamente, os deveres, pretensões e titularidades do sujeito de direito advindas dos princípios, e mesmo de conceitos jurídicos indeterminados (como a boa-fé objetiva), naturalmente polissêmicos.

---

7 Compreenda-se o **dever jurídico** como “[...] a necessidade de se observar certo comportamento, positivo ou negativo, a que tem direito o titular do direito subjetivo. A este se contrapõe. Se for descumprido, sujeita-se o infrator às sanções preestabelecidas” (AMARAL, 2006, p. 200). A **pretensão** “[...] pressupõe o direito subjetivo e o do correspondente dever. Mas existem direitos que não dão origem a pretensões, os direitos potestativos, a que não correspondem deveres. O conceito de pretensão é, assim, útil para se distinguirem os direitos subjetivos dos direitos potestativos. Estes não têm deveres, não podem ser lesados, logo, não geram pretensão” (AMARAL, 2006, p. 204).

8 Sobre a dignidade da pessoa humana, esclareça-se: “O Direito do século XXI não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser utilizados retoricamente em qualquer tese. Mal o século XX se livrou do vazio do “*bando dos quatro*” – os quatro conceitos jurídico indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público –, preenchendo-os, pela lei, doutrina e Jurisprudência, com alguma diretriz material, que surge, agora, no século XXI, problema idêntico com a expressão ‘*dignidade da pessoa humana*!’” (AZEVEDO, 2001, p. 112). Os conceitos acerca da dignidade humana e dos direitos fundamentais serão explicitados no item seguinte.

De antemão, percebe-se que a noção clássica da relação jurídica impossibilita esse tipo de análise. Não seria possível, considerando-se a estática posição das partes envolvidas na relação jurídica, retirar deveres, pretensões e titularidades do direito objetivo pautado em regras claras, até mesmo porque o intérprete não as encontraria. Cabe ao jurista, nessa situação, abrir mão da subsunção e partir à prática do método normativo-estruturante<sup>9</sup>.

Esclareça-se, outrossim, que não se pretende dizer ser impossível o reconhecimento de aplicação de princípios ou da proteção de direitos fundamentais dentro da relação jurídica. Expõe-se, no intuito de melhor definição dos institutos jurídicos, que o caminho adequado seria superar a noção de relação jurídica e avançar à situação jurídica, sendo este último modelo adequado ao reconhecimento de normas carregadas de teor valorativo.

Até mesmo a noção corrente acerca da norma acompanharia a evolução teórica. As normas não seriam “[...] textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, 2015, p. 50). Nesse ponto, em muito relaciona-se o núcleo de interesses – acoplado à situação jurídica –, com o método de interpretação, pois de fato, se não há disposição objetiva evidente, cabe ao intérprete criar a norma mediante o exercício interpretativo sistemático.

Verifica-se, desse modo, que o conjunto normativo de direitos subjetivos não é suficiente para alcançar e resolver todas as nuances das relações jurídicas, havendo um extensivo rol de situações jurídicas que não se verificam pela base normativa, mas que existem no mundo real, distante do mundo ideal do direito (PONA; AMARAL, 2016, pp. 56-57).

A existência de uma situação com implicações jurídicas, à revelia da disposição normativa, não impede o exercício de direitos e deveres inerentes ao núcleo de interesses imiscuído ao agente. Analisando-se a extensão das previsões normativas e a pluralidade de condutas humanas, tem-se que:

Em diversas situações, as previsões normativas esgotam e esmiúçam, detalham à exaustão as possibilidades jurídicas consequentes de determinado fato, ato ou situação. Essa “qualificação atributiva”, vezes tantas é suficiente para exaurir o escopo normativo pretendido pelo legislador para aquela conformação fática. As pretensões legislativas de tutela esgotam-se diretamente a partir da incidência da norma ao fato, previstas todas as cenas e atos sequentes da teatralidade jurídica (PONA; AMARAL, 2016, p. 67).

A vida humana não é, e não poderia ser revestida de teatralidade: as partes não praticam apenas o que está predeterminado em lei. Aliás, aponte-se que o Estado Democrático de Direito pressupõe e ampara-se nas decisões justas, corretas e acertadas, em detrimento do normativismo e de princípios pretéritos como o *dura lex sed lex* (a lei é dura, mas é a lei).

Compreende-se que determinados resultados sejam pretendidos pelos agentes, ainda que em afronta ao conjunto de leis, em razão do poder de autodeterminação dos indivíduos e suas escalas valorativas morais e éticas, que não necessariamente irão se amoldar à vontade ou previsão do legislador. Autodeterminação, na acepção ora utilizada, diz respeito ao “poder de

<sup>9</sup> Segundo Friedrich Müller (2005, p. 38), precursor dessa teoria hermenêutica, “o teor literal de uma prescrição juspositivista é apenas a “ponta do iceberg”. De modo esclarecedor, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1213) explicita no que consiste o método normativo-estruturante: “Os postulados básicos da metódica normativo-estruturante são os seguintes: (1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição); (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa decisão prática (a metódica pretende-se ligada à resolução de problemas práticos); (3) a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um domínio normativo, isto é, um pedaço de realidade social que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)”.

cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências” (RIBEIRO, 1999, p. 22).

O desenvolvimento das situações jurídicas, nesse sentido, necessariamente passa por “ações e comportamentos exclusivamente a cargo dos sujeitos envolvidos por meio de suas manifestações volitivas, as quais, em razão do poder jurígeno que o ordenamento lhes concede, predis põem resultados [...] a serem alcançados” (PONA; AMARAL, 2016, p. 68). Ou seja, basta a manifestação dos agentes envolvidos com algum fato jurídico para que se torne visível os centros de interesses que, correlacionados, compõem a situação jurídica.

As situações jurídicas são, assim, conjuntos de direitos ou de deveres que se atribuem a determinados sujeitos, em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles desenvolvem. Surgem como efeito de fatos ou atos jurídicos, e realizam-se como *possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito*. Constituem uma categoria geral abrangente, que compreende as diversas manifestações de poder e de dever contidas na relação jurídica, como o direito subjetivo e o dever jurídico [...]. O conceito de situação jurídica é, por isso, inseparável do de relação jurídica, que se pode também definir como a síntese de situações jurídicas correlatas (AMARAL, 2006, p. 186).

Tocante à problemática apresentada – relacionada ao caso prático –, observa-se verdadeiro entrave à tomada de uma decisão jurisdicional adequada, do ponto de vista do convencimento motivado do magistrado e da hermenêutica jurídica, em razão da vinculação da decisão à base normativa aplicável, sem respaldo legal às situações jurídicas. “Sem a previsão objetiva inexistente, em consequência, a faculdade de agir de tal modo, ainda que se preveja na Constituição da República que a liberdade de ação é a regra a ser observada” (PONA; AMARAL, 2016, p. 68).

Pode-se afirmar serem as situações jurídicas, então, efeitos de atos ou fatos jurídicos. São designadas por núcleos de interesses que se contrapõem numa perspectiva relacional. Assim colocado o estudo, poder-se-ia pensar que o que se busca é visualizar quais direitos e deveres coexistiriam nesse complexo de interesses formado pelos núcleos, de modo a se conferir proteção, por exemplo, a direitos fundamentais. Contudo,

[...] mais importante do que identificar quais prerrogativas e quais deveres encontram-se ‘no interior’ de uma situação subjetiva e quais formam, por si mesmos, situações subjetivas autônomas é identificar que toda situação jurídica subjetiva tem por núcleo determinado interesse, e que a nenhum centro de interesses é possível atribuir apenas situações de vantagem ou de desvantagem (SOUZA, 2015, p. 9)

Com base nas considerações realizadas, percebe-se a necessidade pungente de abarcamento das situações jurídicas pelo ordenamento jurídico brasileiro, aptas a ensejarem uma interpretação principiológica e menos restritiva das outrora intituladas relações jurídicas. Prestigia-se a autonomia privada e o poder de autodeterminação dos indivíduos, para além de buscar o que seria formalmente justo – o respeito à lei –, se conferir verdadeira proteção aos direitos fundamentais de pessoas que se encontrem em determinadas situações.

Alinhando-se a discussão à questão do restabelecimento do poder familiar, percebe-se que referido poder adviria de um estado pessoal. Especificamente, trata-se do *status familiae*, do qual emanam direitos e deveres inerentes a esse estado pessoal, que “é reputado situação jurídica subjetiva” (SOUZA, 2015, p. 10).

Na sociedade contemporânea, comprimir a pluralidade de resultados possíveis e decorrentes das ações volitivas dos indivíduos é o mesmo que comprimir o oceano em uma pequena garrafa d’água, deixando de fora tudo que não se adequa ao molde, ainda que,

inevitavelmente, tudo o que é deixado de fora, em última análise, seja da mesma natureza, embora inexistentes previsões legais correspondentes. Espera-se, por conseguinte,

[...] corrigir a miopia e reconhecer as exigências postas em frente ao intérprete do fenômeno jurídico, para que abdique da pretensão de infinita adequação [...] do direito subjetivo, e se abra às possibilidades de tutela da pessoa permitidas pela categoria das situações jurídicas (PONA; AMARAL, 2016, p. 71).

Trilhado o perpassar conceitual, iniciado na jurídica e – não terminado – mas reiniciado, a partir da situação jurídica, nota-se que muito embora ausentes previsões legais objetivas para o restabelecimento do poder parental, afigura-se plausível reconhecer que a genitora destituída do poder familiar não é mais considerada mero sujeito de direito (para a qual inexistiria previsão legal objetiva clara).

Antes, considerar-se-á a genitora como inserta numa situação jurídica, a condição de titular de um centro de interesses. Assim, como as situações jurídicas são formadas por centros contrapostos, afirma-se a correlação obrigacional e existencial entre sua prole, o Estado, e até mesmo a sociedade, cada qual titular de um centro de interesses. Não seria possível, conseqüentemente, qualquer tomada de decisão que desconsiderasse todo esse complexo de direitos e deveres.

No item seguinte, à luz dos conceitos trazidos e por meio de um caso prático, será explicitado como determinadas situações podem ser marginalizadas em razão da adoção das restritivas noções alinhadas à clássica noção de relação jurídica, assim como pela ausência de previsão legal sobre as situações jurídicas.

Compreende-se por mais adequado adotar-se a noção de situação jurídica, em complementaridade (e não em detrimento) à relação jurídica. Diante da necessária proteção de direitos fundamentais explicitados por meio de princípios, o intérprete que apreender as implicações da situação jurídica e utilizar-se de métodos interpretativos adequados, como o normativo-estruturante, reunirá melhores condições de buscar a efetivação dos postulados constitucionais relacionados aos direitos fundamentais.

### **3. A (IM)POSSIBILIDADE DE RESTABELECIMENTO DA AUTORIDADE PARENTAL MEDIANTE O RECONHECIMENTO DO INTERESSE JURIDICAMENTE RELEVANTE**

Vislumbrada a noção relativa à situação jurídica, doravante utilizada para interpretação e aplicação do direito, afigura-se imprescindível conceituar, sinteticamente, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, que significam eixos importantes à construção de normas a partir de casos concretos, sobretudo quando não há disposição normativa objetiva, nos moldes clássicos, a ser aplicada.

Direitos fundamentais são os valores básicos ao desenvolvimento da vida em sociedade. Gozam de aplicação imediata, hierarquia constitucional e estão ligados diretamente à dignidade da pessoa humana. Pode-se compreender os direitos fundamentais como as disposições constitucionais que visam assegurar, por meio da proteção de diversos e específicos direitos, a própria dignidade da pessoa humana. Estão os direitos fundamentais expostos em disposições normativas “[...] intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder positivadas no plano constitucional de determinado Estado democrático de Direito” (MARMELSTEIN, 2016, p. 18).

Quanto à dignidade humana, trata-se de característica intrínseca à pessoa e se relaciona ao respeito que é inerente a todo ser humano, e deve ser observado por todos, seja por parte

do estado ou de qualquer pessoa. Antecede a qualquer direito, pois não é atribuída ao sujeito, e é ínsita à natureza humana. Sendo assim, não há pessoa sem dignidade (ROSENVALD, 2005, p. 8).

A dignidade humana, para além de significar um valor fundamental, possui *status* de verdadeiro princípio jurídico constitucional (BARROSO, 2010, p. 10). Explicitada sua natureza jurídica, pode-se dizer, ainda, conferindo-se ares de concretude a referido princípio, que este possui um substrato material decomponível em quatro postulados: i) o sujeito reconhece no outro alguém igual a si próprio (igualdade); ii) este outro merece o mesmo respeito à integridade psicofísica; iii) os sujeitos são iguais são dotados de vontade livre e autodeterminação (liberdade); iv) e por fim, as pessoas integram um corpo social, garantindo-se sua não marginalização (solidariedade) (MORAES, 2006, p. 119).

Adentrando-se à questão da família, a Constituição Federal de 1988 passou a compreender o núcleo familiar, em seu sentido amplo, como um direito fundamental, elencando-a em seu corpo normativo e explicitando a necessidade de sua proteção. Como esclarece Rolf Madaleno (2013, p. 43): “No conteúdo de fundamental está embutida a ideia de situação jurídica essencial à realização da pessoa humana”.

Destarte, a família tem como eixo o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana, e possui como objetivo assegurar a comunhão plena de vida de todos os integrantes da sociedade familiar (MADALENO, 2013, p. 46). Note-se que a base conceitual afeta à família já situa o intérprete em face de uma verdadeira situação jurídica – em muito relacionada ao *status* familiar, como alhures pontuado.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 226 e 227, estabeleceu a família como base da sociedade, afirmou a proteção e assistência por parte do Estado e determinou, como dever da família e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente a convivência familiar. Amplificou, ainda, o conceito de família e a identificou como um direito fundamental constitucional (PEREIRA, 2007, p. 15).

Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais devem receber do Estado proteção jurisdicional, pois só assim valerão inteiramente como direitos, mesmo que em termos e graus diversos (MIRANDA, 2000, p. 257). Dessa forma, tais direitos possuem incidência instantânea e imediata exigência, em especial no direito de família, pois permitem a concretização da nova diretriz constitucional que esboçou a família contemporânea amparada no respeito à plena liberdade e felicidade de cada um dos seus componentes (MADALENO, 2013, p. 45).

*Os direitos fundamentais como garantias institucionais é a terceira possibilidade de positivação de direitos sociais. A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, económicos e políticos (exs.: medidas protectoras da família, da saúde pública, administração local). Não se trata, porém, ainda, do reconhecimento de direitos subjectivos, embora as garantias institucionais sejam elementos importantes da interpretação da lei e da Constituição no âmbito dos direitos sociais (CANOTILHO, 2003, p. 475).*

Assim esclarecidos os direitos fundamentais, entende-se pela supremacia formal e material de seus postulados. Consequentemente, o exercício hermenêutico acerca das normas infraconstitucionais deve atentar-se para essas disposições normativas de elevado teor axiológico. Noutras palavras, exige-se atenção do jurista para interpretação e aplicação do direito quando a norma que se pretende construir (por parte do magistrado) encontra suas bases em princípios.

Volvendo-se a discussão ao âmbito do direito privado, ramo no qual encontram-se regulamentadas as normas, procedimentos, modalidades e institutos pertencentes ao direito de família, o Código Civil de 2002 estabelece a forma pela qual a proteção dos filhos deve ser realizada perante a sociedade. Perceba-se que por meio da proteção dos filhos, indiretamente, atinge-se a defesa da própria família.

Trata-se do poder parental ou familiar, sendo esta uma imposição aos responsáveis que se desdobra nos deveres de proteção aos filhos. Esse poder encontra bases na necessidade dos filhos de proteção e cuidado. A necessidade de proteção possui lastro no direito fundamental da criança e do adolescente ao direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, norma constitucional de incidência instantânea (MADALENO, 2013, p. 677).

O poder familiar está previsto nos artigos 1.630 a 1.633 do Código Civil de 2002<sup>10</sup>. Pode ser compreendido como o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, no qual se incluem o dever de sustento, de guarda e de dar educação. Para Paulo Lôbo (2012, p. 295) o poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, nos interesses destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível (DIAS, 2013, p. 436).

Antigamente<sup>11</sup>, nominava-se o poder familiar como o pátrio poder, pois o suposto poder era concedido apenas ao pai como chefe da família. Com a despatrimonialização e constitucionalização do direito de família e a igualdade entre homens e mulheres, a legislação, consagrando-se a igualdade na família e a dignidade da pessoa humana, passou a conceder os mesmos direitos e deveres entre pai e mãe (COMEL, 2003, pp. 40-41).

Já hodiernamente, o poder familiar vem sendo denominado de poder parental ou autoridade parental<sup>12</sup>, pelo fato de que a finalidade do instituto é o melhor interesse dos filhos, como explicitado pelo artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>13</sup>, informando-se que cabe aos pais no interesse da prole cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (MACIEL, 2014, p. 188).

Desta forma, esse poder conferido pela lei se transmuda em uma situação complexa a qual coexistem deveres, pretensões, titularidades, ônus e faculdades em constante correlação entre os centros de interesses. Segundo Pietro Perlingieri (2007, p. 258): “O pátrio-poder, visto como um poder-sujeição, está em crise, porque não há dúvidas de que uma concepção de igualdade, participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição, entendida tradicionalmente, não pode continuar a realizar o mesmo papel”.

Assim, o exercício do poder parental deve se concentrar nos filhos, voltando-se a estes, inicialmente, a tutela jurídica dos direitos e interesses. A alteração do conceito de pátrio poder para poder parental, nesse contexto, significa não apenas a mudança da nomenclatura ou o poder compartilhado. Reconstruiu-se o próprio instituto, estabelecendo-se que o interesse dos pais está condicionado ao interesse dos filhos (COMEL, 2003, p. 55). Ante a natureza das relações

10 Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores; Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo; Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos; Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

11 Esclarece Fachin: “Instaura-se, progressivamente, o patriarcado. Confere-se ao pai a direção unitária da família, regida, pela lei da desigualdade, direção que implica diferenças nos papéis e funções da família. Desigualdade extremamente arbitrária, poder imotivado. Instala-se uma visão transpessoal da família, segundo a qual os interesses de uma unidade da instituição prevalecem sobre os membros” (FACHIN, 2003, P. 65).

12 A expressão que goza da simpatia da doutrina é autoridade parental. Melhor reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens. Tal expressão indica que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho (DIAS, 2013, p. 435).

13 Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

envolvidas, vislumbram-se sobretudo os interesses existenciais, a serem individualizados e protegidos à luz de circunstâncias concretas (PERLINGIERI, 2007, p. 258).

Aponte-se que o poder familiar não é absoluto e intangível e se sujeita à fiscalização do Estado (COMEL, 2003, p. 262). Nesse contexto, a intervenção judicial na família deve ocorrer excepcionalmente e com a finalidade de eliminar os obstáculos, abusos e desvios que possam, de algum modo, afrontar direitos fundamentais dos titulares de centros de interesses envolvidos na situação jurídica familiar.

Previu o legislador, por meio do artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a possibilidade aos pais de recorrerem à autoridade judiciária para a solução da divergência ou discordância quanto ao exercício da autoridade parental, e em sentido semelhante consta a disposição do artigo 1.631, parágrafo único do Código Civil de 2002 (LÔBO, p. 304).

Sendo a autoridade parental um complexo de correlações entre direitos e deveres, não se limitando a análise do poder atribuído ao sujeito, e sim, ao mesmo tempo, dos deveres e obrigações; o Código Civil, em seu artigo 1.635<sup>14</sup> e seguintes estabelece as hipóteses de perda e suspensão do poder familiar dos pais quando violado um interesse legítimo da criança ou adolescente que deveria ser tutelado pelos genitores (SCAFF, p. 580).

A extinção do poder familiar ocorre nas hipóteses previstas no artigo 1.635 do Código Civil, sendo que os incisos I (morte do pai ou filho), II (maioridade) e III (emancipação), ocorrem de forma automática e os incisos IV (adoção) e V (decisão judicial), este último lido em conjunto com artigo 1.638 da lei civil<sup>15</sup>, dependem de decisão judicial. Doutro lado, a suspensão do poder familiar decorre dos casos previstos no artigo 1.637 do Código Civil, quando os genitores abusarem de sua autoridade, faltando com os deveres ou arruinando os bens dos filhos, e necessariamente depende de decisão judicial.

Existem ainda as hipóteses de suspensão/extinção do poder familiar em decorrência da sentença penal condenatória. O artigo 1.637 do Código Civil de 2002 determina que o poder familiar é suspenso por sentença irrecorrível em virtude de crime cuja pena não exceda a dois anos. Já o Código Penal, no artigo 92, inc. III, prevê como efeito específico da condenação a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra o filho.

Assim, a legislação é clara quanto à possibilidade de intervenção estatal na hipótese de existirem conflitos entre o centro os centros de interesses que se contrapõem, ou seja, quando os interesses existenciais ou patrimoniais dos filhos entrarem em colisão com os interesses de seus genitores ou responsáveis.

Nas relações genitores filhos é particularmente útil o recurso aos arts. 330 e 333 do Cód. Civ., não tanto pelo seu perfil sancionatório, que pode até culminar na perda do pátrio poder, quanto pela promoção do interesse do menor em qualquer situação na qual possa emergir um conflito (PERLINGIERI, 2007, p. 259).

Dessa forma, a princípio, a previsão legal tem uma finalidade protetiva dos direitos da criança ou adolescente, que via de regra é a parte vulnerável (COMEL, 2003, p. 284). Porém, as relações familiares são complexas, instáveis e se modificam constantemente, sem que o direito objetivo abarque todas as questões relacionadas ao direito de família.

Embora esteja aparentemente bem regulamentada do ponto de vista legislativo, na prática não se apresenta tarefa fácil, fundamentalmente por duas razões: porque deve

<sup>14</sup> Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 50, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

<sup>15</sup> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

sempre se revestir de caráter excepcional (...) e em segundo lugar, porque o interesse prevalente do menor impõe que deve conciliar-se a privação com critério relativos de concreta oportunidade e nunca objetivos ou abstratos (COMEL, 2003, p. 284).

Assim construído o sistema civil-constitucional que estabelece a proteção à criança e ao adolescente, vigem regras ligadas a hipóteses de suspensão e de perda do poder familiar. Porém, as legislações de cunho cível e penal não preveem o restabelecimento do poder familiar para caso algum. Pela análise semântica do termo suspensão, conclui-se de imediato pela possibilidade de sua revogação, por se entender que se trata de estado provisório das coisas.

Já no caso de perda, pela propriedade do termo, a princípio, não caberia o seu retorno. Não obstante, a doutrina<sup>16</sup> se inclina pela possibilidade de revogação e restabelecimento do poder parental. Ressalte-se, a título de argumento, que o Código Civil argentino no artigo 308 traz previsão expressa do restabelecimento<sup>17</sup>. Em referida disposição normativa alienígena, percebe-se que o legislador anteviu a possibilidade de alteração nas circunstâncias fáticas que justificariam a reestruturação formal da unidade familiar.

Considerando-se toda a temática do presente artigo, aponte-se que a letra da lei determina a perda e suspensão do poder familiar nos casos elencados e citados. Contudo, emerge a necessidade de se adotar posições referente à ausência de previsão legal acerca do restabelecimento do poder familiar. Deve-se raciocinar, de maneira criteriosa, sobre as soluções possíveis, a partir do momento em que a situação de fato não se amolda à previsão legal, ou seja, quando após a perda do poder familiar, determinada como efeito automático da sentença criminal ou por decisão judicial, a genitora retoma os cuidados dos filhos e passa a exercer, de fato, os poderes inerentes à autoridade parental.

No caso, apresenta-se uma aporia a ser solucionada pelo intérprete. Ao final da discussão, e quando encontrada a solução, a decisão jurisdicional cabe ao magistrado. O que raciocínio realizado, considerando-se o caso concreto e os preceitos referentes à situação jurídica, direciona a discussão à ideia de que para se conferir proteção aos direitos fundamentais, sobretudo em prol da criança ou do adolescente, afigura-se imprescindível compreender a situação jurídica na qual estão todos os envolvidos (mãe, filhos, Estado e sociedade)<sup>18</sup>.

De fato, o poder familiar não diz respeito apenas às relações entre pais e filhos, pois também interessam suas repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais em relação a terceiros (LÔBO, 2012, p. 312). A família cria relações internas e externas com deveres genéricos e obrigações específicas de comportamento e poderes (PERLINGIERI, 2007, p. 143). Daí, justamente, percebe-se a conexão existente entre os centros de interesses correlatos, tal qual a existente entre a família e a sociedade.

Com relação ao caso concreto sob análise, retrata-se a questão da genitora que teve a perda do poder familiar decretada após sentença criminal, em que foi condenada a quatro anos de reclusão pelo fato de ter permitido que o padrasto praticasse atos libidinosos o filho.

Ocorre que, após o cumprimento de parte da pena, a genitora retomou, no plano fático, a autoridade parental sobre os filhos, e postulou o restabelecimento desse poder. No caso telado, ainda, constatou-se o natural desdobramento do poder familiar, como se jamais tivesse sido suprimido por ordem judicial. Ainda, não foram verificados prejuízos à formação e ao

16 Por Maria Berenice Dias (DIAS, 2013, p. 447) a perda do poder familiar não deve implicar a extinção no sentido de afastamento definitivo ou a impossibilidade permanente.

17 Artigo 308 do Código Civil Argentino: La privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos.

18 Discursa Carlos Maximiliano (2011, p. 11): “Deixa ao aplicador do direito a tarefa de enquadrar o fato humano em uma norma jurídica, para o que indispensável compreendê-la bem, determinar-lhe o conteúdo. Ao passar do terreno das abstrações para o das realidades, pululam os embaraços”. Essa visão diz respeito, justamente, ao quão complicada é a tarefa do intérprete quanto se busca enquadrar um fato em uma norma jurídica. Mais complexa ainda é o exercício hermenêutico que envolve situações jurídicas, devendo o magistrado retirar dos efeitos de fatos jurídicos (das situações) o regramento que permitirá a elaboração da norma para o caso concreto.



desenvolvimento dos filhos. Antes, a preservação da unidade familiar lhes propicia melhores condições de vida.

Contudo, como já ressaltado, não há previsão legal e tampouco qualquer instrumento jurídico clássico adequado, bem como não há direito objetivo previsto, que autorize o restabelecimento do poder familiar. O *status* de família, se não conferido pelo Estado, impede a genitora de exercer, em benefício e no interesse dos filhos, deveres inerentes ao seu estado de mãe, que irradiam desse centro de interesses por ela titularizado. O direito objetivo não a socorre, mas existem centros de interesses em questão.

Os filhos possuem interesses existenciais e patrimoniais que precisam ser tutelados, sendo necessário que alguém se responsabilize pelo seu desenvolvimento emocional, espiritual e material. No tocante à genitora, também há interesses em resguardar a unidade familiar e a proteção dos filhos em face de terceiros. Há uma situação jurídica subjetiva em relação ao chamado *status* ou estado pessoal, no caso o *status familiae*, que se refere às relações familiares e suas consequências jurídicas.

O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto de sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível de ordenamento, e portanto, uma tutela também em via judicial. [...] Não se pode esconder-se atrás do fato de que não existe o instrumento típico, previsto expressamente, para tutelar aquele interesse (PERLINGIERI, 2007, p. 156).

Diante desse quadro, emergem possibilidades para solução da questão, seja pela compreensão de que não há direito objetivo a socorrer a mãe, e, portanto, não poderia esta exercer direitos e interesses como se detivesse autoridade parental; ou poderia haver o reconhecimento e o consequente restabelecimento em virtude da necessidade de se concretizar juridicamente um panorama fático evidenciado.

Destarte, analisa-se a situação de forma ampla, sistêmica, e não apenas baseada no direito subjetivo ou objetivo. A família deve ser considerada como um local no qual se desenvolve a pessoa e suas potencialidades. Ou seja, o ambiente familiar é preenchido por diversos núcleos de interesses em desenvolvimento. Deixa-se de analisar a família como um conjunto de singulares relações jurídicas unidirecionais; e passa-se a notar o desenvolvimento familiar em sua multiplicidade fenomênica, ou seja, em suas específicas situações jurídicas.

Constatando-se que a genitora, mesmo por ordem judicial privada da autoridade parental, exerce todos os poderes e deveres normalmente; e que não há riscos para os filhos, percebe-se uma situação jurídica passível de tutela e reconhecimento, ainda que ausente a previsão legal nesse sentido. Deve-se tomar o magistrado por ator prudente em meio ao cenário de proteção aos direitos fundamentais, compreendendo-se o seguinte: “O papel da judicatura não é guiar-se pelo sentimentalismo; e sim, manter o equilíbrio dos interesses, e dentre estes distinguir os legítimos dos ilegítimos” (MAXIMILIANO 2011, p. 69).

Posto isso, na medida em que as prerrogativas conferidas ao seu titular, no caso da genitora, encontram-se acompanhadas de um necessário direcionamento funcional em prol do melhor interesse da parte que se sujeita ao poder jurídico – os filhos –, o reconhecimento do exercício dessa situação subjetiva reputa-se adequado. A ausência de previsão legal nesse sentido não significa legítimo óbice ao reconhecimento da situação; sob pena de se negar vigência à estrutura principiológica existente, inclusive.

A relação jurídica existente entre a genitora e o filho encontra-se fulminada por força da ordem judicial, mas ainda assim, atribuindo-se um perfil funcional à relação, pode-se compreender que os agentes envolvidos compreendem centros de interesses, e entre esses não é estática a distribuição de direitos e deveres (PERLINGIERI, 2008, p. 34). Nessa

perspectiva jurídico-relacional, encontram-se, não em polos opostos, mas no mesmo campo de efeitos jurídicos, variadas situações jurídicas subjetivas, compostas por centros de interesses titularizados pelos agentes envolvidos.

Entre as situações jurídicas subjetivas, o poder jurídico corresponde à possibilidade de interferência na esfera jurídica alheia e deve ser exercido tendo em conta a realização do interesse jurídico que lhe é contraposto, titularizado por aquele que a ele se sujeita (PERLINGIERI, 2007, p. 129). Nesse sentido, referido poder parental deve ser analisado, inevitavelmente, em contraposição à sujeição dos filhos.

O caso concreto analisado permite o emprego de concepções alinhavadas à situação jurídica, e dessa opção hermenêutica culminaria a possibilidade de restabelecimento do poder familiar<sup>19</sup>.

Por evidente, se a decisão judicial foi prolatada no sentido da perda do poder familiar, somente por meio de outro pronunciamento judicial de natureza revisional será possível restabelecê-lo. Para tanto, é fundamental que os motivos determinantes da destituição tenham findado e que o filho expresse inequívoca aceitação ao retorno para o convívio do pai biológico (MACIEL, 2014, p. 208).

Vislumbrada a ausência de disposições normativas objetivas e claras, pode-se compreender que da fusão entre a dignidade humana, direitos fundamentais, princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e disposições normativas referentes aos deveres dos pais perante filhos, resulta uma norma atenta à real situação jurídica.

Nesse ambiente, realizada a análise acerca da compreensão sobre a situação jurídica, afigura-se possível o restabelecimento do poder familiar, mesmo quando a supressão tenha advindo como efeito de uma sentença criminal. Em que pese referida postura não encontre lastro em previsão normativa objetiva, faz-se necessário observar a realidade fática, retirando-se amarras do direito objetivo e permitindo-se o revigoração de um sistema outrora baseado exclusivamente no direito subjetivo, e hoje atento às situações jurídicas.

#### 4. CONCLUSÃO

Ambientada a situação jurídica no plano da interpretação holística do sistema jurídico, abre-se caminho a conceder amparo judicial concreto às pessoas, não apenas considerando-as sujeitos de direitos. Antes, pode-se considerá-las centros ou núcleos de interesses que se inter-relacionam juridicamente por meio do exercício de direitos, deveres, poderes, ônus e faculdades, recíproca e dinamicamente.

Nesse contexto, com relação à análise casuística que sustentou a linha argumentativa discorrida, pode-se dizer que a mãe considerada como um centro de direitos e interesses, em face dos filhos, também entendidos como núcleos de mesma ordem, mesmo quando retirada sua autoridade parental, pode – e deve – exercer deveres que são inerentes à indissociável situação fática de ser considerada a genitora.

Assente-se que a evolução das noções jurídico-relacionais, que permitem a mudança do enfoque das relações jurídicas às situações jurídicas, possibilita a interpretação no sentido de se vislumbrar a mãe não apenas como sujeito de direitos. Quando realizada a interpretação pelo método normativo-estruturante, pode-se conceber a genitora como titular de um centro de interesses.

<sup>19</sup> “Bem-ameaçadas ficariam a tranquilidade pública e a ordem social, se ao juiz fosse lícito abster de julgar, ao invés de suprir as deficiências da lei com as próprias luzes e os ditames da razão e equidade” (MAXIMILIANO, 2011, p. 42). Certamente, referidos ditames da razão e equidade reclamam parâmetros hermenêuticos seguros, afastados do solipsismo por vezes notado na atividade jurisdicional.

Dessa compreensão, abrem-se portas para se identificar os poderes e deveres da genitora em relação aos seus filhos mesmo se suprimida a autoridade parental. E como consectário lógico desse vislumbre pode ser o restabelecimento do poder parental, mesmo que inexistente previsão legal objetiva nesse sentido. Percebe-se que a adoção das noções advindas da situação jurídica permite impulsionar novas interpretações, de maneira a serem garantidos direitos fundamentais, e até mesmo a dignidade da pessoa humana, sendo que esta última, princípio constitucional, necessita de interpretação holística para se aperfeiçoar no plano concreto.

Posta desse modo a questão, entende-se por adequado e possível ao magistrado, no exercício de seu poder decisório, e dissociado de amarras de cunho estritamente objetivo, realizar a interpretação sistêmica e reconhecer o interesse juridicamente relevante da mãe e dos filhos. Esse restabelecimento da autoridade parental significa admitir a porosidade da norma jurídica – esta compreendida como resultado da interpretação do fato e do ordenamento jurídico como um todo, e não mais da simples conexão fática à disposição normativa estática.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6ª ed. Renovar: São Paulo, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo/Ouro Preto, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATALAN, Marcos Jorge. Autonomia privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. **Revista Scientia Juris**. Londrina: v. 5/6, p. 430-463, 2001/2002.

COLMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. In: **Direito de Família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2006. pp. 107-149.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito Civil. Vol. 4**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. **O direito civil na legalidade constitucional**. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PONA, Éverton W.; AMARAL, Ana Cláudia C. Z. M. do: A vida numa Casca de Noz? – A Insuficiência do Direito Subjetivo e a Potencialidade das Situações Jurídicas como Categoria Base para a Aplicação do Direito e Realização da Autonomia Privada. In: PONA, Éverton W.; AMARAL, Ana Cláudia C. Z. M. do; MARTINS, Priscila M. (Org.): **Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil**. Saraiva, 2005.

SCAFF, Fernando Campos. **Considerações sobre o poder familiar**. In: **Direito de Família no novo milênio**. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil**. a. 4 n. 1 / 2015.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. In: **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, vol. 14, p. 75-98, out./dez. 2017.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: REFLEXÕES  
A PARTIR DO DIREITO ECONÔMICO SOBRE O  
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

MARCELO TOBIAS DA SILVA AZEVEDO  
GIOVANI CLARK

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019

# DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: REFLEXÕES A PARTIR DO DIREITO ECONÔMICO SOBRE O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

## RIGHT TO DEVELOPMENT: REFLECTIONS FROM ECONOMIC LAW ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Recebido: 20/07/2018  
Aprovado: 12/12/2019

Marcelo Tobias da Silva Azevedo<sup>1</sup>  
Giovani Clark<sup>2</sup>

### RESUMO:

O conceito de desenvolvimento carrega uma carga de expectativa de melhoria das condições socioeconômicas da sociedade. Todavia, na década de 1960, o desenvolvimento era visto como crescimento modernizante em face da evolução da industrialização e foi incapaz desconcentrar a riqueza produzida e preservar os bens da natureza. Incorporou-se assim a sustentabilidade ao conceito de desenvolvimento, todavia ainda carente de precisão. O trabalho tem como objeto realizar a revisão bibliográfica dos conceitos de desenvolvimento e sustentabilidade, a partir das contribuições de Ignacy Sachs e de José Eli da Velga. E acrescenta, ainda, às lições de Direito Econômico sobre Direito do e ao desenvolvimento, proferidas pelo Professor Washington Peluso Albino de Souza, a fim de concluir que a Constituição brasileira de 1988 impôs o Direito ao Desenvolvimento, necessariamente sustentável, enquanto dever estatal e social e um dos direitos garantidos aos cidadãos brasileiros.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento. Crescimento Modernizante. Sustentabilidade. Responsabilidade intergeracional.

### ABSTRACT:

The development concept carries a load of expectation of improving the socioeconomic conditions of society. However, in the 1960s, development was modernizing growth in the face of the evolution of industrialization and it was unable to deconcentrate the wealth produced and preserve environmental goods. Thus, sustainability has been incorporated into the concept of development, although still lacking in precision. The work aims to carry out the bibliographic review of the concepts of development and sustainability, based on the contributions of Ignacy Sachs and José Eli da Velga. He also adds the lessons of Economic Law on Law and Development, given by Professor Washington Peluso Albino de Souza, to conclude that the Brazilian Constitution of 1988 imposed the Right to Development, which is necessarily sustainable, as a

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela PUC-MG. Especialista em Gestão do Ambiente e Sustentabilidade pela FGV. Atualmente é vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Minerário, membro da União Brasileira da Advocacia Ambiental e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. É coordenador e professor da pós-graduação em Direito da Mineração no CEDIN e professor na UNIBH. Advogado. Email: marcelotsazevedo@gmail.com

<sup>2</sup> Doutor, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais nos cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) e da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação). Email: giovaniclark@gmail.com

state and social duty and one of the rights guaranteed to Brazilian citizens.

**Key words:** Development. Modernizing growth. Sustainability. Intergenerational Responsibility.

## 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento é uma aspiração social e abrange uma carga de expectativa de melhoria das condições socioeconômica da sociedade. Entretanto, mesmo assentado na premissa de evolução, há uma dificuldade de se assentar o próprio conceito de desenvolvimento, ou seja, qual conjunto de situações poderiam ser englobadas no conceito e como se poderia medir a melhoria das condições sociais, econômicas, culturais, tecnológica. Desta feita, intenso debate teórico nas diversas ciências vem sendo desenvolvido desde a década de 1960, do século passado, no intuito de alinhar a ideia de desenvolvimento com a melhoria mensurável da qualidade de vida das inúmeras e discrepantes formas de sociedades.

Até a década de 1960, o desenvolvimento era tratado como crescimento econômico, que seria medido por índices de incremento da produção de bens e serviços, como o aumento da renda *per capita* ou do Produto Nacional Bruto. Havia associação nítida do desenvolvimento com o processo de industrialização, que nas nações chamadas de desenvolvidos representou, no quadro geral e a longo prazo, uma melhoria das condições de vida da população.

Entretanto, o fator de industrialização, enquanto crescimento econômico e melhora das condições de vida, não teve a mesma relação proporcional nas nações de industrialização tardia, como o Brasil. O crescimento não foi acompanhado da eliminação da pobreza extrema ou da ruptura de uma situação de desigualdade significativa entre as classes sociais, além de acarretar destruição dos bens da natureza. Em outras palavras, o crescimento econômico não foi suficiente para romper o desequilíbrio estrutural nas nações de industrialização retardada, hoje periféricas e semiperiféricas, ou seja, foi apenas modernizante.

Diante da constatação da insuficiência do “crescimento modernizante” para a promoção da melhora da qualidade de vida em geral, o conceito de desenvolvimento e as políticas a ele associadas precisaram ser repensados. Surgiu, assim, outras teorias que sustentassem um conceito que, embora mantivesse alguma associação entre desenvolvimento e crescimento, não os tratassem como conceitos sinônimos.

Nessa linha, abriu-se o campo teórico para o surgimento de teorias críticas e pessimistas sobre a (in)capacidade de sustentar um crescimento com a disponibilidade de recursos naturais e a sua utilização (ir)racional pela humanidade, o que inseriu uma nova abordagem na análise do crescimento. O debate de preservação dos recursos naturais disponíveis teve elevado relevo na década de 1960. As primeiras pautas de discussão revelavam um conflito de interesse entre as nações desenvolvidas, preocupadas com o colapso ambiental mundial, e as nações pobres e de reduzida industrialização, preocupadas com a tentativa das nações do norte global em impor certas dificuldades ao seu crescimento modernizante via a exploração de seus recursos naturais.

Certa conciliação, ainda não definitiva, fora obtida pela Comissão Mundial de Proteção ao Meio Ambiente e Desenvolvimento e fixada no Relatório Brundtland de 1987. O relatório foi responsável por fixar o conceito de desenvolvimento sustentável, como objetivo para todos as nações. Englobava, assim, a preocupação com a disponibilidade e uso racional dos recursos naturais, mas indicava a necessidade premente em reduzir a pobreza extrema e as desigualdades entre ricos e pobres.



O conceito de sustentabilidade, que passou a fazer par ao conceito desenvolvimento, não carrega em si, igualmente, uma precisão teórica uniforme. Pelo contrário, é dotado de forte inclinação política e ideológica, e certa vagueza conceitual. Intensos debates, ainda em processo de amadurecimento, buscam definir contornos precisos de avaliação de seus resultados e possíveis políticas concretas possíveis de ser enquadradas no conceito.

Independentemente das dificuldades teóricas, o conceito de desenvolvimento sustentável foi incorporado aos ordenamentos jurídicos das nações, entre eles o Brasil. Alias, ele integra a Constituição brasileira de 1988 em seus comandos e nas premissas básicas de orientação do Poder Público; seja por meio da limitação ou orientação da competência legiferante; seja como premissas de validade das políticas públicas ou, em *ultima ratio*, como conceito orientador do controle jurisdicional dos atos públicos, emanados da função legislativa ou executiva; seja ainda, conseqüentemente, limitando e disciplinado o poder econômico privado em face da utilização dos bens da natureza

Considerando o seu conteúdo, que direcionará a norma jurídica (de origem difusa) de conteúdo econômico, ou seja, a política econômica, o estudo do desenvolvimento, integrado a sua vertente sustentável, é objeto do Direito Econômico, especialmente direcionado à busca da promoção de melhoria da qualidade de vida. Sob seu aspecto jurídico, o desenvolvimento sustentável se enquadra como um direito potestativo, incorporado aos ditames constitucionais.

Assim sendo, o trabalho tem como objeto realizar a revisão bibliográfica dos conceitos de desenvolvimento e sustentabilidade, a partir das contribuições de Ignacy Sachs e de José Eli da Velga. E acrescenta, ainda, às lições de Direito Econômico sobre Direito do e ao desenvolvimento, proferidas pelo Professor Washington Peluso Albino de Souza, a fim de concluir que a Constituição brasileira de 1988 impôs o Direito ao Desenvolvimento, necessariamente sustentável, enquanto dever estatal e social e um dos direitos garantidos aos cidadãos brasileiros.

## 2. ALGUMAS TEORIAS SOBRE O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO

O conceito de desenvolvimento suscita algumas divergências teóricas, em diversos campos das ciências. Para além do seu significado etimológico, a dificuldade em conceituar desenvolvimento está alocada na imprecisão de se definir um conceito que agregue diferentes perspectivas das nações e dos homens sobre desenvolvimento.

Inobstante a dificuldade de se obter um conceito uniforme, parece ser possível indicar algumas premissas básicas e comuns a um conjunto significativo de abordagens. O desenvolvimento incorpora em si um aspecto positivo, de incremento (no mínimo) quantitativo, que aponta no sentido da evolução. Não se encontra teóricos que indiquem o desenvolvimento, em si considerado, como uma vertente negativa. Ainda que se defenda que o desenvolvimento pode trazer como conseqüências aspectos negativos em determinada comunidade, há uma premissa de incremento que poderá resultar em efeitos diversos, inclusive efeitos não almejados, que não podem ser evitados ou inconcebíveis. Ademais, na visão Washington Peluso Albino de Souza (2017), introdutor do Direito Econômico no Brasil, o desenvolvimento é um “desequilíbrio positivo” (SOUZA, 2017, p. 399) viabilizado de forma planejada, sobretudo das políticas públicas.

Além disso, o conceito de desenvolvimento parece indicar uma aspiração. As nações e as pessoas almejam o desenvolvimento, ainda que não elas não sejam capazes de indicar com clareza o que ele pode verdadeiramente representar.

José Eli da Velga (2010) se dedicou sobre a melhor forma de conceituar o desenvolvimento. Assim, o professor ensina que se utilizam três formas gerais para definir o conceito desenvolvimento, sendo as duas primeiras formas de conceituação mais simples e a terceira mais complexa. As formas mais simples consistem em tratar o desenvolvimento como crescimento econômico (igualando os dois conceitos) e tratar o desenvolvimento como uma ilusão, uma quimera ou manifestação ideológica (VELGA, 2010, p. 18). A terceira abordagem seria a superação e o resultado das duas anteriores.

Apesar de não ser objeto do trabalho, versar sobre todas as correntes de desenvolvimento, como foi claro e delimitado no objeto do artigo, alertamos a existência de outras linhas de pensamento, como por exemplo, da “alternativa ao desenvolvimento”, na qual a visão é “desenvolver sem crescer” (Santos, 2002, p. 54), tendo assim uma direção distinção a visão, do desenvolvimento alternativo a grosso modo “adotada” pela ONU em seus documentos e pela constituição de 1988.

Por último, e ao contrário da visão de desenvolvimento alternativo, existem as propostas de alternativas ao desenvolvimento, que radicalizam a crítica à noção de crescimento, e passam a explorar alternativas pós-desenvolvimentistas. Defende-se aqui, por exemplo, que o crescimento econômico é impossível de sustentar sem destruir as condições de vida sobre a Terra. A produção econômica, portanto, deve partir de uma nova concepção de desenvolvimento, esclarece Santos (2002, p. 54), ou seja, um “desenvolvimento sem crescimento - melhoria qualitativa da base física econômico que se mantém num estado estável [...] dentro das capacidades de regeneração e assimilação do ecossistema”. As atividades econômicas precisam, então, desenvolver-se sem crescer (CLARK, *et al*, 2013, p. 291).

Dedicaremos às abordagens antagônicas, desenvolvimento como crescimento e desenvolvimento como mito, e a via conciliatória, do desenvolvimento como liberdade.

## 2.1 O conceito de desenvolvimento tratado como crescimento econômico

O intenso debate que surgiu sobre o conceito de desenvolvimento se deve em parte por trata-lo como sinônimo de crescimento, até a década de 1960 (VELGA, 2010, p.19). Nesta década, a medida de desenvolvimento era o “crescimento modernizante” (BERCOVICI, 2005, p. 53), vinculado principalmente a industrialização.

A capacidade de transformar a biomassa em produtos e serviços, em grande escala e com velocidade superior ao consumo, foi capaz de produzir excedentes e riquezas. As nações (norte global) se tornaram ricas pela industrialização, com amplo acesso (ainda que não irrestrito) dos cidadãos ao benefício alcançado pelo crescimento econômico, apesar de parcela da população só possuir o mínimo existencial. Por outro lado, ainda na linha teórica de equiparação entre crescimento econômico e desenvolvimento, as nações que eram consideradas pobres ou em desenvolvimento, tinham seus destinos selados por não possuírem um parque industrial considerável.

O desenvolvimento atrelado ao crescimento, calcada na industrialização começou a perder o sentido no meado do século XX. As premissas teóricas construídas eram as seguintes: se excluía os elementos de distribuição (igualitária ou isonômica) das riquezas e capacidade da natureza em fornecer matéria prima era dada como ilimitada. E ainda, o desenvolvimento da sociedade seria alcançado com o processo de industrialização, resultando no crescimento.

Ao contrário, Velga explica que “foram surgindo evidências de que o intenso crescimento econômico ocorrido durante a década de 1950 em diversos países semi-industrializados não se

traduziu necessariamente em maior acesso de populações pobres a bens materiais e culturais” (VELGA, 2010, p. 19). A industrialização tardia não mostrou o mesmo resultado para as nações pobres e ricas e tratar o desenvolvimento como crescimento deixou, então, de fazer sentido, inclusive devido as consequências perversas quanto a distribuição dos bens e serviços produzidos e a natureza.

A partir da década de 1990 a Organização das Nações Unidas (ONU) passou a se dedicar intensamente à temática do desenvolvimento. Como consequência, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) lançou o Índice de Desenvolvimento Humano, na década de 1990. A partir da utilização do índice, o desenvolvimento não estava mais adstrito a aspectos medido exclusivamente pelo crescimento econômico, como o incremento da renda *per capita* ou do produto interno bruto da nação.

## 2.2 A tese do mito do desenvolvimento: desenvolvimento como ilusão

A vinculação do desenvolvimento a quimera ou ilusão foi muito difundida pela obra de Giovanni Arrighi (1997). A tese defendida pelo autor italiano se baseia na dificuldade de se apontar a possibilidade de alteração da situação das nações na hierarquia da economia capitalista mundial. Ele parte da observação da divisão das nações, a partir de um núcleo orgânico formado das nações centrais, uma periferia formada pelas nações pobres e uma semiperiferia das nações emergentes. A tese central é a impossibilidade de mudança significativas dessa hierarquia entre as nações, o que poderia ser comprovada por meio da análise do Produto Nacional Bruto e, portanto, o desenvolvimento seria uma ilusão (ARRIGHI, 1997, p. 217).

A posição do autor italiano é severamente criticada por José Eli da Velga (2010):

(...) não há sequer muita lógica em afirmar que o desenvolvimento não passa de ilusão porque até aqui foram muitos raros os saltos da semiperiferia para o centro. Mesmo que se admitisse o pressuposto de que o desenvolvimento poderia ser aferido pelo PNB *per capita*, essa constatação autorizaria, no máximo, a conclusão de que o processo de desenvolvimento só pode ser muito lento e demorado (VELGA, 2010, p. 22).

Outros autores defendem a tese de desenvolvimento como mito, usando outros critérios além do Produto Nacional Bruto. Rivero (2002) trabalha com a ideia de inviabilidade das nações subdesenvolvidas. O primeiro fator que o autor indica é um elemento histórico. Nas nações industrializadas a formação da identidade nacional precedeu a formação do Estado. Esse mesmo fenômeno não ocorreu nas nações subdesenvolvidas, cuja formação da autoridade estatal e do Estado antecipou ao surgimento de uma burguesia e de uma economia capitalista nacional unificadora (RIVERO, 2002, p.12).

Rivero (2002) indica uma combinação entre o vírus da miséria tecnológica e da explosão demográfica que inviabilizam as nações subdesenvolvidas. Uma combinação de exportação de bens de baixo valor agregado (e que tende a diminuir cada vez mais de valor), que não seria suficiente para produzir riqueza o suficiente para o incremento da população em expansão, tendo como consequência a inviabilidade das nações mais pobres pautadas pela exportação.

Outro autor sobre o mito do desenvolvimento é o saudoso Professor Celso Furtado (2001). A tese central da obra se baseia na ideia de que os padrões de consumo das nações altamente industrializadas não poderão ser acessíveis às grandes massas em rápida expansão que formam a periferia. Para Furtado, a ideia de mito possui um papel para a ciência:

O mito congrega um conjunto de hipóteses que não podem ser testadas. Contudo essa não é a dificuldade maior, pois o trabalho analítico se realiza em um nível muito mais próximo da realidade. A função principal do mito é orientar, num plano intuitivo, a construção daquilo que Schumpeter chamou de visão do processo social, sem a qual o trabalho analítico não teria qualquer sentido (FURTADO, 2001, p. 7).

Para sustentar sua tese sobre o mito do desenvolvimento econômico, o Professor Celso Furtado (2001) defende que o traço do capitalismo atual é que ele prescindir do Estado. Como a estabilidade dos Estados quanto a expansão de suas economias dependem de transações internacionais, ditadas pelas empresas transnacionais, forma-se uma relação de poder entre as grandes empresas e os Estados (FURTADO, 2001, p. 32). Assim, ocorre uma transformação da função do Estado e a emergência de uma nova ordem política.

Para Furtado (2001, p. 68), a inserção das nações de economias periféricas no campo da ação internacional das grandes empresas está contribuindo para a modernização das burocracias estatais, com significativa autonomia. E, assim, conclui:

O crescente controle internacional das atividades econômicas dos países periféricos acarreta uma precoce autonomia do aparelho burocrático estatal. Frequentemente, esse aparelho é controlado de fora do país, mas por toda parte ele está sujeito a ser empolgado por grupos surgidos do processo político local. Não obstante, prevalece o sentimento de impotência que resulta da dependência em que se encontram as atividades econômicas fundamentais de centro de decisões externos ao país (FURTADO, 2001, p. 69).

Furtado (2001) defende, então, que não se pode aceitar que a hipótese de que o padrão de consumo das nações ricas tende a generalizar em escala planetária. A ideia de desenvolvimento originada dessa premissa, para Furtado, resulta na exclusão de grandes massas que vivem nas nações periféricas das benesses criadas pelo “desenvolvimento” pautado nesse modelo (FURTADO, 2001, p. 82). Dessa forma, tem-se a ideia que o “desenvolvimento econômico” pautado na premissa de que as nações pobres poderão desfrutar do padrão de vida das ricas é irrealizável. Na verdade, as nações periféricas ou semi periféricas, caso continuem a copiar os padrões de consumo e a adotar modelos de “desenvolvimento” das nações ricas, bem como a perpetuação das trocas desiguais internacionais entre elas, não passarão de um quantitativo “crescimento modernizante”, como bem ensina Gilberto Bercovici (2005, p. 53), sem preservação da natureza e mega concentração de riquezas.

### **2.3 O desenvolvimento na visão de Amartya Sen**

O autor indiano, vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 1998, desenvolveu a ideia de busca pelo caminho do meio. O caminho do meio que afasta ao mesmo tempo a teoria de se equiparar o desenvolvimento e o crescimento, bem como a teoria que trata o desenvolvimento como uma quimera, algo inexequível.

A obra se pauta pela necessidade de reconhecer que o papel das diferentes formas de liberdade no combate às privações e opressões existentes no mundo. Para Sen (2000):

O crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da qualidade de vida que levamos e da liberdade que desfrutamos. Expandir a liberdade que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo que vivemos e influenciando esse mundo (SEN, 2000, p. 29).

A expansão da liberdade, conforme afirmado por Amartya Sen, é o fim e o meio do desenvolvimento (SEN, 2000, p. 27). O crescimento econômico é muito importante como meio para promover a liberdade dos membros da sociedade, promovendo acesso a recursos indisponíveis para exercício de uma autonomia. A liberdade, ainda, depende de outros meios para seu exercício pleno, como o acesso a serviços básicos ou a direitos civis:

As liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais. Além de reconhecer, fundamentalmente, a importância avaliatória da liberdade, precisamos entender a notável relação empírica que vincula, uma as outras, liberdades diferentes. Oportunidades sociais facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas podem ajudar a gerar abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais (SEN, 2000, p. 25-26).

Para Sen (2000), não é possível auferir desenvolvimento se de alguma forma a liberdade dos membros da sociedade é tolhida. A liberdade poder ser afetada pela pobreza, como a falta de acesso aos recursos disponíveis ou oportunidades econômicas. Pode ser minimizada ainda pela tirania do Estado, representada pela negligência dos serviços públicos ou a interferência no exercício de direitos fundamentais.

### **3. NOVO VIÉS DO DESENVOLVIMENTO: OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS E DESDOBRAMENTOS DAS CONFERÊNCIAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE**

A partir da década de 1990, as Organizações das Nações Unidas (ONU) intensificaram o foco na promoção do desenvolvimento das nações. Mesmo antes desse período um novo elemento passou a ser considerado para o desenvolvimento: o enfoque ambiental. O modelo de desenvolvimento entendido como crescimento modernizante indicava que para se atender as necessidades de nações mais pobres, os recursos naturais existentes não seriam suficientes. Contudo, é possível apontar algumas tentativas anteriores e intensificadas no início do século passado no sentido de estabelecer algum controle sobre a disponibilidade de recursos naturais.

O Congresso Internacional para Proteção da Natureza, realizado em Paris, em 1923, é um bom exemplo sobre a proteção focada no controle dos recursos naturais utilizados para a promoção do crescimento econômico.

Em 1968, o Conselho Econômico e Social da ONU sugeriu e a Assembleia Geral aprovou a realização de uma conferência internacional com o objetivo de evitar a degradação do meio ambiente (SILVA, 2002, p. 28). A realização da conferência, em 1972, teve repercussões diferentes entre diversas nações, causando maior estranheza nas nações em desenvolvimento e alguns com posição antagônica, como o Brasil (SILVA, 2002, p. 29). As nações com industrialização tardia ainda enfrentavam (e ainda enfrentam) dificuldades graves relacionadas a pobreza e atendimento de serviços públicos básicos à população. Geraldo Eulálio Silva relembra:

A dificuldade enfrentada pelos países em desenvolvimento era que a documentação e toda a filosofia da Conferência espelhava posições de países do hemisfério norte que, além do mais, dispunham, nas reuniões preparatórias, de especialistas, o que não ocorria com os países em desenvolvimento, obrigados, na maioria, a recorrer a seus diplomatas (SILVA, 2002, p. 29).

Apesar de todo o receio das nações em desenvolvimento, chegou-se a um documento final que, tem em seu mérito, o reconhecimento que os problemas ambientais das nações em

desenvolvimento eram e continuam a ser dos problemas das nações industrializados (SILVA, 2002, p. 32). Entre os vários princípios definidos pela declaração redigida na conferência, destaca-se o princípio 11, que estatui:

Princípio 11

As políticas ambientais de todos os Estados deveriam estar encaminhadas para aumentar o potencial de crescimento atual ou futuro dos países em desenvolvimento e não deveriam restringir esse potencial nem colocar obstáculos à conquista de melhores condições de vida para todos. Os Estados e as organizações internacionais deveriam tomar disposições pertinentes, com vistas a chegar a um acordo, para se poder enfrentar as consequências econômicas que poderiam resultar da aplicação de medidas ambientais, nos planos nacional e internacional<sup>3</sup>.

Após a Conferência de 1972, a ONU criou em 1983 uma Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. A dita Comissão elaborou posteriormente um documento oficial intitulado ‘Nosso Futuro Comum’, mas conhecido como Relatório Brundtland, em homenagem a Presidente da Comissão Gro Harlem Brundtland, que tem no seu currículo a marca de ser a primeira ministra de meio ambiente a se tornar chefe do executivo de uma nação.

Geraldo Eulálio Silva (2002, p.34) destaca que o relatório “dá especial ênfase às consequências negativas da pobreza sobre o meio ambiente”. No relatório surge a primeira ideia de responsabilidade intergeracional, buscando-se a utilização dos recursos pelas gerações presentes, de modo a garantir o uso pelas gerações futuras. É o relatório, também, que sugere a realização de nova conferência, realizada no Rio de Janeiro em 1992.

Desde 1987, o conceito de desenvolvimento sustentável vem sendo repetido como mantra. Contudo sem políticas socioeconômicas e ambientais públicas e privadas eficazes no mundo da vida pelos diversos quadrantes do território terrestre.

#### 4. A VERTENTE SUSTENTÁVEL DO DESENVOLVIMENTO

A definição do conceito sustentabilidade também carrega em si grande divergência teórica. Almejando um aprofundamento teórico, é preciso indicar as bases de construção conceitual e seus eventuais limites.

Há aqueles que defendam que inexistente conflito entre a conservação ambiental e o crescimento econômico (VELGA, 2010, p. 109). Ainda sobre o enfoque da conciliação há a defesa da tese de que o crescimento econômico só prejudicaria o meio ambiente “até um determinado patamar de riqueza auferida pela renda *per capita*” (VELGA, 2010, p. 110).

Uma segunda teoria caminha em sentido oposto. Utilizando da segunda lei da termodinâmica afirma que as atividades econômicas transformam a energia em formas de calor tão difusas que são inutilizáveis. E acrescenta ainda: “em algum momento do futuro a humanidade deverá apoiar a continuidade de seu desenvolvimento na retração, isto é, com o decréscimo do produto” (VELGA, 2010, p. 112).

Para uma linha cética, pautada na segunda teoria, haveria uma condição estacionária. O desenvolvimento seria pautado em uma melhoria qualitativa, como, por exemplo, a substituição de fontes de energia fóssil por energia limpa. E defendem ainda:

“a hipotética conciliação entre o crescimento econômico e a conservação da natureza não é algo que possa ocorrer no curto prazo, e muito menos de isolada, de certas atividades, ou em locais específicos. Por isso, nada pode ser mais bisonho que chamar de ‘sustentável’ esta ou aquela proeza” (VELGA, 2010, p. 113)

<sup>3</sup> Disponível em: [www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc). Acessado em: 27 de jul. de 2017.

Entre essas duas linhas teóricas, a primeira pautada na inexistência de conflito entre crescimento econômico e a conservação ambiental e a segunda pela estagnação do crescimento pela incapacidade de se obter recursos naturais suficientes na sua promoção, existe uma linha intermediária, ainda não tão evoluída.

A teoria linha intermediária se pautada pela construção política-ideológica que teve início com a Conferência de Estocolmo de 1972 e foi consagrada pela Conferência do Rio de Janeiro de 1992, com a adoção da linha de sustentabilidade produzida pelo Relatório Brundtland. Velga (2010) indica que um dos melhores autores que sustenta essa linha é Ignacy Sachs que “soube evitar simultaneamente o ambientalismo pueril, que pouco se preocupa com a pobreza e desigualdades, e o desenvolvimentismo anacrônico, que pouco se preocupa com as gerações futuras” (VELGA, 2010, p. 171). Ainda para Velga (2010), “a sustentabilidade ambiental é baseada no duplo imperativo ético de solidariedade sincrônica com a geração atual e de solidariedade diacrônica com as gerações futuras “ (p. 172).

A premissa da sustentabilidade incorpora a ideia da solidariedade entre as gerações futuras e atuais, impelindo a buscar soluções triplamente satisfatórias no seu sentido social, econômico e ambiental. Afasta, portanto, o crescimento modernizante (BERCOVICI, 2005, p. 53), incapaz de gerar transformações na sociedade, sem alto custo aos bens ambientais.

#### **4.1 A proposta de Ignacy Sachs de desenvolvimento sustentável**

Na visão de Sachs (2000), o crescimento integra o conceito de desenvolvimento e é um dos seus fatores principais. Eles não são equivalentes, especialmente porque no crescimento a mudança é quantitativa, enquanto no desenvolvimento é qualitativa. A verdade é que o desenvolvimento tem sido exceção histórica, pois geralmente temos “crescimento modernizante”, sobretudo nas nações periférica ou semiperiféricas, e o desejado do desenvolvimento sustentável não é obra espontânea da força do mercado (CHANG, 2004, p. 13), por autorregulação, mas fruto sim de intervenção estatal planejada (SOUZA, 2017, p. 379) no domínio econômico, social, ambiental e tecnológico.

Ignacy Sachs (2000) defende a construção de um modelo de desenvolvimento cujo aproveitamento dos recursos naturais ocorra de forma sustentável. As sociedades passadas foram fundamentadas na biomassa, uma vez que dependiam dela para a sua vida material (SACHS, 2000, 29). Nessa linha, não se busca a retomada ao passado, mas “a invenção de uma moderna civilização de biomassa”. E completa: “O argumento é que tal civilização conseguirá cancelar a enorme dívida social acumulada com o passar dos anos, ao mesmo tempo que reduzirá a dívida ecológica” (SACHS, 2000, 30).

A aposta de Sachs (2000) está na evolução da ciência a fim de que faça a construção do novo paradigma social, mais justo, em termos de equilíbrio social, e com maior respeito à natureza. O avanço científico proposto criará tecnologias e ferramentas equilibrando a balança entre as nações industrializadas, com menor fonte de recursos naturais, e as nações pouco industrializadas, nos quais há maiores reservas ambientais geralmente.

O desenvolvimento sustentável proposto por Sachs (2000), então, passa pelo aproveitamento racional dos bens da natureza, bem como da superação de algumas premissas.

A primeira premissa é a superação do modelo de crescimento econômico. O conflito anterior a Conferência de Estocolmo polarizava duas posições, sendo daqueles que previam a abundância dos recursos naturais e daqueles que pregavam a catástrofe. Tais posições extremas foram descartadas na Conferência, surgindo alternativa média “entre o economicismo arrogante e o fundamentalismo ecológico” (SACHS, 2000, p. 52). O caminho do meio indicava

que o crescimento econômico ainda era necessário, mas deveria ser instrumentalizado mais favoravelmente à sociedade e ao meio ambiente, de forma evitar a conversão única do capital da natureza ao PIB (SACHS, 2000, p. 52).

A segunda premissa de superação é a do Mercado. A lógica liberal de mercado, pautada na eficiência proposta por Adam Smith de alocação de recursos, na opinião de Sachs, não é compatível com o desenvolvimento sustentável (SACHS, 2000, p. 55). A superação estaria na busca de um equilíbrio entre sociedade, Estado e Mercado, com as instituições externas ao mercado “como necessárias para fiscalizar e corrigir os seus excessos e deficiências” (SACHS, 2000, p. 56). Por sinal, Sachs (2000) defende que o planejamento se mostra como ferramenta indispensável para projetar e promover as estratégias do desenvolvimento sustentável (p. 56), como aliás defende o introdutor do Direito Econômico no Brasil, o saudoso Professor Washington Peluso Albino de Souza (2017).

Deve-se superar também o antagonismo norte-sul. Isso porque a premissa do desenvolvimento sustentável deve ocorrer em escala global, com estratégias complementares entre norte e sul. O autor defende que a ONU teria papel fundamental nessa integração da estratégia única e articulada e que ela tem obtido “sucesso” na promoção da conscientização ambiental (SACHS, 2000, p. 59).

Por fim, a consagração do modelo de desenvolvimento sustentável dependerá da superação da economia ecológica, catastrófica. Para Sachs (2000), é preciso retomar uma economia política, no sentido de “um planejamento flexível, negociado e contratual, simultaneamente aberto para as preocupações ambientais e sociais” (SACHS, 2000, p. 60)

Inspirado pelas lições de Ignacy Sachs, Velga define que,

o desenvolvimento tem a ver, primeiro e acima de tudo, com a possibilidade de as pessoas viverem o tipo de vida que escolheram, e com a provisão dos instrumentos e das oportunidades para fazerem as suas escolhas. (...) Vai desde a proteção dos direitos humanos até o aprofundamento da democracia (VELGA, 2010, p. 81).

Deve-se ter em vista que o crescimento econômico privilegia a manutenção da esfera de dominação, nas nações e entre nações. Na linha de raciocínio exposta pelos autores que pretendem superar a premissa do desenvolvimento como crescimento e também afastam a linha ideológica de que o desenvolvimento é mera ilusão, o desenvolvimento é trabalhado na inversão da lógica do “crescimento modernizante”, no “desequilíbrio positivo” que tende a minimizar os impactos negativos coletivos e maximizar o aproveitamento coletivo dos bens da natureza, da tecnologia e distribuição social dos bens e serviços produzidos.

A proposição de Sachs (2000), bem como de Sen (2000), é a definição de um conceito de desenvolvimento que promova justiça social, com graus variáveis de utilização planejada dos recursos naturais para atingir esse fim. Por promover uma justiça social e tendo como fim a dignidade humana, o desenvolvimento sustentável, no modelo proposto, portanto, está no fundamento do direito brasileiro, ou seja, é um dos princípios da ordem econômica (art. 170, VI da CR) e um dos capítulos (art. 225 da CR) da ordem social da nossa Lei máxima de 1988.

#### **4.2 O desenvolvimento sustentável enquanto princípio jurídico constitucional**

A perspectiva da responsabilidade intergeracional, após a sua consolidação no debate internacional sobre o desenvolvimento foi incorporada por diversos ordenamentos jurídicos. A Constituição da República de 1988 adotou no *caput* do art. 225 a responsabilidade entre gerações como o fundamento básico da proteção ao meio ambiente para a nação: “Todos têm



direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Para José Adércio Leite Sampaio (2003) a responsabilidade intergeracional é “um princípio de justiça ou equidade que nos obriga a simular um diálogo com nossos filhos e netos na hora de tomar uma decisão que lhes possa prejudicar seriamente” (SAMPAIO; *et al*, 2003, p. 53). Antônio Augusto Cançado Trindade (1993, p. 171) nos lembra que o Relatório Brundtland está permeado de considerações sobre equidade e justiça social. Em sua opinião, o relatório indica pela eliminação da pobreza generalizada ou extrema, mas também nos indica a buscar padrões de vida que sejam compatíveis com os meios ecológicos disponíveis.

O desenvolvimento sustentável revela uma acentuada dimensão temporal; com efeito, um elemento essencial da sustentabilidade é a obrigação geral básica de voltar-se para o futuro. No reconhecimento e na asserção das exigências de sobrevivência e dos princípios e valores comuns superiores e das responsabilidades comuns, pode-se testemunhar a noção em evolução no direito internacional contemporâneo segundo a qual ‘as obrigações e as capacitações não são atributos únicos dos Estados, mas são atinentes em primeiro lugar e sobretudo aos seres humanos e aos povos (TRINDADE, 1993, p. 173).

O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, incorpora a premissa do desenvolvimento sustentável, e cria obrigações públicas e privada que extrapolam a premissa temporal do presente, informando pela necessidade de buscar a efetivação dos direitos fundamentais as gerações atuais e futuras.

## 5. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E DIREITO DO DESENVOLVIMENTO: NA VISÃO DO DIREITO ECONÔMICO

O desenvolvimento é um dos objeto das normas que compõe o Direito Econômico, ou seja, o dito ramo do Direito possui como objeto o tratamento jurídico das políticas econômicas (SOUZA, 2017, p. 24-25), sejam elas públicas e privadas, inclusive as voltadas ao desenvolvimento concomitante socioeconômico, tecnológico, ambiental, cultural de forma plural e democrática a fim concretizar os comandos constitucionais e seus ditames de justiça. Para sustentar essa afirmação, relembra-se que para o Direito Econômico “a busca da realização da justiça exige que a realidade econômica, no estágio atual da vida social, seja tratada além dos limites dos conflitos privados entre si, ou destes em confronto com os interesses públicos” (SOUZA, 2017, p. 24). É o Professor Washington Peluso Albino de Souza (2017, p. 23) que nos ensina que o Direito Econômico assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos.

O debate sobre o desenvolvimento das nações é provocado especialmente pela ONU, que indica os elementos que se incorporam nos ordenamentos jurídicos das nações. Para o Professor Washington Peluso Albino de Souza, o desenvolvimento deve ser avaliado em sua natureza de “fato social” (SOUZA, 2017, p. 399). O tratamento sobre o sentido jurídico do desenvolvimento encontrará as suas balizas, tanto no âmbito interno como externo, nas normas de conteúdo de política econômica.

As lições de Direito Econômico que nos indicarão as premissas teóricas para divisão do direito ao desenvolvimento e o direito do desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento é visto como uma potencialidade, um direito potestativo visto como pela ótica da “prosperidade” e pela “melhoria da qualidade de vida” (SOUZA, 2017, p. 400), a que terá acesso todos os homens, quer como cidadãos das nações, quer como membros

das tribos primitivas (SOUZA, 2017, p. 400). Ainda segundo o Professor Washington Peluso Albino de Souza “em princípio, cabem-lhe os mesmos direitos ao conhecimento, ao mesmo tipo de valores sobre os elementos fundamentais da vida, portadores que são do referencial comum que os caracteriza como homens integrantes da comunidade” (SOUZA, 2017, p. 400).

Por sua vez, o direito do desenvolvimento “trata das normas jurídicas destinadas a garantir aquelas conquistas, integrando-se na vida dos homens e das nações, pela sua inclusão no ordenamento jurídico, quer internacional, quer nacional” (SOUZA, 2017, p. 401). Cuida-se das normas sobre as medidas de política econômica objetivando modelos de vida a sociedade. Assim sendo, o direito ao desenvolvimento é voltado a sua busca nas nações periféricas e semiperiféricas, já o direito do desenvolvimento é destinado à sua manutenção (riqueza) nas nações desenvolvidas.

## 5.1 O desenvolvimento sustentável como direito ao desenvolvimento sustentável

O direito ao desenvolvimento possui, portanto, uma carga de aspiração, conteúdo de norma diretiva que deve ser buscado entre os objetivos gerais do Estado. Nos moldes da Constituição brasileira de 1988, em especial, no *caput* do art. 170, a ordem econômica tem como fim assegurar a todos existência digna (BRASIL, 1988). A existência digna, que ganhará relevos especiais, com a introdução do conceito de desenvolvimento sustentável. Paralelamente, o preâmbulo da Constituição de 1998 diz que o Estado Democrático de Direito brasileira deve assegurar o desenvolvimento; a defesa do meio ambiente é ainda um dos princípios da ordem econômica (art. 170, VI da CR) e, portanto, um dos ditames necessários na construção e execução das políticas econômicas públicas e privadas em face do processo produtivo; além de ser garantido constitucionalmente o direito a um meio ambiente equilibrado a todos, seja das gerações presentes e futuras (art. 225 da CR), impondo assim dever dos segmentos sociais de assim agirem.

Assim sendo, a Constituição brasileira impõe o desenvolvimento sustentável a nação, visto pela ótica do Direito Econômico, como direito ao desenvolvimento, ou seja, um “desequilíbrio positivo”, a fim de exterminarmos o dano ambiental irreversível (art. 225 da CR), a dependência cultural (art. 215 da CR) e tecnológicas (arts. 218 e 219 da CR,) a falta de direitos fundamentais (art. 6 da CR), a exploração econômica externa (art. 170, I da CR), etc.

Ademais, na visão do Professor Washington Peluso Albino de Souza, “a ideia de sustentabilidade, por seu turno, trouxe o conceito às considerações jurídicas do compromisso das gerações atuais com as gerações futuras, envolvendo a ação do homem com a natureza” (SOUZA, 2017, p. 406). E, assim, deve-se pensar como um direito ao desenvolvimento sustentável que preserva para todos, inclusive para as gerações futuras, também titulares do direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, da Constituição).

É nessa linha que defende, Antônio Augusto Cançado Trindade:

Tendo isto em mente, podemos voltar nossa atenção à formação significativa, no plano global (Nações Unidas), do direito ao desenvolvimento como um direito humano, porquanto este último – como já indicado – está diretamente relacionado ao direito a um meio ambiente sadio (TRINDADE, 1993, p. 173).

Não se pode, desta forma, desassociar o atendimento dos comandos da constituição, de forma a promover o desenvolvimento, que parte de uma premissa de liberdade como meio

e como fim, defendido por Amartya Sen, promovendo a ruptura do equilíbrio que sustenta um estado de desigualdades, na linha de sustentação de Ignacy Sachs.

Contudo, não se pode pensar em um modelo de desenvolvimento que seja incompatível com a manutenção com o equilíbrio ecológico, inclusive na sua projeção para o futuro, bem como com a construção de uma sociedade plural, inclusive em seu modelo produtivo (CLARK; *et al.*, 2013, p. 293).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar o desenvolvimento como crescimento modernizante se mostrou insuficiente, especialmente considerando a manutenção do quadro social e ambiental desfavorável das nações de industrialização tardia ou não. A melhoria da qualidade de vida auferida nas nações, combinado com a defesa do meio ambiente, impõe uma intervenção estatal planejada no domínio econômico, social, ambiental, cultural e tecnológico a fim de resultar o “desequilíbrio positivo”.

A partir do século XX o mundo teve que pensar premissas para o desenvolvimento diante do escandaloso quadro internacional de desigualdades sociais e destruição/exaltação dos bens da natureza. O debate foi impulsionado pela ONU, nas suas conferências mundiais. Posteriormente, o relatório Brundtland de 1987 foi responsável por fixar os ditames do desenvolvimento sustentável e, apesar das dificuldades de se direcionar objetivos concretos e mensuráveis, sua principal faceta é indicada pela responsabilidade intergeracional.

Assim, o documento “O Nosso Futuro Comum” fixa a promoção do desenvolvimento capaz de romper o desequilíbrio e as injustiças das relações sociais, com a eliminação da extrema pobreza, possibilitando o exercício de liberdades individuais, da autodeterminação dos povos. O relatório indica, ainda, a necessidade da incorporação de responsabilidade sobre a utilização dos bens da natureza, de forma a buscar formas de minimização da pressão sobre os recursos naturais, possibilitando a sua fruição as gerações presentes e futuras.

O desenvolvimento não pode ser pensado sem liberdade, por outro lado. A liberdade poder ser afetada pela pobreza, como a falta de acesso aos produtos e serviços essenciais ou oportunidades socioeconômicas, bem como pela dependência cultural e tecnológica. Pode ser minimizada, ainda, pela tirania do Estado e/ou poder econômico privado, que podem ser representadas pela negligência dos serviços públicos ou a interferência negativa no exercício de direitos fundamentais.

Por sua vez, a integração da sustentabilidade ao conceito de desenvolvimento está pautada pela construção de um novo paradigma social. O avanço científico pode propiciar tecnologias e ferramentas destinados a compatibilidade dos sistemas produtivos, distribuição social de bens e serviços e preservação/regate da natureza. E, portanto, virando as páginas das destruições e injustiças do crescimento modernizante.

A proposição de Sachs, bem como de Sen, é a definição de um conceito de desenvolvimento que promova justiça social, com graus variáveis de utilização planejada dos recursos naturais para atingir esse fim. Por promover uma justiça social e tendo como fim a dignidade humana, o desenvolvimento sustentável, no modelo proposto, está no fundamento do direito brasileiro, ou seja, é apresentado como direito ao desenvolvimento, consagrados em diversos comandos constitucionais de nossa Lei máxima de 1988.

O desenvolvimento, enquanto, direito ao desenvolvimento, é um direito potestativo. Assim sendo, as ações estatais e privadas devem incorporar medidas políticas sociais, econômicas e tecnológicas que sejam capazes de romper as injustiças social e ambiental,

especialmente quanto a eliminação da pobreza e a defesa do meio ambiente, dentre outras, a fim de se dar eficácia no mundo da vida a constituição brasileira de 1988.

## REFERÊNCIAS

ARRIGHI, Giovanni. **A ilusão do desenvolvimento**. Petrópolis: Vozes, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a Escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araujo. São Paulo: UNESP, 2004.

CLARK, Giovani. CORRÊA, Leonardo Alves. NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia Constitucional e Pluralismo Produtivo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. especial, 2013, p. 265-300.

FURTADO, Celso. **O Mito do Desenvolvimento Econômico**. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

RIVERO, Oswaldo de. **O mito do desenvolvimento. Os países inviáveis no século XXI**. Petrópolis: Vozes, 2002.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey; 2003.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Produzir para Viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: THEX, 2002.

SOUZA, Washington Albino Peluso de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6ª ed. 2ª Tiragem. São Paulo: LTR, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente. Paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

THE WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. **Our Common Future**. Oxford University Press, 1987.

VELGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

UMA ANÁLISE DO SUPERENDIVIDAMENTO A PARTIR  
DE UMA PERSPECTIVA SOCIOAMBIENTAL E DO  
DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

ANTONIO CARLOS EFING  
CAROLINE JANAINA MENDES  
JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019

# UMA ANÁLISE DO SUPERENDIVIDAMENTO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA SOCIOAMBIENTAL E DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

## AN ANALYSIS OF SURVEILLANCE FROM A SOCIO- ENVIRONMENTAL PERSPECTIVE AND BALANCED ENVIRONMENTAL RIGHT

Recebido: 30/10/2018  
Aprovado: 12/12/2019

Antonio Carlos Efing<sup>1</sup>  
Caroline Janaina Mendes<sup>2</sup>  
Jussara Maria Leal de Meirelles<sup>3</sup>

### RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo analisar o superendividamento para além de uma questão econômica, com uma análise voltada ao superendividado, sujeito que vivencia essa situação, analisando-se as causas desse fato, bem como as suas consequências e os seus possíveis tratamentos. Nessa perspectiva, é examinado em um primeiro momento, como ocorre o consumo na sociedade contemporânea. Em seguida, aborda-se como se dá o desenvolvimento de quadros patológicos devido ao superendividamento, bem como, a análise de como estas doenças podem gerar um consumo exacerbado, que conduz ao superendividamento. Por fim, conclui-se que se faz urgente uma reflexão acerca da necessidade de construção de regulamentação própria acerca do superendividamento no ordenamento jurídico brasileiro, visto o aumento significativo de indivíduos superendividados na sociedade atual, uma regulamentação que trate o superendividamento para além de uma questão econômica, com uma análise socioambiental voltada ao sujeito que vivencia essa situação, analisando-se as suas origens, bem como as suas consequências e os seus possíveis enfrentamentos. Para a presente pesquisa, foi utilizado o método de abordagem científica dedutivo, o método procedimental histórico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Sociedade de Consumo. Consumismo. Superendividamento. Doenças. Capacidade Civil. Direito do Meio ambiente equilibrado. Proteção Socioambiental.

### ABSTRACT:

The purpose of this article is to analyze super indebtedness beyond an economic question, with an analysis focused on the over-indebted, subject that experiences this situation, analyzing the causes of this fact, as well as its consequences and possible treatments. From this perspective, it is examined at first, as consumption in contemporary society. Then, it is approached how the development of pathological conditions due to the over-indebtedness, as well as, the

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).. Email: ace@eradv.com.br

<sup>2</sup> Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ) e pós-graduando em Direito Tributário. Advogado. Email: caroline.jmendes@hotmail.com

<sup>3</sup> Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). E-mail: jumeirelles29@gmail.com

analysis of how these diseases can generate an exacerbated consumption, that leads to the super indebtedness. Finally, it is concluded that there is an urgent need to reflect on the need to build a proper regulation on super indebtedness in the Brazilian legal system, given the significant increase in super-indebtedness in today's society, a regulation that treats over-indebtedness beyond a question economic analysis with a socio-environmental analysis aimed at the subject who experiences this situation, analyzing the causes of this fact, as well as its consequences and possible treatments. For the present research, the method of deductive scientific approach, the historical procedural method and the bibliographic and documentary research techniques were used.

**Keywords:** Consumerism. Super indebtedness. Diseases. Civil capacity. Balanced environment.

## 1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea experimenta o ápice do movimento consumerista, a globalização e o desenvolvimento de novas tecnologias contribuem na fomentação do consumo desenfreado a tal ponto que são responsáveis hoje, pelo principal direcionamento do consumo das pessoas que fazem parte deste ambiente virtual.

E é nesse contexto, sob a influência das redes sociais, sob a influência da publicidade e da própria cultura da sociedade como um todo, que as pessoas deste século caminham por uma estrada desenfreada de consumo, onde o consumir significa “ser” alguém, significa dar um sentido a própria existência.

O consumo na sociedade atual ganha um significado simbólico de *status*, de significado da própria existência e de reconhecimento social. Diante deste ambiente, sentimentos de desejos insaciáveis e de ansiedade, só são um dos sentimentos gerados por esta onda consumerista. Sentimentos estes que não são somente o efeito, mas também o objetivo principal do movimento de consumo, uma vez que estes são à base do seu sucesso.

Diante destes fatos, surge uma outra causa aparente da sociedade de consumo, qual seja o endividamento ou o superendividamento, os quais são gerados por essa busca de satisfações e também, em muitos casos, gerados pela necessidade de obtenção de itens básicos de sobrevivência, como alimentos, água, luz, habitação, saúde, entre outros.

Ocorre que em alguns casos, o ciclo deste mercado pode se inverter, como é no caso, por exemplo, de alguns consumidores endividados ou superendividados, os quais por se encontrarem nesta situação, se sentem frustrados, em depressão e buscam justamente no consumo a autorealização pessoal, consumo este que gera mais dívidas, mais frustração de desejos, mais busca por saciedade de necessidades, tornando o ciclo de consumo um caminho sem volta.

Em alguns casos este endividamento pode chegar a tal ponto, que o consumidor de boa-fé se encontra sem meios de quitar suas dívidas presentes e futuras, se encontrando diante de um superendividamento, fato este que abala intensamente a vida dos afetados e dos que estão em seu entorno, causando um estado permanente de insegurança econômica, gerando baixa autoestima e podendo até mesmo desencadear problemas de saúde.

Verifica-se, portanto, que a sociedade contemporânea e a sua cultura influenciam de tal modo o cotidiano de seus cidadãos, que o ciclo de consumo se concretiza constantemente e aquilo que pode instigar o desejo de consumo para auto realização é o mesmo que mais tarde causará a ansiedade, a tristeza, a frustração e que será curado com o mesmo remédio, qual



seja, o consumo em busca da realização de uma felicidade que já é previamente projetada para nunca ser inteiramente realizada.

Neste contexto, é possível observar que o enfrentamento da questão do superendividamento ainda é uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor, não trata especificamente dos casos de superendividamento e os outros institutos passíveis de aplicação ao caso, não tratam o problema como este deveria ser realmente tratado, ou seja, com uma análise específica das suas causas e efeitos, com a preservação da dignidade da pessoa humana.

Importante se faz observar a necessidade de consagração da dignidade da pessoa humana no caso em questão, uma vez que, corre-se o sério risco desse ambiente de dívidas e falta de recursos, levarem o sujeito superendividado a desenvolver quadros patológicos de ansiedade, depressão, e entre outras tantas doenças que podem ser geradas neste meio ambiente inseguro.

Como meio de reflexão para uma possível contribuição à construção de uma regulamentação própria do superendividamento, o trabalho propõe uma análise, a partir do direito constitucional a um meio ambiente equilibrado. Conforme explica Jussara Meirelles (Disponível em:<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara\\_maria\\_leal\\_de\\_meirelles.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara_maria_leal_de_meirelles.pdf)>. Acesso em; 22 de jun de 2018), o meio ambiente equilibrado, “é aquele que dá condições de assegurar a qualidade de vida, nesta compreendida, evidentemente, a integridade psíquica de todos”, segundo expõe a autora ainda, diversos quadros patológicos são desencadeados por fatores ambientais, decorrentes da vida atual nas grandes cidades, refletindo-se em um verdadeiro impacto ambiental. (MEIRELLES, Disponível em:<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara\\_maria\\_leal\\_de\\_meirelles.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara_maria_leal_de_meirelles.pdf)>. Acesso em; 22 de jun de 2018.)

Diferente não é o caso, quando se fala de superendividamento, fato este que causa verdadeiro impacto ambiental na vida da pessoa que passa por essa situação, bem como para todos aqueles que estão em seu entorno.

A partir desta reflexão, verifica-se, a partir da análise do instituto da Incapacidade Acidental, previsto no Código Civil Português (Decreto-lei nº 47.344 de 25 de novembro de 1966), que busca alcançar quem se encontra acidentalmente incapacitado por qualquer causa passageira que comprometa a sua faculdade intelectual e volitiva, sendo possível nestes casos, a anulação do ato jurídico praticado por esta pessoa.

Busca-se ainda, uma reflexão acerca da urgente necessidade de construção de uma regulamentação própria acerca do superendividamento no ordenamento jurídico brasileiro, visto o aumento significativo de indivíduos superendividados na sociedade atual, sejam estas situações geradas pela obtenção exacerbada de itens considerados supérfluos, pela obtenção de itens de primeira necessidade ou pelo empréstimo recorrente em instituições bancárias ou órgãos de crédito.

Isto posto, o tema a ser desenvolvido no presente estudo refere-se à necessidade de se analisar o superendividamento para além de uma questão econômica, com uma análise voltada ao superendividado, sujeito que vivência essa situação, analisando-se as causas desse fato, bem como as suas consequências e os seus possíveis tratamentos. Assim, ao final desta pesquisa, pretende-se responder ao seguinte questionamento: como o superendividamento poderia ser tratado a partir de um olhar socioambiental, que valoriza a pessoa como sujeito em todas as suas dimensões, buscando-se a consagração da dignidade da pessoa humana?

Para tanto, o trabalho foi organizado em três itens, tendo início com a análise do consumo na sociedade contemporânea e no desenvolvimento de quadros patológicos devido ao superendividamento, bem como, a análise de como estas doenças podem gerar o efeito

contrário. Na sequência verificou-se o superendividamento a partir de uma perspectiva de análise da capacidade civil e do meio ambiente equilibrado.

Para isso, foi utilizado o método de abordagem científica dedutivo, o método procedimental histórico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com a análise de livros, artigos científicos, teses e dissertações sobre o assunto.

## 2. COMO SE DESENVOLVE O CONSUMISMO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O desejo de fazer parte de um determinado grupo social ou de uma classe social, de consumir determinadas marcas e de ter acesso a produtos exclusivos, sempre esteve presente nos sonhos da grande maioria das pessoas que fazem parte da sociedade contemporânea, uma sociedade que conforme explica Maristela Denise Marques de Souza (2018), é a sociedade que experimenta o ápice do movimento consumerista, de tal maneira que esse consumo interfere diretamente nas relações sociais, familiares e na identidade do “*homo consumos*”.

O século XX foi marcado pela consolidação do capitalismo industrial como modo de produção. Através deste sistema, a pretexto do desenvolvimento, as pessoas, sobretudo empresas, têm utilizado grandes quantidades de recursos naturais, causando a instabilidade ambiental e a desorganização ecológica. Consequentemente, danos ambientais em grande escala tem ocorrido. (Paffarini, Colognese e Hamel, 2017)

A globalização e o desenvolvimento de novas tecnologias contribuíram e continuam a contribuir na fomentação desse consumo desenfreado. E nesse contexto, o surgimento das chamadas “redes sociais” na internet, possuem um papel cada vez mais fundamental nesta sociedade, pois, quando se trata de influenciar o modo de vida de seus “seguidores” ou participantes, estas redes possuem papel fundamental no direcionamento do consumo destas pessoas.

A influência das redes sociais é tamanha que muitos dos seus participantes passam a consumir produtos, baseados somente na influência que seus ídolos e *bloggers* possuem sobre seus hábitos. Pessoas essas que realizam postagens recorrentes em seus perfis pessoais, usando produtos que são patrocinados por marcas, como modo de dar publicidade aqueles itens de consumo.

Além de criar um movimento de influência de consumo direcionado, as redes sociais propiciam ainda, a sensação de vivência no “mundo perfeito”, possibilitando a seus participantes a sensação de que tudo é possível naquele ambiente, de que ninguém que está naquele espaço possui problemas familiares e/ou pessoais, uma vez que todos só postam os acontecimentos bons de sua rotina, além de gerar um efeito em massa de que todos naquele ambiente possuem acesso aos últimos lançamentos do mercado, às melhores roupas, aos melhores sapatos, bolsas, eletrônicos, bem como o acesso aos melhores e mais requintados locais de lazer.

É nesse ambiente então, que a sociedade contemporânea se desenvolve, em um ambiente de “falsas aparências”, no qual aquele que pensa não ter “nada”, deseja consumir um determinado produto ou hábito, baseado na influência daquele que finge ter alguma coisa.

E é assim, sob a influência destes ambientes de redes sociais, sob a influência da publicidade e da própria cultura da sociedade como um todo, que as pessoas deste século caminham por uma estrada desenfreada de consumo, onde o consumir significa “ser” alguém, significa dar um sentido a própria existência.

Inês Hennigen ao analisar as lições de Jean Baudrillard (Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/malestar/v10n4/o6.pdf>>. Acesso em: 22 de jun de 2018), comenta que a posse de

determinados bens está diretamente vinculado ao seu aspecto simbólico, que podem significar *status* e poder, pois evidenciam que cada vez mais, mercadorias são concebidas não somente como objetos, mas meios que possibilitam identidade, pertencimento e reconhecimento social, fazendo com que o consumo passe a ser considerado o motor e matriz das relações sociais.

Diante deste contexto, sentimentos de desejos insaciáveis e de ansiedade, só são um dos sentimentos gerados por esta onda consumerista. Sentimentos estes que não são somente o efeito, mas também o objetivo principal do movimento de consumo, uma vez que estes são à base do seu sucesso. Conforme explica Zygmunt Bauman (2008):

A instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das necessidades, assim como a resultante tendência ao consumo instantâneo e à remoção, também instantânea, de seus objetos, harmonizam-se bem com a nova liquidez do ambiente em que as atividades existenciais foram inscritas e tendem a ser conduzidas no futuro previsível.

Verifica-se, portanto, que diante de uma sociedade contemporânea, a realidade do consumo ganha duas facetas, uma onde o incentivo a saciabilidade de desejos é infundável e a outra, onde os incentivos a sentimentos como a ansiedade e a satisfação de necessidades se tornam a máquina locomotora desse ciclo. Neste sentido, alerta Bauman (2008)

A sociedade de consumo tem como base de suas alegações a promessa de satisfazer desejos humanos em um grau que nenhuma sociedade do passado pôde alcançar, ou mesmo sonhar, mas a promessa de satisfação só permanece sedutora enquanto o desejo continua *insatisfeito*; mais importante ainda, quando o cliente não está “*plenamente satisfeito*” – ou seja, enquanto não se acredita que os desejos que motivaram e colocaram em movimento a busca da satisfação e estimularam experimentos consumistas tenham sido verdadeira e totalmente realizados.

Bauman (2009) expõe ainda, que sem a frustração dos desejos, a demanda pelo consumo diminuiria rapidamente e a economia perderia sua impulsão.

É diante de todo este contexto então, que surge uma outra causa aparente da sociedade de consumo, qual seja o endividamento ou o superendividamento, o quais são gerados por essa busca de satisfações e também, em muitos casos, gerados pela necessidade de obtenção de itens básicos de sobrevivência, como alimentos, água, luz, habitação e entre outros.

Neste sentido, Simone Artifon e Maristela Piva (Disponível em: <<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/Ao771.pdf>>. Acesso em; 19 de jun de 2018) destacam que “para pesquisadores da psicologia econômica e da neuroeconomia, o endividamento está ligado especialmente à falta de autocontrole e à busca por uma compensação, um alívio para impulsos”.

Sustentam Antônio Carlos Efig, Gabriele Polewka e Olenka Woolcott Oyague (2015) que o endividamento ou o superendividamento, se confundem com o próprio desenvolvimento da sociedade de consumo, fazendo parte da vida em sociedade nos dias atuais, superendividamento esse, que pode ser definido como expõe Fernanda Moreira Cezar (2007), como a impossibilidade do consumidor pessoa física, de boa-fé, pagar todas as suas dívidas de consumo, sejam elas atuais ou futuras, (CEZAR, 2007) sendo tais situações agravadas devido às diversas possibilidades de concessão de créditos e financiamentos disponíveis no mercado, concessões estas que na sua grande maioria ocorrem de modo irresponsável, sabendo-se que os seus consumidores não têm condições de saldá-las antes mesmo da contratação destes serviços. (EFING e OYAGUE, 2015)

Dessa forma que o mercado do consumo se desenvolve, sendo esta uma das causas de movimento e impulsão deste mercado.

Ocorre que em alguns casos, o ciclo deste mercado pode se inverter, como é no caso, por exemplo, de alguns consumidores endividados ou superendividados, os quais por se encontrarem

nesta situação, se sentem frustrados, em depressão e buscam justamente no consumo a auto realização pessoal, conforme explica Simone Artifon e Maristela Piva (Disponível em: <<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/Ao771.pdf>>. Acesso em; 19 de jun de 2018), “o endividamento não é resultado de um fato isolado, contudo, a aquisição de novas dívidas, prioriza o consumo de itens supérfluos, o que evidencia a existência de fatores simbólicos no ensejo por comprar bens de consumo trazendo valor ao eu”. As autoras relatam ainda, ao citar a obra “*A revolução da esperança: por uma tecnologia humanizada*” de E. Fromm, que o consumo tem sua origem na sensação de vazio interior, no desespero, na confusão, no temor, gerando assim, sentimentos de fragilidade, frustração, fracasso, sensação de inaptidão para auto realização pessoal (ARTIFON e PIVA, Disponível em: <<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/Ao771.pdf>>. Acesso em; 19 de jun de 2018), consumo este que gera mais dívidas, mais frustração de desejos, mais busca por saciedade de necessidades, tornando o ciclo de consumo um caminho sem volta.

### 3. O SUPERENDIVIDAMENTO GERA DOENÇAS E DOENÇAS GERAM O SUPERENDIVIDAMENTO

Diversos são os casos que conduzem o consumidor ao endividamento, e em alguns casos este endividamento pode chegar a tal ponto, que até mesmo as necessidades mais básicas da vida deste consumidor podem ser impactadas pela falta de recurso para supri-las. É a partir deste momento então, quando o consumidor de boa-fé se encontra sem meios de quitar suas dívidas presentes e futuras (CEZAR, 2007), devido a um fato superveniente, quando este não possui perspectivas para saldar suas dívidas, que o superendividamento pode ser exemplificado. Pois, o superendividamento parte da premissa de que aquele endividamento somente ocorreu, porque de fato o consumidor se encontra em tal situação, que mesmo que desejasse quitar suas dívidas, não poderia fazê-lo, pois não tem poder aquisitivo para tanto.

Antônio Carlos Efing, Gabriele Polewka e Olenka Woolcott Oyague (2015) explicam que a doutrina divide os superendividados em duas categorias, qual seja os superendividados passivos, aqueles que não conseguem pagar suas dívidas por situações alheias as suas vontades, devido, por exemplo, a um desemprego inesperado, divórcio ou doença e os superendividados ativos, que são aqueles que consomem de forma consciente, sabendo desde o início que não conseguiram arcar com aquela dívida ou de forma inconsciente, que são os casos em que o consumidor acredita honestamente que conseguirá pagar aquela dívida, mas que falha ao honrar com sua obrigação, devido ao fato de não ter calculado corretamente o impacto que aquela dívida causaria em seu orçamento.

Os autores complementam que “as causas do superendividamento e as suas consequências abalam intensamente a vida dos afetados e de seu entorno, criando um círculo vicioso difícil de ser rompido”. (EFING e OYAGUE, 2015). Explicam que o consumidor com o superendividamento começa a viver em estado permanente de insegurança econômica, sendo atingido pela baixa autoestima, podendo até mesmo desenvolver problemas de saúde, visto a tentativa de manter o mesmo padrão de vida ou até mesmo a tentativa de esconder da família o problema financeiro, (EFING e OYAGUE, 2015) o que só agrava ainda mais a repercussão interna deste problema.

Nessa perspectiva, Ray Earwicker (Disponível em: <<http://www.health-inequalities.eu/wp-content/uploads/2016/05/Problem-debt-and-health.pdf>>. Acesso em: 05 de jul de 2018) relata que diversas variáveis contribuem para a “causa das causas” de doenças, essas incluem emprego, educação, habitação, meio ambiente, transporte, crime, pobreza e renda.

Ainda, para Ray Earwicker (Disponível em: <<http://www.health-inequalities.eu/wp-content/uploads/2016/05/Problem-debt-and-health.pdf>>. Acesso em: 05 de jul de 2018) o endividamento é elemento essencial na vida da sociedade moderna e que a disponibilidade e o acesso a crédito são vitais para a economia e para manutenção de padrões de vida, que estes somente se tornam um problema, quando passa haver pelo consumidor, dificuldades para a sua quitação. Nestes casos, a dívida pode começar a gerar implicações tanto na saúde física, como na saúde mental dos consumidores, podendo promover doenças ligadas à ansiedade e a depressão. O suicídio pode estar ligado à dificuldade de quitação de dívidas, tamanho o impacto que estas podem ter sobre a vida da pessoa que as contraíram.

Neste contexto, Simone Artifon e Maristela Piva (Disponível em:< <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/Ao771.pdf>>. Acesso em; 19 de jun de 2018) relatam que ao realizarem uma pesquisa qualitativa no Balcão do Consumidor, projeto de extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF) no Estado do Rio Grande do Sul, tendo como participação seis entrevistados, que contraíram dívidas significativas em relação ao seu orçamento, verificaram que em resposta a uma das perguntas do questionário, qual seja, “Qual o significado das compras que foi fazendo em tua vida?” o conteúdo obtido nas respostas dos entrevistados demonstra que muitos acreditam que o bem-estar efêmero decorre do consumo de bens e que este proporciona condição de independência, prazer, liberdade e felicidade. As autoras relatam ainda, que diante das falas percebe-se que o consumo de objetos sacia ilusoriamente a vontade e preenchem o vazio interior, visto que muitos sujeitos comentaram não querer guardar dinheiro, por não saber o dia de manhã, o que evidencia segundo as autoras, a dificuldade de lidar com frustrações, expressando aspectos da subjetividade contemporânea, como o individualismo, o prazer imediato e a dificuldade de planejar um futuro.

Verificam as autoras ainda, que ao questionarem aos entrevistados “Como te sentes depois da compra?” a maioria respondeu que se sente aliviado, pois compraram o que desejavam, ao contrário do que responderam à pergunta “Como te sentes geralmente antes de comprar algo que desejas?” onde a autoras evidenciaram sentimentos de dúvidas e ansiedade. (ARTIFON e PIVA, Disponível em:< <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/Ao771.pdf>>. Acesso em; 19 de jun de 2018). Diante das respostas as autoras revelam que a o ato de comprar produz estados fugazes de prazer e satisfação, mas que atrelado a isso há também “o despertar de inúmeras ansiedades decorrentes da conscientização de orçamento desprovido, quando ficam apreensivos ao pensar como vão pagar”, o que segundo as autoras, demonstra claramente como funciona os desejos alienados de consumo, os quais quando satisfeitos, são rapidamente substituídos por outros por meio do ritmo incessante do consumismo. (ARTIFON e PIVA, Disponível em:< <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/Ao771.pdf>>. Acesso em; 19 de jun de 2018)

Portanto, é possível observar, que a sociedade contemporânea e a sua cultura influenciam de tal modo o cotidiano de seus cidadãos, que o ciclo de consumo se concretiza constantemente e aquilo que pode instigar o desejo de consumo para auto realização é o mesmo que mais tarde causará ansiedade, tristeza, frustração e que será curado com o mesmo remédio, que será o consumo em busca da realização de uma felicidade que já é previamente projetada para nunca ser inteiramente realizada.

#### 4. O SUPERENDIVIDAMENTO E UMA ANÁLISE DA CAPACIDADE CIVIL SOB A PERSPECTIVA DE UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

A sociedade contemporânea fez emergir um problema social antes não verificado em outras sociedades, qual seja o superendividamento de seus cidadãos, gerado pelo consumo exacerbado na busca de felicidade e de saciedade de desejos, necessidades essas produzidas e incentivadas pela própria cultura deste modelo de sociedade.

Conforme relatam Antônio Carlos Efig, Gabriele Polewka e Olenka Woolcott Oyague (2015) o superendividamento transforma-se em um problema social, quando retira dos devedores a sua dignidade, condenando-os à exclusão social, fazendo-os arrastar por toda uma vida uma dívida insolúvel.

Sob esta perspectiva os autores explicam ainda, que a Sociedade e o Estado necessitam encontrar respostas que atendam em termos de justiça e efetividade esta “classe de consumidores”, visto a necessidade de se garantir o respeito à dignidade humana e ao próprio desenvolvimento econômico sustentável.(EFING, POLEWKA e OYAGUE, 2015)

Atualmente o sistema jurídico brasileiro apresenta em seu ordenamento alguns meios de tratamento da questão da pessoa superendividada, ocorre que nenhum destes meios soluciona efetivamente as causas e os efeitos do superendividamento, não havendo legislação específica acerca do assunto.

Neste sentido, é possível verificar que o ordenamento jurídico dispõe de um Código próprio para a Defesa do Consumidor, o qual possui como objetivo a tutela das relações de consumo, a defesa do consumidor diante de um mercado econômico, ocorre que quando da sua promulgação, o Código não previu tamanho crescimento e desenvolvimento de diversas modalidades de transações e vendas, bem como modo de concessões de crédito (EFING, POLEWKA e OYAGUE, 2015), assim, conforme enfatizam os autores “o enfrentamento do problema se dá através da criatividade dos operadores do Direito que buscam soluções nos instrumentos legais existentes, considerados insuficientes diante da magnitude e características do problema”, uma vez que mesmo o Código de Defesa do Consumidor, não tratou especificamente dos casos de superendividamento.

Outro instituto bastante debatido quando se toca no teor da discussão do superendividamento, se refere ao artigo 1.052 do novo Código de Processo Civil, o qual trata da Insolvência Civil, sendo que tal artigo manteve o mesmo conteúdo do artigo 748 e seguintes do antigo Código de Processo Civil (BRASIL, Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 05 de jul de 2018).

Deste modo, segundo o instituto da Insolvência Civil, a insolvência se dá “toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor” (BRASIL, Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 05 de jul de 2018), o que significa em outros termos, assegurar ao credor, os direitos dispostos nos artigos 749 à 753 do antigo Código de Processo Civil, quais sejam, dentre outros, antecipar o vencimento das dívidas do superendividado, arrecadar todos os bens suscetíveis de penhora, quer seja os bens atuais, como os futuros, bem como despir o devedor da administração de seus bens até a liquidação total da massa. (BRASIL, Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm#livroiiituloiv](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#livroiiituloiv)>. Acesso em: 05 de jul de 2018). Conforme expõe Tais Hemann da Rosa e Fábio Siebeneichler de Andrade (ROSA e ANDRADE, Disponível em:< [file:///C:/Users/caroline/Downloads/4508-15663-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/caroline/Downloads/4508-15663-1-PB%20(2).pdf)>. Acesso em: 05 de jul. de 2018), é possível observar que a “figura da insolvência é limitada, tendo um propósito restrito a organizar o procedimento de cobrança de débitos do devedor que incidiu na situação de insolvência”.

Em outros termos, é possível dizer, que o Instituto da Insolvência também não seria o instituto mais adequado para aplicação no caso dos superendividados, uma vez que consoante a este assunto, explica Tais Hemann da Rosa e Fábio Siebeneichler de Andrade (Disponível em: < file:///C:/Users/caroline/Downloads/4508-15663-1-PB%20(2).pdf>. Acesso em: 05 de jul. de 2018), que “a disciplina da problemática do superendividamento se apresenta como diferenciada, e mais ambiciosa, na medida em que pretende a adoção de medidas para efetivamente proteger o devedor, excepcionando o princípio do *pact sun servanda*”, sendo importante neste caso, porém, a verificação de quando deve esta proteção incidir ou não ao particular devedor, verificando-se nestes casos se houve um superendividamento passivo ou ativo inconsciente, os quais normalmente são compreendidos como passíveis de incidência jurídica. (EFING, POLEWKA e OYAGUE, 2015)

Diante deste debate, Antônio Carlos Efig, Gabriele Polewka e Olenka Woolcott Oyague (2015) ao analisarem o Projeto de Lei do Superendividamento nº 283/2012, colocam que um caminho para combater o superendividamento, seria o entendimento previsto no referido projeto, o qual postula como solução para estes casos, iniciativas que busquem promover o acesso ao crédito de modo responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a exclusão social e o comprometimento do mínimo existencial na vida deste devedor, de modo que as condições mínimas de dignidade destas pessoas, como o acesso a água, alimentação, luz, saúde, moradia e educação não sejam afetadas diante de tal situação.

Deste modo, importante se faz ressaltar, a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana diante de casos de superendividamento, direito este consagrado como princípio constitucional intransponível, independentemente do caso em que questão. Pois, caso assim não o seja, corre-se o sério risco desse ambiente de dívidas e falta dos recursos mais básicos de sobrevivência, levarem o sujeito superendividado a desenvolver quadros patológicos de ansiedade, depressão transtorno do pânico e entre outras tantas doenças que podem ser geradas neste meio ambiente inseguro.

Nestes termos, expõe Jussara Maria Leal de Meirelles que a Constituição Federal em seu artigo 225 protege o meio ambiente equilibrado, que segundo a autora “é aquele que dá condições de assegurar a qualidade de vida, nesta compreendida, evidentemente, a integridade psíquica de todos” (MEIRELLES, Disponível em:<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/bh/jussara\\_maria\\_leal\\_de\\_meirelles.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/bh/jussara_maria_leal_de_meirelles.pdf)>. Acesso em; 22 de jun de 2018.), segundo expõe autora ainda, diversos quadros patológicos são desencadeados por fatores ambientais, decorrentes da vida atual nas grandes cidades, refletindo-se em um verdadeiro impacto ambiental, diferente não é o caso, quando se fala no superendividamento, fato este que causa um verdadeiro impacto ambiental na vida da pessoa que passa por essa situação, bem como para todos aqueles que estão em seu entorno. Assim, esclarece a autora:

O meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, assegurado constitucionalmente, deve ser, sem dúvida, o que se demonstra apto a manter a integridade psíquica de todos. Se o meio ambiente em que se vive não oferece condições, para tanto, necessário realizar-se uma leitura compreensiva de eventuais consequências até desastrosas que esse mesmo meio ambiente pode causar na vida de cada um.

Sob esse ponto de vista, explica a autora que o medo é o resultado psicológico mais frequente decorrente da vida na sociedade atual, apresentando-se com maior evidência e em diferentes graus de intensidade, por meio da ansiedade, da angústia, do pânico, da fobia e entre outros, sendo indiscutível o componente ambiental que influencia determinadas doenças, mesmo que em alguns casos, tais quadros patológicos possam estar vinculados a fatores pessoais individuais. (MEIRELLES, Disponível em:<<http://www.publicadireito.com.br/>

conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara\_maria\_leal\_de\_meirelles.pdf>. Acesso em; 22 de jun de 2018). Componente ambiental este, que no caso do superendividamento é gerado pela situação de insegurança do devedor em se ver impotente diante de uma situação de dívidas impossíveis de serem saldadas. Jussara Meirelles ainda arremata:

Pessoas não são descartáveis, evidentemente. No entanto, em pânico, ansiosas ou estressadas após um trauma, não produzem os resultados que a sociedade produtiva espera delas. E então, o que se vê? A mesma sociedade que contribuiu para o estado em que elas se encontram, munindo-se de regras e fundamentos para deixá-las, de certa forma e em certa medida, à parte.

Diante deste quadro poder-se-ia dizer que tais pessoas, atingidas por estas doenças, diante de um caso de superendividamento que leve os devedores a ficarem a margem de sua própria dignidade, poderiam ter sua manifestação de vontade considerada prejudicada, tendo em vista que uma pessoa em pânico, não manifesta seu consentimento com a atenção devida, nem seu consentimento é tido como livre. (MEIRELLES, Disponível em:<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara\\_maria\\_leal\\_de\\_meirelles.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara_maria_leal_de_meirelles.pdf)>. Acesso em; 22 de jun de 2018.)

Além de tal fato, importante recordar, que conforme explica Simone Artifon e Maristela Piva (Disponível em:< <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/Ao771.pdf>>. Acesso em; 19 de jun de 2018), o consumo e o endividamento estão ligados especialmente à falta de autocontrole e à busca por um alívio de impulsos, que trazem uma valorização do eu, consumo este que se revela em uma dificuldade de lidar com frustrações e de planejar um futuro, neste sentido, é importante observar que no caso do sujeito superendividado sua manifestação de vontade ao contrair novas dívidas, quando este já se encontra em uma situação de endividamento, merece uma análise pormenorizada, para que seja verificado se este de fato possuía discernimento de suas atitudes quando assumia mais uma dívida, ou se este agia sob influência de seus sentimentos, em busca de uma realização pessoal.

Para este contexto de quadros patológicos, explica Jussara Meirelles (Disponível em:<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara\\_maria\\_leal\\_de\\_meirelles.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara_maria_leal_de_meirelles.pdf)>. Acesso em; 22 de jun de 2018) que sob um ponto de vista prático, a proteção de tais pessoas, poderia se dar pela aplicação do regime jurídico das capacidades civis, o qual, foi reconstruído atualmente a partir da Convenção de Nova York e das mudanças realizadas no Estatuto da Pessoa com Deficiência, ocorre que com aplicação de tal regime estaria se correndo o risco, de mais uma vez, colocar a margem da sociedade estas pessoas que vivem sob a condição de superendividadas, punindo mais uma vez aos que já padecem de alguns dos efeitos mais devastadores da vida contemporânea. Explica a autora, que nas hipóteses de ansiedade, medo ou estresse, poder-se-ia argumentar uma incapacidade acidental.

A Incapacidade Acidental é um instituto jurídico previsto no Código Civil Português (Decreto-lei nº 47.344 de 25 de novembro de 1966), que busca alcançar quem se encontra acidentalmente incapacitado por qualquer causa passageira que comprometa a sua faculdade intelectual e volitiva, sendo possível nestes casos, a anulação do ato jurídico praticado por esta pessoa. Tal incapacidade é caracterizada somente durante os momentos em que se verificam as suas causas, explica Jussara Meirelles que esta incapacidade “está adstrita a um determinado ato, para o qual o indivíduo não apresentava condições mentais de manifestar livremente a sua vontade. E existe apenas durante os momentos em que é possível verificar suas causas. Para, além disso, em quaisquer outras situações, a pessoa é considerada perfeitamente capaz”. (MEIRELLES, Disponível em:<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara\\_maria\\_leal\\_de\\_meirelles.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara_maria_leal_de_meirelles.pdf)>. Acesso em; 22 de jun de 2018.)



Importante acentuar que tal nulidade do ato jurídico realizado só se torna apto quando o fato é notório ou conhecido pela outra parte, sendo que o notório se enfatiza, como o fato que uma pessoa de normal diligência teria podido notar. (MEIRELLES, Disponível em:<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara\\_maria\\_leal\\_de\\_meirelles.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara_maria_leal_de_meirelles.pdf)>. Acesso em; 22 de jun de 2018.)

A notoriedade de tais situações são naturalmente difíceis de serem verificadas, expõe Jussara Meirelles:

Imagine-se a dificuldade de se comprovar o conhecimento, pela outra parte, de sintomas como os de ansiedade, estresse pós-traumático e o medo patológico, que podem ou não ser percebidos, até porque, em alguns casos, no afã de evitar constrangimentos maiores, são disfarçados por nuances comportamentais, até socialmente aceitáveis, somente evidenciando-se em casos mais severos.

Quando se fala em transtornos derivados do superendividamento, também pode ser verificada esta dificuldade, principalmente nos casos de consumo derivados de uma busca de realização pessoal, contudo, quando se fala em empréstimos e concessões de financiamentos esse quadro poderia ser facilmente verificado pelas agências bancárias e órgãos de concessão de crédito, devido ao nível de informações integradas destes órgãos, o que geraria facilmente uma nulidade destes negócios com base em uma Incapacidade Acidental.

Contudo, verifica-se que no Brasil a regulação da nulidade destes negócios jurídicos ocorre de modo diferente, não havendo ainda, uma atenção especial ao sujeito superendividado. Fato este que se evidencia como de urgente regulamentação e atenção, devido ao aumento significativo de superendividados na sociedade atual, sejam estas situações de endividamento geradas pela obtenção exacerbada de itens considerados supérfluos, seja pela obtenção de itens de primeira necessidade ou pelo empréstimo recorrente em instituições bancárias ou órgãos de crédito.

Verifica-se ainda, a necessidade de uma regulamentação que conceda ao superendividado uma análise muito maior do que uma análise puramente econômica, mas uma análise socioambiental, que considere este sujeito em todas as suas dimensões, com todas as suas especificidades, uma regulamentação que compreenda não somente a causa, mas também os efeitos desta situação de superendividamento na vida destas pessoas, como expõe Jussara Maria Leal de Meirelles (MEIRELLES, Disponível em:<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara\\_maria\\_leal\\_de\\_meirelles.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara_maria_leal_de_meirelles.pdf)>. Acesso em; 22 de jun de 2018.), se faz importante reler categorias, revisar os conceitos, refletir “a respeito das disposições legais e dos fatos, sob o manto de valores tão fortes como a dignidade e a solidariedade. Somente assim é possível alcançar-se a compreensão verdadeira de quem, do quê e em que medida se pretende proteger”.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos apontamentos realizados, é possível chegar a algumas conclusões:

a) A sociedade experimenta o ápice do movimento consumerista, de tal maneira que esse consumo interfere diretamente nas relações sociais e familiares. (SOUZA, 2018). A globalização e o desenvolvimento de novas tecnologias contribuíram e continuam a contribuir na fomentação desse consumo desenfreado. O surgimento das chamadas “redes sociais” na internet, possuem um papel cada vez mais fundamental nesta sociedade, pois, direcionam o consumo das pessoas neste ambiente virtual.

É diante deste contexto, que a sociedade contemporânea se desenvolve, sob a influência de redes sociais, sob a influência da publicidade e da própria cultura da sociedade como um todo, caminhando por uma estrada desenfreada de consumo, onde o consumir significa “ser” alguém, significa dar um sentido a própria existência.

Sentimentos de desejos insaciáveis e de ansiedade, só são um dos sentimentos gerados por esta onda consumerista. Sentimentos estes que não são somente o efeito, mas também o objetivo principal do movimento de consumo, uma vez que estes são à base do seu sucesso.

Outra causa aparente da sociedade de consumo é o aparecimento cada vez mais recorrente do endividamento ou o superendividamento, o quais são gerados por essa busca de satisfações e também, em muitos casos, gerados pela necessidade de obtenção de itens básicos de sobrevivência. Ocorre que em alguns casos, o ciclo deste mercado pode se inverter, como é no caso, por exemplo, de alguns consumidores endividados ou superendividados, os quais por se encontrarem nesta situação, se sentem frustrados, em depressão e buscam justamente no consumo a auto realização pessoal, consumo este que gera mais dívidas, mais frustração de desejos, mais busca por saciedade de necessidades, tornando o ciclo de consumo um caminho sem volta.

b) O superendividamento parte da premissa de que o endividamento somente ocorreu, porque de fato o consumidor se encontra em tal situação, que mesmo que desejasse quitar suas dívidas, não poderia fazê-lo, pois não tem poder aquisitivo para tanto. Diante desta situação, o endividado começa a viver em estado permanente de insegurança econômica, sendo atingido pela baixa autoestima, podendo até mesmo desenvolver problemas de saúde. Devido a dificuldade de quitação de sua dívidas.

Observa-se que a sociedade contemporânea e a sua cultura influenciam de tal modo o cotidiano de seus cidadãos, que o ciclo de consumo se concretiza constantemente e aquilo que pode instigar o desejo de consumo para auto realização é o mesmo que mais tarde causará ansiedade, tristeza, frustração e que será curado com o mesmo remédio, que será o consumo em busca da realização de uma felicidade que já é previamente projetada para nunca ser inteiramente realizada.

c) Atualmente o sistema jurídico brasileiro apresenta em seu ordenamento alguns meios de tratamento da questão da pessoa superendividada, tais como os princípios e direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, bem como, o instituto da Insolvência Civil previsto no artigo 1.052 do novo Código de Processo Civil, disciplinado pelo artigo 748 e seguintes do antigo Código de Processo Civil. Ocorre, que nenhum destes meios soluciona efetivamente as causas e os efeitos do superendividamento, não havendo legislação específica acerca do assunto.

Deste modo, a partir da análise da autora Jussara Maria Leal de Meirelles (MEIRELLES, Disponível em:<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara\\_maria\\_leal\\_de\\_meirelles.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara_maria_leal_de_meirelles.pdf)>. Acesso em; 22 de jun de 2018), se propõe uma leitura do superendividamento e de suas consequências ao superendividado, a partir do artigo 225 da Constituição Federal, o qual, estabelece a proteção do meio ambiente equilibrado, que segundo a autora “é aquele que dá condições de assegurar a qualidade de vida, nesta compreendida, evidentemente, a integridade psíquica de todos”.

Sob esse ponto de vista, explica a autora que o medo é o resultado psicológico mais frequente decorrente da vida na sociedade atual, apresentando-se com maior evidência e em diferentes graus de intensidade, por meio da ansiedade, da angústia, do pânico, da fobia e entre outros, sendo indiscutível o componente ambiental que influência determinadas doenças, mesmo que em alguns casos, tais quadros patológicos possam estar vinculados a fatores pessoais individuais. (MEIRELLES, Disponível em:<<http://www.publicadireito.com.br/>

conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara\_maria\_leal\_de\_meirelles.pdf>. Acesso em; 22 de jun de 2018.). Componente ambiental este, que no caso do superendividamento é gerado pela situação de insegurança do devedor em se ver impotente diante de uma situação de dívidas impossíveis de serem saldadas. Diante deste quadro, a autora relata que tais pessoas, atingidas por estas doenças, poderiam ter sua manifestação de vontade consideradas prejudicada, tendo em vista que uma pessoa em pânico, não manifesta seu consentimento com a atenção devida, nem seu consentimento é tido como livre. O que diante de um caso de superendividamento, também poderia ser assim compreendido, uma vez que os devedores ao ficar a margem de sua própria dignidade, poderiam ter sua manifestação de vontade também considerada prejudicada.

Para este contexto de quadros patológicos, explica Jussara Meirelles (Disponível em:<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara\\_maria\\_leal\\_de\\_meirelles.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara_maria_leal_de_meirelles.pdf)>. Acesso em; 22 de jun de 2018) que sob um ponto de vista prático, a proteção de tais pessoas, poderia se dar pela aplicação do regime jurídico das capacidades civis, ressalta, contudo, que com aplicação de tal regime estaria se correndo o risco, de mais uma vez, colocar a margem da sociedade estas pessoas que vivem sob a condição de superendividadas, punindo mais uma vez aos que já padecem de alguns dos efeitos mais devastadores da vida contemporânea, de tal modo, explica a autora, que nas hipóteses de ansiedade, medo ou estresse, poder-se-ia argumentar uma incapacidade acidental.

A Incapacidade Acidental é um instituto jurídico previsto no Código Civil Português (Decreto-lei nº 47.344 de 25 de novembro de 1966), que busca alcançar quem se encontra acidentalmente incapacitado por qualquer causa passageira que comprometa a sua faculdade intelectual e volitiva, sendo possível nestes casos, a anulação do ato jurídico praticado por esta pessoa.

Verifica-se, contudo, a dificuldade de ser notório os transtornos derivados do superendividamento, principalmente nos casos de consumo derivados de uma busca de realização pessoal, contudo, analisa-se, que quando se fala em empréstimos e concessões de financiamentos esse quadro poderia ser facilmente verificado pelas agência bancárias e órgãos de concessão de crédito, devido ao nível de informações integradas destes órgãos, o que geraria facilmente uma nulidade destes negócios com base em uma Incapacidade Acidental.

Diante da análise, conclui-se, portanto, que no Brasil a regulação da nulidade destes negócios jurídicos ocorre de modo diferente, não havendo ainda, uma atenção especial aos superendividados. Fato este que se evidencia como de urgente regulamentação e atenção, devido ao aumento significativo de superendividados na sociedade atual, sejam estas situações de endividamento geradas pela obtenção exacerbada de itens considerados supérfluos, seja pela obtenção de itens de primeira necessidade ou pelo empréstimo recorrente em instituições bancárias ou órgãos de crédito. Verifica-se ainda, a necessidade de uma regulamentação que conceda ao superendividado uma análise muito maior do que uma análise puramente econômica, mas uma análise socioambiental, que considere este sujeito em todas as suas dimensões, com todas as suas especificidades, uma regulamentação que trate não somente a causa, mas também os efeitos desta situação de superndividamento na vida destas pessoas, como expõe Jussara Maria Leal de Meirelles se faz importante reler categorias, revisar os conceitos, refletir “a respeito das disposições legais e dos fatos, sob o manto de valores tão fortes como a dignidade e a solidariedade. Somente assim é possível alcançar-se a compreensão verdadeira de quem, do quê e em que medida se pretende proteger”.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Meio Ambiente e Saúde Mental: uma perspectiva jurídica da solidariedade. CONPEDI – MANAUS, p. 204. Disponível em:<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara\\_maria\\_leal\\_de\\_meirelles.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara_maria_leal_de_meirelles.pdf)>. Acesso em; 22 de jun de 2018.

## REFERÊNCIAS

ARTIFON, Simone; PIVA, Maristela. **Endividamento nos dias atuais:** Fatores psicológicos implicados neste processo. Psocologia.pt – O PORTAL DOS PSICÓLOGOS. Disponível em:< <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/Ao771.pdf>>. Acesso em; 19 de jun de 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida.** 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 05 de jul de 2018.

BRASIL, LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Código de Processo Civil. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm#livroiituloiv](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#livroiituloiv) >. Acesso em: 05 de jul de 2018.

CEZAR, Fernanda Moreira. O Consumidor Superendividado: por uma tutela jurídica à luz do direito civil-constitucional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.63, jul.- set. 2007.

EARWICKER, Ray. **The impacto f problem debt on health – a literature review.** EQUITY ACTION – the EU Joint Action Programme on Health Inequalities. Disponível em: <<http://www.health-inequalities.eu/wp-content/uploads/2016/05/Problem-debt-and-health.pdf>>. Acesso em: 05 de jul de 2018.

EFING, Antônio Carlos; OYAGUE, Olenka Woolcott; POLEWKA, Gabriele. **A CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA E O SUPERENDIVIDAMENTO DA POPULAÇÃO: EMERGÊNCIA DO APRIMORAMENTO LEGISLATIVO PARA TUTELA SOCIAL.** Revista de Direito do Consumidor, v. 101, 2015.

HENNIGEN, Inês. **Superendividamento dos consumidores:** uma abordagem a partir da Psicologia Social.Revista Mal-estar e Subjetividade, Fortaleza, v.10, n. 4, dez. 2010, p. 1177. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/malestar/v10n4/06.pdf>>. Acesso em: 22 de jun de 2018.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Meio Ambiente e Saúde Mental:** uma perspectiva jurídica da solidariedade. CONPEDI – MANAUS. Disponível em:<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara\\_maria\\_leal\\_de\\_meirelles.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jussara_maria_leal_de_meirelles.pdf)>. Acesso em; 22 de jun de 2018.

PAFFARINI, Jacopo. COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa. HAMEL, Eduardo Henrique. **A insuficiência da responsabilidade socioambiental empresarial na perspectiva do desenvolvimento sustentável.** Revista Direito e Desenvolvimento. Disponível em: < <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/541/421>>. Acesso em 29 de out. 2018.

ROSA, Tais Hemann; ANDRADE, Fábio Siebeneichler. **Notas Sobre a Tutela do Consumidor Superendividado no Brasil:** um novo caso de proteção da pessoa contra si mesmo (atualidades e perspectivas). Arquivo Jurídico - Arquivo Jurídico – Teresina-PI – v. 2 – n. 1, jan./jun. de 2015. Disponível em: < file:///C:/Users/caroline/Downloads/4508-15663-1-PB%20(2).pdf>. Acesso em: 05 de jul. de 2018.

SOUZA, Maristela Denise Marques. **O comportamento do consumidor sob influência da publicidade.** Revista da Ordem. Maio de 2018, nº 48, p.41.CTBA- Paraná.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

DO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE À PRODUÇÃO  
NORMATIVA PROCESSUAL DEMOCRÁTICA

PAULO JUNIOR TRINDADE DOS SANTOS  
GABRIELA SAMRSLA MOLLER  
ANDRÉ ANTÔNIO GRACIOLI

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019

## DO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE À PRODUÇÃO NORMATIVA PROCESSUAL DEMOCRÁTICA

### FROM THE PARADIGM OF COMPLEXITY TO THE PRODUCTION OF DEMOCRATIC PROCEDURAL REGULATIONS

Recebido: 14/12/2018  
Aprovado: 14/10/2019

Paulo Junior Trindade dos Santos<sup>1</sup>  
Gabriela Samrsla Moller<sup>2</sup>  
André Antônio Gracioli<sup>3</sup>

#### RESUMO:

Do paradigma da complexidade à produção normativa processual democrática inicia pelo estudo do paradigma da complexidade, no qual impera uma racionalidade reflexiva-aberta que pressupõe a transdisciplinariedade, ainda não assimilada pelo Direito, além do estudo da possibilidade de o Judiciário se tornar a porta de entrada para a assunção de tal paradigma pela ciência jurídica. O problema pode ser encontrado no paradigma da complexidade oriundo de um mundo global cada vez mais plural, no qual o Direito, ainda preso no paradigma mecanicista, não se abre à transdisciplinariedade. A hipótese é a possibilidade de internalização de tal paradigma pelo renovado papel do Judiciário, em que o processo é legitimado democraticamente e assume a função de formulação e concretização de direitos, sejam eles promessas constitucionais reprimidas ou novas demandas. Os objetivos são a preocupação em abordar o paradigma da complexidade e sua racionalidade aberta-reflexiva e, em seguida, apresentar o Judiciário e o Processo como elementos para adequar o Direito a tal paradigma. A metodologia utilizada é a bibliográfica. Com isso, busca-se analisar a relação entre a nova racionalidade e Processo, reflexão que se faz necessária ao Direito, dado que o antigo paradigma da ciência, fundado na unicidade e especialização de disciplinas e que culmina na Lei e no Código, vem a ser renovado pelo paradigma da complexidade.

**Palavras-chave:** Paradigma da Complexidade. Decisão Judicial. Processo. Democracia participativa.

#### ABSTRACT:

From the paradigm of complexity to normative procedural democratic production begins with the study of the paradigm of complexity, in which there is a reflexive-open rationality that presupposes transdisciplinarity, not yet assimilated by Law, besides the study of the possibility of the Judiciary becoming the gateway for the assumption of such a paradigm by legal science. The problem can be found in the paradigm of complexity arising from an increasingly plural world, in which law, still trapped in the mechanistic paradigm, does not open itself to transdisciplinarity. The hypothesis is the possibility of internalization of such a paradigm by the renewed role of

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela UNISINOS. Professor junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOESC-SC. Email: pjtrindades@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela UNISINOS-RS. Email: gabi.moller@hotmail.com

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pela UNOESC-SC. Email: andregracioli@gmail.com

the Judiciary, in which the process is democratically legitimized and assumes the function of formulating and concretizing rights, be they repressed constitutional promises or new demands. The objectives are the concern in addressing the paradigm of complexity and its open-reflective rationality and then presenting the Judiciary and the Process as elements to adapt the Right to such a paradigm. The methodology used is the bibliographical one. The purpose of this study is to analyze the relation between the new rationality and Process, a reflection that is necessary for Law, since the old paradigm of science, based on the uniqueness and specialization of disciplines and culminating in Law and Code, comes to be renewed by the paradigm of complexity.

**Keywords:** Paradigm of Complexity. Judicial decision. Process. Participatory democracy.

## 1. INTRODUÇÃO

Do paradigma da complexidade à produção normativa processual democrática será balizado pelo estudo do paradigma da complexidade, em que se apresenta uma racionalidade reflexiva-aberta que pressupõe a transdisciplinariedade. Em um segundo momento, será realizado breve estudo acerca da possibilidade e legitimidade do Judiciário em internalizar tal paradigma ao Direito.

O problema pode ser encontrado no fato de que o paradigma da complexidade, presente em um mundo global cada vez mais plural, ainda não foi inteiramente absorvido pelo Direito, ainda preso ao paradigma mecanicista. A hipótese é a possibilidade de internalização de tal paradigma por um Judiciário de papel renovado, que busca a efetividade do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o processo se torna instrumento político e se legitima a partir da ideia de democracia para além da representatividade, assumindo a possibilidade de concretizar mandamentos constitucionais e criar Direito a partir de novas demandas oriundas dessa sociedade complexa.

Os objetivos são abordar o paradigma da complexidade e sua racionalidade aberta-reflexiva e, em seguida, apresentar o Judiciário e o Processo como elementos possíveis de entrada de tal paradigma no Direito. A metodologia utilizada é a bibliográfica. Com isso, busca-se analisar a relação entre a nova racionalidade e Processo, reflexão que se faz necessária ao Direito, dado que o antigo paradigma da ciência, fundado na unicidade e especialização de disciplinas e que culmina na Lei e no Código, vem a ser renovado pelo paradigma da complexidade.

## 2. PENSAR O DIREITO PELA NOVA<sup>4</sup> RACIONALIDADE<sup>5</sup>

Na contemporaneidade, um novo mundo científico é instituído, tendo reflexos diretos no que se produz em sociedade e individualmente (produzimos a sociedade que nos produz<sup>6</sup>). A

4 Leia-se Nova como Novo, pois WARAT... fala do novo como o lugar em que cada um de nós pode descobrir-se a si mesmo. Em todo caso, o novo não como território de que se vislumbra a terra prometida, a exterioridade sonhada. É o novo como sensibilidade. (WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos*. In: *Territórios Desconhecidos*. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 86).

5 Importante salientar, para que em segundo momento se adentre nos aspectos relevantes da temática proposta, que LATAUR, evita as noções de crença, conhecimento, racionalidade e irracionalidade. Sempre que usadas, subvertem totalmente o quadro da ciência em ação, e o substituem por mentes, fenômenos e fatores deturpadores. Se quisermos continuar o estudo da rede da tecnociência, precisamos endireitar as crenças tortas e acabar com essa oposição entre ideias racionais e irracionais. (LATAUR, Bruno. *Ciência em Ação*. Como seguir Cientistas e Engenheiros Sociedade Afóra. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 302-303).

6 MORIN, Edgar. Da necessidade de um pensamento complexo. Para navegar no século XXI – Tecnologias do Imaginário e Cibercultura. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 5.



ciência, a partir de uma Nova Racionalidade<sup>7</sup>, tenta deixar para trás a razão fechada cartesiana, dado que a complexidade reflete a transdisciplinariedade, momento em que o conhecimento forma pontes entre as disciplinas com o intuito de abrir caminhos (novas possibilidades).

Parte-se da razão fechada (racionalismo que ocasiona a angústia cartesiana-mecanicista), em que o saber (reprodutivo<sup>8</sup>) é aprisionado e fechado hermeticamente em cada disciplina, para a abertura progressiva do edifício no qual se visualiza a imagem do progresso dos conhecimentos<sup>9</sup>. A ciência contemporânea, baseada na razão complexa (reconhece as zonas obscuras e as incertezas<sup>10</sup>), produz novos saberes e novas ignorâncias<sup>11</sup> a partir das iniciativas, da cooperação, pelo sentido de responsabilidade, pela capacidade de relacionar umas coisas e fenômenos com outros e, assim, descobre a todo momento os agentes emergentes do novo<sup>12</sup>. Dessa maneira, ao dialogar com o irracional e o a-razional (ser e existência não são absurdos, nem racionais: eles são<sup>13</sup>), a razão complexa perpassa o conhecimento dualista cartesiano<sup>14</sup> e reflete o diálogo constante e prolixo imprescindível à convivência e complementação entre os saberes. Desse modo, a atualidade apresenta à cientificidade seu desafio: a complexidade<sup>15</sup>.

Dessa maneira, a Nova Racionalidade impõe irreversível transformação do conhecimento científico<sup>16</sup>, que se apresenta radical e progressivo, posicionando-se em coerência com as necessidades, os interesses e os desejos livremente expressados e contrastados com considerações éticas e estéticas<sup>17</sup>. Esboça e demarca o futuro da ciência, inserindo-se pela via da descentralização de disciplinas e desenvolvida por meio do descobrimento de níveis de realidade não traduzíveis diretamente a um projeto de ciência unitária, simplista e

7 VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

8 VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 13.

9 CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995, p. 47.

10 MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 168.

11 **La ciencia contemporánea ha criticado la idea de enigma como ignorabius definitivo y fijado de una vez para siempre**, produciendo nuevas áreas problemáticas y nuevas conceptualizaciones, nuevos saberes y nuevas ignorancias. La idea del enigma como limite absoluto estaba estrechamente vinculada con la adopción del ideal regulativo del lugar fundamental y neutro de observación. Es la plausibilidad heurística de este ideal la que desapareció en los últimos cien años. (CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995, p. 40, grifo nosso).

12 VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 13.

13 MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 167-168.

14 O conhecimento do paradigma emergente tende assim a **ser um conhecimento não dualista**, um conhecimento que se funda na superação das distinções tão familiares e óbvias que até há pouco considerávamos insubstituíveis, tais como natureza-cultura, natural-artificial, vivo-inanimado, mente-matéria, observador-observado, subjetivo-objetivo, coletivo-individual, animal-pessoa. Este relativo colapso das distinções dicotômicas repercute-se nas disciplinas científicas que sobre elas se fundaram. Aliás, sempre houve ciência que se reconheceram mal nestas distinções e tanto que se tiveram de fracturar internamente para se lhes adequarem minimamente. Refiro-me à antropologia, à geografia e também à psicologia. Condensaram-se nelas privilegiadamente as contradições da separação de ciências naturais-ciências sociais. Daí, que, num período de transição entre paradigma, seja particularmente importante, do ponto de vista **epistemológico**, observar o que se passa nessas ciências (SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995, p. 39-40, grifo nosso).

15 Los desarrollos de las ciencias de nuestro siglo han hecho visibles muchos presupuestos de la herencia cartesiana, y han puesto en discusión la inevitabilidad y la necesidad de su identificación con las tareas y los criterios del conocimiento y de la ciencia. Así, la idea de previsión, la ciencia como ciencia de lo general, la conciencia del tiempo como lugar de despliegue de la necesidad atemporal de las leyes dejan de ser criterios absolutos y definitivos de la cientificidad. Se delinea un itinerario que a través de las fisuras de la presunta necesidad de los límites cartesianos de la ciencia produce lo que podemos definir como desafío de la complejidad (CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995, p. 41).

16 KARL, Popper R.. **Conjeturas y Refutaciones**. Brasília: Editora da UnB, 1980, p. 264.

17 VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 227.

disciplinária<sup>18</sup>. Com estes novos horizontes descentralizadores, passa a (re)avaliar o lugar do homem frente ao cosmos, inclusive o próprio modo de pensar o cosmos<sup>19</sup>.

Nesses termos, a Nova Racionalidade (apesar de parecer, em alguns momentos, surreal<sup>20</sup>) aguça a redescoberta da paixão pela vida, de compreender os outros, que virá de um confronto com os desejos que fluem marginalmente, perpassando a mera sobrevivência institucional(izada pelo direito)<sup>21</sup>. Contém e comporta, assim, novas proposições antropológicas e filosóficas que expressam novos modos de autoconhecimento, nos quais a razão não seja mutilada pela emoção, nem o sentir se expanda sem promovê-la. Com a conjunção de tais dimensões, provavelmente serão encontrados novos sentidos a nosso *ser* e a nosso *devenir*<sup>22</sup>.

Conforme Boaventura Sousa Santos, nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma, racional; só a configuração de todas elas o é. Os conhecimentos tentam, pois, dialogar com seus pares, ocorrendo uma interpenetração<sup>23</sup>. Assim, essa nova maneira de pensar efetiva uma conversa transdisciplinar que reflexiona sobre uma nova forma de produção do conhecimento. Tal ocorre por meio do estabelecimento de vínculos entre coisas separadas e da recepção das diversas realidades geradas pelo complexo mundo, as quais aportam em certo grau de polissemia e processos singulares<sup>24</sup>. Nas palavras de Warat<sup>25</sup>, “Um saber sobre o Direito que reconcilie o homem com suas paixões, tenha respostas de acordo com o mundo e transforme a estagnação de suas verdades em desejos vivos”.

Dessa maneira, a ciência jurídica não passa ao largo de tal mudança paradigmática, exigindo uma nova compreensão (diálogo) dos saberes que se integram à sua dinâmica<sup>26</sup>, às complexidades do mundo, que interferem diretamente em seu funcionamento. Assim, sua funcionalidade não pode se apartar da compreensão plenária da vida que o jurista deve ajudar a resolver<sup>27</sup>.

A partir de tais contribuições, percebe-se que as complexidades do mundo global penetram no Direito por meio do Judiciário<sup>28</sup>, no qual o processo judicial adquire importância<sup>29</sup>

18 Se trata en primer lugar de las **descentraciones espaciales**, que provocaron la conquista del micro y macrocosmos. Pero son igualmente importantes las **descentraciones temporales**: así, es bastante difícil trazar una línea de demarcación precisa entre los dos procesos de descentración, espacial y temporal. En todas las imágenes de la realidad, el espacio y el tiempo estuvieron íntimamente conectados (CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995, p. 50, grifo nosso).

19 CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995, p. 49.

20 Em contraposição, os sonhos surrealistas mostram as razões que a razão instituída ignora; isto promove as lutas dos opostos, desarraigados e enraizados onde cada um assume a verdade de sua vida e seu fervor. É a fantasia no lugar dos fantasmas (WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 188).

21 WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 76.

22 VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 174.

23 SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995, p. 55.

24 WARAT, Luis Alberto. **Metáforas para a Ciência, a Arte e a Subjetividade**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 531.

25 WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 83-84.

26 CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **Estrategia Jurídica**. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011, p. 106 e 98.

27 CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **Estrategia Jurídica**. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011, p. 98.

28 Neste ponto ver: que aponta a postura inovadora do STF reconhecendo que o direito deve buscar informações fora do âmbito de sua ciência assim dialogando com as demais ciências. (ALHO, Ana Maria Gomes da Silva. **Transdisciplinariedade no STF – A ADI n.º 3510**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI.)

29 A tendência apontada pela sociedade atual e de que projete: “o processo a ser a rainha das ciências jurídicas”. (COUTURE, J. Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1970, p. 80.)

tanto para a Teoria do Direito quanto para a vida<sup>30</sup>, podendo ser visto como capaz de absorver o paradigma da complexidade e fazer, assim, as pontes entre as ciências, refletidas na Decisão Jurídica de epistemologia construtivista<sup>31</sup>.

Um dos caminhos apontados para a projeção do Direito pela Nova Racionalidade seria o Direito Reflexivo<sup>32</sup> e o Direito Responsivo<sup>33</sup>, que aportam o paradigma da complexidade e apresentam translucidez científica contemporânea para responder à sociedade e aos seus indivíduos, seus desejos e necessidades, tendo como moradia sólida a transdisciplinariedade.

### 3. EM DIREÇÃO AO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE

O paradigma é considerado o que está no princípio da construção das teorias, o núcleo obscuro que orienta os discursos teóricos neste ou naquele sentido<sup>34</sup>, a unidade fundamental para o estudo do desenvolvimento científico, a qual não pode ser totalmente reduzida a componentes atômicos lógicos<sup>35</sup>. O paradigma da complexidade contém estrutura mítica que se apresenta via razão complexa, a qual engloba razões instrumentais que se desenvolvem em seu interior: é visto como ‘o fogo das loucuras que desemboca no teatro-mundo’ ou, ainda, como ‘labirinto’, ambos de razões míticas<sup>36</sup>. Assim, a racionalidade em seu seio é mais plural, tornando o conhecimento novamente aventura encantada<sup>37</sup> e surreal<sup>38</sup>, abrindo caminhos para compreender melhor os problemas humanos<sup>39</sup>.

30 Una sencilla **observación empírica** demuestra que en todas las sociedades suelen haber ciertas personas ante las cuales se plantean problemas jurídicos, problemas relacionados con la efectividad de las reglas de Derecho que rigen la vida familiar, civil, comercial, laboral, etc., de la correspondiente comunidad, y que esas selectas personas tienen la particularidad de que frente al problema suelen formular una conclusión (veredicto, fallo, laudo, sentencia), que es la “última palabra” al respecto y que debe ser acatada -y normalmente lo es- por todos (incluso el Estado). y bien, la actividad que se desarrolla en orden a este veredicto, fallo, laudo o sentencia, se identifica -en términos muy genéricos-con la expresión “proceso jurisdiccional. **La importancia que este proceso jurisdiccional adquiere** no solamente en la Teoría del Derecho sino en la misma vida social, se advierte fácilmente en cuanto se tiene presente que tan sólo en nuestro país existen al redor de quinientos órganos del Estado ante los cuales se desarrollan tales procesos (además de inúmeros tribunales arbitrales), y que ante cada uno de dichos órganos (cuando se trata de órganos del Estado) se llevan a cabo-simultáneamente- varios cientos (y a veces miles) de procesos. Es que de esos procesos jurisdiccionales depende en última instancia la vigencia de todo el ordenamiento jurídico que la comunidad en cuestión se ha dado, y es a ellos que acuden todas las personas que entienden que se encuentran afectadas por la falta de correlación entre lo que las normas jurídicas dicen que debe ser y lo que ocurre en la realidad de la vida. (OLIU, Alejandro Abal. **Derecho Procesal**. Tomo I. Segunda Edición, Revisada Y Actualizada. Uruguay: Fundación De Cultura Universitaria, 2001, p. 11, grifo nosso).

31 **Derecho y Complejidad**. In: CARCOVA, Carlos María. **Las Teorías PostPositivistas**. 3 ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 263.

32 TEUBNER e BOURDIEU aludem que o **Direito Reflexivo** surge como resposta aos problemas das sociedades contemporâneas que se caracterizam pelo alto nível de complexidade, tendo como papel estruturar e reestruturar os sistemas sociais semiautônomos, modelando tanto seus procedimentos de discurso interno como seus métodos de coordenação com outros sistemas sociais. BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

33 NONET y SELZNICK corroboram que o direito responsivo resulta da crise do formalismo legal, e assim evoluciona o direito, emergindo da combinação entre finalismo e participação, que passa a nortear as necessidades e aspirações sociais, voltando-se à efetividade substantiva de suas disposições e à capacidade de solução de problemas sociais. NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **O Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

34 MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 45.

35 KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 31.

36 HINKELAMMERT, Franz. **La maldición que pesa sobre la ley**. Las raíces del pensamiento crítico en Pablo de Tarso. San José: Costa Rica: Editorial Arlekin, 2010, p. 69.

37 SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995, p. 35.

38 Como acima mencionado e aludido em nota de rodapé quanto ao tema e alento. (WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 91 e segs).

39 ORIN, Edgar. **Da necessidade de um pensamento complexo**. Para navegar no século XXI - Tecnologias do Imaginário e Cibercultura. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 5.

O paradigma da simplificação e dos saberes fracionados (redução/separação), retrato de uma família intelectual numerosa e instável<sup>40</sup> cujo auge ocorreu nos anos 70<sup>41</sup>, teve colocado em dúvida seu objetivismo e seu rigorismo científico a partir da percepção da desordem que se estabelecia em sua racionalidade. Com isso, os físicos Bohr e Heisenberg apresentaram inovações epistemológicas e experimentais que possuíam visão de mundo similar à mística de outras épocas<sup>42</sup>, tendo as demais ciências assimilado tais feitos e questionado o absolutismo da objetividade científica<sup>43</sup>.

Tal marco histórico agregado a outros acontecimentos científicos propiciou ao pensamento complexo inserir o homem no processo de conhecimento<sup>44</sup>, impulsionando outros modos de construção mental e do real, outras formas mais flexíveis de organizar nossas representações mentais e o diálogo com formas transdisciplinares de racionalizar. O paradigma da complexidade acontece, assim, a partir do diálogo, da vontade de cooperar, do rechaço ao dogmatismo autoritário e a outras formas de dominação<sup>45</sup>.

Na contemporaneidade, presta-se atenção à dimensão plenária e universal ao falar de mundos e não de mundo, no qual cada um desses mundos está em plena comunicação com os demais, possuindo ao menos uma imagem dos outros<sup>46</sup>. Os entrecruzamentos, imbricamentos e rupturas destes mundos constituem o paradigma da complexidade que, ao mesmo tempo, separa e associa, concebendo níveis de emergência da realidade sem reduzi-los às unidades elementares e às leis gerais<sup>47</sup>.

Este novo paradigma encontra rumos para apresentar uma inovação metodológica<sup>48</sup> que se fortalece na confluência crescente entre disciplinas (sem prescindir de suas especialidades). A interpretação ao aprender-compreender-explicar-gestionar cada fato complexo ocorrerá tal como realmente é e está: composto por fatores históricos-naturais-técnicos, os quais se heterogenizam sem interrupção, em uma medida e outra<sup>49</sup>. Supõe-se ainda que sua natureza se estruture em processo auto-organizativo com diferentes níveis, fazendo com que necessariamente se dê uma explicação unificada dos fenômenos, impondo revisão da razão

40 SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995, p. 35.

41 El viejo paradigma legitimo el establecimiento de los saberes fraccionados apoyándose, además, en la utilidad que brindaban a la industrialización en sus primeras etapas –necesidad de especialistas–, así como en su expansión hasta los años 1970, aproximadamente. (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 16.)

42 CAPRA, Fritjof. **El Tao de la Física**. Una exploración de los paralelismos entre la física moderna y el misticismo oriental. 9ª ed.. Malagra: Sirio, 2000, p. 20.

43 VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 54.

44 WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 173.

45 Pódese conferir que el paradigma de la complejidad y sus nuevas formas de razonar transdisciplinariamente, requiere asumir muchos otros conceptos y actitudes: requiere, nada menos (ya lo he sugerido), la reforma de nuestras mentalidades, otros modos de construcción mental de lo real, otras formas, más flexibles, de organizar nuestras representaciones mentales, dejándolas abiertas a su posible transformación. En este sentido, cuantos trabajamos en los ámbitos de la transdisciplinariedad, recomendamos (y nos exigimos) la práctica del principio de humildad de tipo socrático. Los científicos transdisciplinarios explicitan constantemente ese principio de maneras archilocuentes (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 37-38).

46AUGE, Marc. **Hacia una Antropología de los Mundos Contemporáneos**. Barcelona: Gedisa, 1998. P. 123.

47 MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 138.

48 **Transdisciplinarità e Dialogo**. Nuova Umanità. XXIX (2007/3) 171, pp. 353-360, p. 354-355.

49 VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 16.

lógica científica, focando a atenção no método transdisciplinar<sup>50</sup>, capaz de integrar os diversos contributos<sup>51</sup>.

Nesse paradigma, portanto, os fenômenos complexos articulam-se com a transdisciplinaridade<sup>52</sup>, com as realidades e os problemas, realizando-se diálogo imprescindível para convivência e complementação entre os saberes<sup>53</sup>. Nesse sentido, a contemporaneidade tende para o conhecimento multidimensional<sup>54</sup> (o conhecimento deve corresponder ao conjunto de complexidades<sup>55</sup>), o qual permite dividir relativamente esses domínios científicos sem prescindir da comunicação que não opera a redução<sup>56</sup>. Revela, portanto, a tentativa de superar a angústia<sup>57</sup> de se renovar frente à tecnociência e à globalização, que alteraram as noções de tempo e espaço, projetando necessidade de novas e melhores estratégias de produção do conhecimento<sup>58</sup>.

Assim, a transdisciplinariedade transforma nosso olhar sobre o individual, o cultural e o social, remetendo para a reflexão respeitosa e aberta sobre as culturas do presente e do passado, do Ocidente e do Oriente<sup>59</sup>. O Direito é inserido em tal paradigma, impactando e sendo impactado por outras disciplinas científicas<sup>60</sup>, sendo a comunicação com as outras

50 La transdisciplinariedad es una concepción mucho más reciente. La **propia complejidad del mundo** en que vivimos nos obliga a valorar los fenómenos interconectados. Las actuales situaciones físicas, biológicas, sociales y psicológicas no actúan sino interactúan recíprocamente. La descripción del mundo y de los fenómenos actuales nos exige una nueva forma de valoración desde una perspectiva más amplia, con una nueva forma de pensar que reclama encontrar un nuevo paradigma capaz de interpretar la realidad actual. A esto nos lleva la concepción transdisciplinaria. (MATOSI, Nuria Esther Pérez; QUESADAI, Emilio Setién. **La interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad en las ciencias: una mirada a la teoría bibliológico-informativa**. Acimed. 2008;18(4). Disponible en: Dirección electrónica de la contribución.

51 Tutto ciò richiede di riesaminare le relazioni che intercorrono tra le varie forme del sapere, e quindi il collegamento tra le discipline interessate a tale processo. A riguardo la tendenza odierna è quella di **abbandonare il metodo interdisciplinare**, considerato sempre più un rimedio ai tentativi riduzionisti e al disfacimento dello scientismo, focalizzando l'attenzione sul metodo transdisciplinare ritenuto capace di poter sostenere e integrare i diversi contributi con cui è scrutata la realtà. (**Transdisciplinarità e Dialogo**. Nuova Umanità. XXIX (2007/3) 171, p. 353-360 e p.354-355).

52 **O que vem a significar o ora termo**: etimologicamente, trans é o que está ao mesmo tempo entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de todas as disciplinas, remetendo também à idéia de transcendência. O senso comum intui que todas essas inter-relações ocorrem no mundo e na vida. No entanto, uma vez que sempre seremos principiantes na compreensão, na incorporação e na implementação dessas inter-relações, devido à sua imensa complexidade, como levá-las à educação e à pesquisa? É para responder a essa pergunta que, após visitar, com respeito, rigor e inclusão as epistemologias, os métodos, as noções de valor, de sentido, o conceito de ciência, de pesquisa, de competência, os contextos, as estruturas e dados e percepções a respeito das dimensões internas do ser humano, a Transdisciplinaridade traz sua própria contribuição integradora. (MELLO, Maria F. de; BARROS, Vitória Mendonça de; SOMMERMAN, Américo. **Introdução**. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo : TRIOM, 2002, p. 10, grifo nosso).

53 FAGÜNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade**: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008, p. 60-61.

54 El hombre no es exclusivamente un conjunto de necesidades, sino también de deseos, que van más allá de las necesidades, y que conciernen a nuestras articulaciones con la belleza y con los sistemas de valores. El ser humano es multidimensional y resulta incomprensible si o se observa todas sus dimensiones integradas-intrincadas. (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 139).

55 Es necesario crear un modo de conocimiento que corresponda a ese conjunto de complejidades, que se transforman a lo largo tiempo histórico (general), y a través de la infinidad de temporalidades características individuales, dentro de la corriente de la irreversibilidad. El conjunto de todo ello se auto-organiza y evoluciona, según sean en cada momento las construcciones mentales que se hagan los individuos, y también según las representaciones del pasado que perduren en su conciencias. (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 140.)

56 MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 177 e 138.

57 BAUMAN, Zygmund. Tempo e Classe; Lei Global, Ordens Locais. In: **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999; In: **Vidas desperdiçadas**. La modernidade y sus parias. Buenos Aires: Paidós, 2003.; **Emancipação; Individualidade; Tempo-Espaço**. In: **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001; **Las Consecuencias Perversas de la Modernidad**. Modernidade, Contingencia y Riego. Barcelona: Anthropos, 1996.

58 CARRIZO, Luis; PRIETO, Mayra Espina; KLEIN, Julie T.. **Transdisciplinariedad y Complejidad en el Análisis Social**. Gestión de las Transformaciones Sociales (MOST) Documento de Debate. UNESCO. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, p. 7.

59 MELLO Maria F. de; BARROS, Vitória Mendonça de; SOMMERMAN, Américo. **Introdução**. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo : TRIOM, 2002, p. 8-9.

60 Es así entonces como el Derecho es impactado e impacta a su vez a otras disciplinas que tienen **como objeto al ser humano**, bastará un simple vistazo a la forma como se estructuran las normas e instituciones legales para apreciar así que la Psicología, la Sociología, la Filosofía, la Economía, la Política y hasta la Religión hacen vida disciplinaria y se relación constantemente con la formación del Derecho. (ARAUJO, Eglis; SOSA, José Gregorio. **El Objeto del Derecho desde el contexto de la Multidisciplinariedad, Interdisciplinariedad y Transdisciplinariedad**. Una Vision de los Autores. Barquisimeto, Agosto de 2012, p. 3, grifo nosso).

ciências possibilitadora de novas articulações e novos conhecimentos transdisciplinários com finalidade coexistencial<sup>61</sup>. Assim, na medida em que as sociedades complexas passam a ser o motor de transformações de novas realidades, que apontarão por meio do processo judicial no Direito, deste se passa a exigir a conversação com as demais áreas científicas.

Assim é que a complexidade faz com que na contemporaneidade sejam superadas as simplistas aproximações interdisciplinárias<sup>62</sup> (onde cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer sua soberania territorial<sup>63</sup>) e a mera especialidade e a unicidade das disciplinas, as quais parecem estar muito longe de servir como referência para construção satisfatória da Ciência Jurídica<sup>64</sup>. Portanto, a transdisciplinariedade é a resposta para o paradigma da complexidade, dado que o “conocimiento no sólo se desarrolla verticalmente, hacia lo hondo, sino también horizontalmente, en conexión con otras materias-disciplinas”<sup>65</sup>.

Na medida em que “existen fenómenos sociales cuyo estudio sobrepasan los límites de las disciplinas; de tal manera que sus aproximaciones solo pueden ser entendidas através de los contextos transdisciplinarios, los cuales generan nuevos datos que entre si las distintas normas de Derecho”<sup>66</sup>, observa-se a estreita vinculação entre a complexidade e o Direito. Nessa medida, a decisão jurídica aparece, conforme já mencionado, como centro de gravidade. A ciência jurídica necessita enfrentar a crise dos antigos paradigmas dominantes (legalista, estadista e positivista), os quais afetam em larga escala todos os ramos do direito<sup>67</sup>, dada a necessidade de adaptação à nova proposta de racionalidade oriunda da complexidade global.

#### 4. COMPLEXIDADE E PRODUÇÃO NORMATIVA PROCESSUAL DEMOCRÁTICA<sup>68</sup>

Diante desse quadro de pluralidade e complexidade social que reclama novas e adequadas soluções pelo Direito, cabe a análise de como a função jurisdicional se coaduna com o paradigma da complexidade. Assim, em virtude das ausências (deliberadas ou não) dos Poderes Executivo e Legislativo no cumprimento dos mandamentos constitucionais<sup>69</sup> e na regulação das pretensões sociais, o Judiciário (por meio do processo) surge como alternativa para aperfeiçoar o Direito como adequação social.

61 **Transdisciplinarität e Dialogo**. Nuova Umanità. XXIX (2007/3) 171, pp. 353-360, p. 356.

62 La **complejidad de lo real**, el estudio y la gestión de casi todos los problemas, exigen aproximaciones interdisciplinarias. Contra la fragmentación autárquica de las disciplinas, una nueva concepción de la objetividad científica se expande al iluminar el carácter complementario y no contradictorio de las ciencias experimentales, que crean y manipulan sus objetos, y las ciencias narrativas, que tienen como problema las historias que se construyen creando su propio sentido. (VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 62, grifo nosso).

63 Sabemos cada vez mais que as disciplinas se fecham e não se comunicam umas com as outras. Os fenômenos são cada vez mais fragmentados, e não se consegue conceber a sua unidade. É por isso que se diz cada vez mais: “Façamos **interdisciplinaridade**.” Mas a interdisciplinaridade controla tanto as disciplinas como a ONU controla as nações. Cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer sua soberania territorial, e, à custa de algumas magras trocas, as fronteiras confirmam-se em vez de se desmoronar. (MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 135-136, grifo nosso).

64 CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **El Derecho Universal** (Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una Nueva Era). Rosario: Fundaciones para las Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 25.

65 VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997, p. 44.

66 ARAUJO, Eglis; SOSA, José Gregorio. **El Objeto del Derecho desde el contexto de la Multidisciplinariedad, Interdisciplinariedad y Transdisciplinariedad**. Una Vision de los Autores. Barquisimeto, Agosto de 2012, p. 4.

67 OST, François. **La thèse de doctorat en droit: du projet à la soutenance**. Disponível em: <[http://www.usaintlouis.be/fr/pdf/Droit/rapport\\_fr.pdf](http://www.usaintlouis.be/fr/pdf/Droit/rapport_fr.pdf)>. Acessado em: 21-08-2013, p. 13.

68 Repensar o processo e a jurisdição em sua função e estrutura, ver: SANTOS, Paulo Trindade. **Filosofia do Direito Processual (da jurisdição ao processo)**: fenômeno conflitológico de interesses como gênese do Direito. Tese Doutorado. Unisinos, PPGD, São Leopoldo, RS, 2018.

69 Ou seja, em nosso País as promessas da modernidade ainda não se realizaram. Só que existe um imenso déficit social em nosso País, e por isso temos de defender as instituições da modernidade contra as tentativas de enfraquecimento do Estado. [...] (da) a importância da função judicial enquanto possível interpretação e aplicação progressiva e criadora do ordenamento jurídico na sua totalidade, colocando-se, nesse contexto, necessariamente a Constituição como instância máxima para aferição do sentido das normas (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 89 e 104).

Assumir que a função jurisdicional é constitucionalmente competente para tal desiderato pressupõe um diferente entendimento acerca da sua legitimidade democrática, transpondo a barreira da democracia representativa (em virtude de suas promessas não cumpridas<sup>70</sup>) rumo a novos horizontes. Requer, também, a retirada do véu que liga a vontade geral à vontade legislativa<sup>71</sup>, especialmente no que concerne aos países de modernidade tardia, como o Brasil, em que a lei garante a abstração, mas sua ausência de efetividade<sup>72</sup> pelos poderes competentes acaba por esvaziar o sentido de *plus normativo*<sup>73</sup> do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido é que o processo assume outras feições além de meio adequado, estabelecido pelo Estado e à disposição das partes, para resolução dos conflitos de interesse individuais<sup>74</sup>. O processo, no âmbito do Estado Democrático de Direito, assume a importante função de ser instrumento de participação política<sup>75</sup>, na tentativa de perpassar a democracia representativa<sup>76</sup>, culminando, ao cabo, na consagração da expressão ativismo judicial<sup>77</sup>.

70 [...] a) a primeira promessa descumprida é a de que os regimes democráticos seriam monoliticamente unitários, cujo centro exclusivo de poder estaria concentrado no Estado, sem a existência de quaisquer “corpos intermediários” que pudessem interpor-se entre aquele e os cidadãos individualmente considerados. [...] b) a segunda promessa não cumprida foi a de que o mandato popular conferido aos *representantes políticos da nação* não seria vinculado, mas essencialmente *político*, quer dizer livre, no sentido de que o eleito, a partir de sua investidura, deixaria de representar o eleitor para transformar-se no legítimo representante dos “interesses gerais” da nação. [...] c) A terceira promessa igualmente esquecida pela prática democrática diz respeito à indesejável persistência das oligarquias nas democracias contemporâneas. Quer dizer, a promessa fundamental em que se baseava o modelo rousseauiano o para o qual a preservação da liberdade política dos cidadãos decorria de sua sujeição apenas às leis por eles próprios aprovadas e consentidas – perdeu-se ao contato com a realidade histórica (SILVA, Ovídio Baptista da. *Democracia Moderna e Processo Civil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 105-107).

71 El derecho se reduce así a ley: un sistema de reglas autoritarias, de mandatos pensados y queridos abstractos e inelásticos, incriticable en su contenido, ya que su autoridad procede no de sua propia cualidad sino de la cualidad del sujeto legislador. Pronto, en el clima prerrevolucionario y revolucionario, la ley tendrá un refuerzo posterior, el democrático, gracias a la afirmada (aunque no demostrada) coincidência entre voluntad legislativa y voluntad general. [...] La verdade incuestionable de que la ley y sólo la ley expresa la voluntad general y, como tal, produce y condiciona toda manifestación de juridicidad aparece así, para el historiador del derecho, cargada de vetas ideológicas; es decir, todo cuanto viene propuesto como verdad se presenta, en un examen más minucioso, más bien como uma pseudoverdad tuteladora en última instancia de los intereses particulares de los titulares del poder (GROSSI, Paolo. **Mitología Jurídica de la modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 34-42).

72 [...] é fundamental destacar a importância da efetividade dentro dos pressupostos constitucionais do Estado Democrático de Direito. De acordo com nosso entendimento, ela, a efetividade, compõe um dos elementos integrantes desta concepção de Estado, na medida em que contribui para a construção de uma sociedade mais justa (art. 3º, inc. I, da CF), baseada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), pois de acordo com Rui Barbosa, a justiça prestada de forma tardia equivale à injustiça qualificada. Neste diapasão, podemos seguramente afirmar que existe o dever constitucional de promover a efetividade do direito quer em nível da função judicial, administrativa ou mesmo legislativa, em todas as esferas do poder: federal, estadual e municipal (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 80).

73 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 101.

74 O monopólio não cria para o Estado o dever de prestar qualquer tutela jurisdicional, senão a tutela jurisdicional apropriada ao direito material que a parte traz a juízo, é dizer, o Estado titular da potestade jurisdicional deve colocar à disposição dos cidadãos um instrumento (processo) capaz de amoldar-se aos interesses em conflito, para poder assim proporcionar justiça em um tempo adequado aos consumidores dos serviços jurisdicionais, na feliz ótica de CAPPELLETTI, *Acesso ala giustizia come programma di riforma e come método di pensiero*. In: Revista di Diritto Processuale, 1982, p. 243 e ss. (RIBEIRO, Darci Guimarães, **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Livraria do Advogado, 2010, p. 37).

75 Acredito estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização de direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo (CALMON DE PASSOS, J. J. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 95).

76 O vértice da democracia ainda é povo, contudo dilatado em sua acepção originária. Este ideário de povo deve, necessariamente, ser compreendido em qualquer indivíduo que seja sujeito de interesses juridicamente tutelados, protegido pela possibilidade de apreciação de seus conflitos e, preponderantemente, como novo participe na realização concreta da seara política. A partir daí, observaremos que não se pode mais mirar a democracia unicamente sob a perspectiva procedimental como pretendia Bobbio, posto que ela vai muito além do mero voto nas urnas a cada período eleitoral determinado e tampouco importa a simples manutenção das regras do jogo, já que é dinâmica e se recria diariamente pela *práxis* (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. 2010, p. 99).

77 Se, por um lado, a crescente judicialização das relações sociais é resultado do aumento de questões políticas que passaram a ser discutidas também em juízo, vemos, por outro lado, a pressão dos diversos processos de globalização culminar na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade. Diante disso, o ativismo judicial nasce em um cenário de alta complexização social e consequente

Tomado em sentido negativo, o ativismo judicial é atacado por ter como inerente a discricionariedade e, assim, tais decisões seriam, para alguns, de antemão, vazias de legitimidade por incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito<sup>78</sup>, enquanto alguns o aceitam como a alternativa “menos pior”<sup>79</sup>. Pode-se argumentar, todavia, que a crítica à criação do Direito pelo ativismo judicial “tradicional” é baseada na ausência de diferenciação entre os termos *Lex* e *Ius*<sup>80</sup>, em que a redução do primeiro à segunda ocorre, principalmente, na esteira da Revolução Francesa<sup>81</sup> e da teoria da separação de poderes, que relegou o Judiciário à mera boca-da-lei<sup>82</sup>.

De todo modo, o caso brasileiro acaba por demonstrar ser visível que a democracia representativa, que muitas vezes assume feições delegativas<sup>83</sup>, acaba por relegar o povo (e seu poder<sup>84</sup>) à mero objeto de dominação<sup>85</sup>. Dessa maneira, resta premente renovar o interesse na

---

fragmentação das tradicionais estruturas “a-jurídicas” (como morais e religiosas, por exemplo) de resolução das controvérsias, de modo que podemos distinguir dois pressupostos fenomenológicos fundamentais ao ativismo judicial: reificação e judicialização; esta em uma perspectiva político-institucional, aquela em uma perspectiva sociológica. (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista direito GV, vol.8, n.1. São Paulo, Jan./Junho 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nrm=iso&tlng=pt)>).

78 Também não é possível sustentar qualquer forma de discricionariedade judicial neste momento histórico, uma vez que a discricionariedade está ligada ao subjetivismo (portanto, caudatária do esquema sujeito-objeto), avesso ao paradigma intersubjetivo. Estado Democrático de Direito e discricionariedade são incompatíveis – e essa questão é fulcral (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75).

79 A legitimidade da justiça constitucional na democracia implica na descrença dos representantes eleitos, considerando-se o juiz como uma alternativa menos pior (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 324).

80 [...] Pode ocorrer: 1) Que a lei, síntese admirável e fecunda, de toda a realidade, é todo o direito objetivo: e caiba ao intérprete a simples adequação do princípio aos casos em concreto: *Ius = Lex*; 2) De que todo o direito ou mais do que todo o direito esteja na lei, ou pelo contrário, que pouco se lhe encontre ou quase tudo esteja noutras fontes e manifestações da realidade e da verdade jurídica: *Lex x Ius*, isto é, no último caso, lei menos ou no primeiro, o que seria difícil, maior que o direito. 3) Que apesar da existência material (proposição escrita) e espiral (intenção) da lei, nenhuma verdade possa tirar-se dela; e então há comparação possível: a *lex* não é maior nem menor que o direito, e muito menos igual; trata-se de diferença essencial que os faz heterogêneos e insusceptíveis de análise conjunta: não pertence ao direito-ciência o estudo de tal lei, mas ao capítulo da política, referente a teratologia (MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo III. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Edição. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1972, p. 289-290).

81 Cfe. GROSSI, Paolo. **Mitologia jurídica de la modernidade**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 34.

82 A estrita separação de poderes engendrou uma frágil magistratura, essencialmente confinada ao julgamento dos litígios privados; ela originou um legislativo sem controle; e enquanto ramificação separada dos Tribunais Administrativos, não emergiu como êxito, nem mesmo, igualmente, conseguiu um Executivo sob controle. [...] É muito significativo o fato de que a própria França, onde a doutrina de separação de poderes surgiu, e onde ela sempre foi proclamada, está em vias, depois de algum tempo, de se dirigir neste sentido (assim como em outros países europeus continentais): descartar-se de um rígido sistema de separação de poderes e caminhar na direção da gradual aplicação de um eficaz sistema de *controles recíprocos onde o crescimento do Poder Judiciário é, naturalmente, um necessário instrumento complementar do equilíbrio*. (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 233-234).

83 Em 1991, Guillermo O'Donnell escreveu um texto chamando a atenção para um fenômeno que estava ocorrendo (e estava por ocorrer) em países da América Latina recentemente saídos de regimes autoritários. Referia-se, pois, a “um novo” tipo/modelo de democracia – a “democracia delegativa”, que se fundamenta em uma premissa básica: quem ganha a eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente, e, na medida em que as relações de poder existentes permitam, até o final de seu mandato. O presidente é, assim, a encarnação da nação, o principal fiador do “interesse maior da nação”, que cabe a ele definir. O que ele faz no governo não precisa guardar nenhuma semelhança com o que ele disse durante a campanha eleitoral – afinal, ele foi autorizado a governar como achar conveniente [...]. Depois das eleições, espera-se que os eleitores/delegantes retornem à condição de espectadores passivos, mas quem sabe animados, do que o presidente faz... Esse extremo individualismo no momento de constituir o poder presidencial combina bem com o organicismo do Leviatã hobbesiano: a nação e sua expressão política “autêntica”, o “movimento”, são postulados como organismos vivos. A nação tem de ser curada e salva pela união de seus fragmentos dispersos em um todo harmônico. A delegação eleitoral/salvacionista inclui não o direito, mas muito mais a obrigação de aplicar à nação remédios amargos que “a curarão” [...] cf. O'Donnell, Guillermo. *Democracia Delegativa? Novos Estudos Cebrap*, n. 31, São Paulo, Brasileira de Ciências, out. 1991 (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 51-52).

84 Conforme a Constituição Federal do Brasil: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

85 A redução da soberania popular à mera ideologia é o caso praticamente virulento na realidade dos estados constitucionais modernos. O povo é invocado no documento constitucional, ao passo que o seu papel verdadeiro no processo político não é tematizado [...] São sempre os representantes dos representantes que agem pelo povo. O ponto de partida para derivações legitimadoras, idêntico consigo mesmo, evidência ser uma ficção. O cidadão individual percebe a alegada autonomia [Selbstgesetzgebung] como um ato arbitrário, que ignora seus interesses reais não apenas empiricamente, mas já no plano da lógica. Assim, ocorre uma substituição no



democracia como participação<sup>86</sup>, a qual desloca o centro do povo ao cidadão, este partícipe na criação não só da lei ou do ato administrativo<sup>87</sup>, mas também do Direito por meio das decisões judiciais, nos trilhos da corrente monista<sup>88</sup>.

Assim é que o processo, além de garantia constitucional contra o arbítrio e subjetivismos<sup>89</sup>, assume a função de ser veículo de concretização da democracia participativa:

A verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva *concretização* dos direitos e garantias fundamentais, e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo<sup>90</sup>.

O fenômeno processual, por meio da compreensão hermenêutica<sup>91</sup>, identifica o pilar da democracia participativa no contraditório, que em sua dimensão constitucional é tido como direito de ser ouvido e influenciar a decisão, símbolo da participação<sup>92</sup>. O contraditório foi caminho da fonte de legitimação para o processo político, que degrada o povo em mero objeto de dominação [...] A palavra povo não é utilizada por vocês para dizer quem seria esse povo, afinal de contas. O povo é pressuposto para que vocês possam falar de outra coisa, mais importante: NÓS SOMOS LEGÍTIMOS” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 36-38 e 44).

86 [...] o adjetivo *participação* passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção da (re)qualificação do povo, para além de mero ícone, catapultando-o, assim, para o cenário democrático como ator principal [...] Democracia e participação, nesta perspectiva, se fundem em um conceito unívoco, incindível, capaz de traduzir a um só tempo a exata compreensão da soberania popular. Democracia participativa constitui, nas exatas palavras de Roberto Amaral, “uma tautologia virtuosa” (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 100-101).

87 O discurso acerca da democracia participativa tem sido direcionado às minorias e à inclusão social em termos eminentemente sociológicos. Tanto é assim que, ao mencionarmos a expressão *democracia participativa* logo se torna presente conceitos como “orçamento participativo” e “fórum social” [...] A alardeada soberania popular dos representantes, que há muito está em crise, abre espaço a novos mecanismos legislativos, como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular. Todos previstos constitucionalmente, mas de rarefeita eficácia, basta analisar nestes vinte anos de constituição quantas vezes nos valem deles? [...] Portanto, para além da democracia participativa inserida nos âmbitos já citados, devemos concebê-la em seu aspecto verdadeiro: aquela visão de democracia em que o indivíduo está concretamente engajado na busca daquilo que ele entende ser o melhor para si e para a sociedade em que vive, ele é o verdadeiro protagonista dos rumos da sociedade e não mais os seus representantes (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 103-104).

88 Si se aborda el problema desde una perspectiva monista no tiene sentido plantearse el tema del objeto del proceso, al menos como se viene haciendo hasta el presente, como punto de incidencia de las relaciones entre derecho y proceso. No puede señalarse un contenido del proceso iudicii distinto de la propia actividad de las partes y del juez. Estas dos fuerzas, en su dinámica, caminan hacia la búsqueda del derecho que resultará del juicio. La esencia del proceso es ser génesis del derecho y por lo tanto no puede tratar de objetivarse un contenido en él distinto de la propia actividad procesal. Ahora bien, otra cosa distinta es que quiera señalarse los límites que diversifican un proceso de outro. Efectivamente, el proceso es siempre algo concreto, determinado, y no una realidad abstracta, estereotipada (MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979, p. 273).

89 Devido processo constitucional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um *complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir* (CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69, grifo do autor)

90 RIBEIRO, Darci Guimarães, **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 106.

91 A compreensão, projetada a partir da “fusão de horizontes”, com vistas à interpretação e aplicação aos fatos da vida que nunca acontecem com os mesmos contornos, deverá estar apta a dar conta deste não dito. Vale dizer, o projetar da vida lança os seus desafios e a sua historicidade ao encontro dos textos das normas jurídicas, exigindo a necessária flexibilidade e abertura para buscar sempre novas soluções, aos sempre inéditos contornos estabelecidos pela vida do homem, a qual não vem com um roteiro previamente definidas e programadas. [...] Em suma, “a aplicação é um momento próprio da compreensão”, ou seja, forma-se um conjunto integrado pela pré-compreensão, compreensão, interpretação e aplicação que é chamado de “círculo hermenêutico. A criatividade que se espera projetada no círculo hermenêutico e do qual deve irradiar pressupõe uma criação do intérprete (notadamente do magistrado), visualizando de forma sistemática o ordenamento jurídico, “que adote ante a sociedade uma postura bastante crítica para superar o sistematismo legal incompatível com a nova necessidade do ordenamento. A proposta hermenêutica esboçada até o momento exigirá uma postura crítica, que esteja interessada em ir um pouco mais além da mera reprodução do texto legal. A cada situação, deverá haver um novo ingresso no círculo hermenêutico, a fim de construir uma solução que seja adequada para “aquele” caso, e especialmente para ele (ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livradora do Advogado Editora, 2007, p. 243-245)

92 A terceira e atual fase, que denomino *constitucional* e está reconhecida no *direito de influenciar*, ou como quer N. Trocker no “princípio de participação”, pode ser bem apreendida por meio das decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), em especial esta, segundo a qual: “Essa oitiva é, assim, primeiramente, pressuposto de uma decisão correta. Além disso, a dignidade da pessoa exige que não se disponha sobre seu direito de maneira leviana, com base [somente] na autoridade [estatal]: o indivíduo não só deve ser o objeto da decisão do juiz, como deve ser ouvido antes de uma decisão que envolva seus direitos, a fim de poder ter influência sobre o processo e seu resultado (BVerfGE 7, 53 [57]; 7, 275 [279]). [...] Esta garantia constitucional de poder influenciar significa, nas palavras de Antonio Cabral, “qualquer condicionamento significativo às condutas dos demais sujeitos do processo, realizado a partir de posições críticas ou omissões conclusivas, transmitidas comunicativamente e

privilegiado no Código de Processo Civil de 2015, estando presente em três artigos das normas fundamentais (arts. 7º, 9º e 10º<sup>93</sup>). Nesse processo mais participativo, o papel do juiz pode sofrer modificações, como, ao estilo alemão, o dever de esclarecimento<sup>94</sup>, presente no saneamento do art. 357, § 3º, do CPC/2015<sup>95</sup>, que contribui para o cumprimento do devido processo legal e a obtenção de uma decisão em tempo razoável<sup>96</sup>. Nessa seara, a fundamentação das decisões, além da obrigatoriedade constitucional (art. 93, IX<sup>97</sup>), assume a função de expressar o respeito do magistrado ao contraditório e, por consequência, à democracia, conforme se pode ver principalmente no art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015<sup>98</sup>.

Partindo dessas premissas, o processo propiciará a construção da decisão judicial pelas partes em colaboração reativa<sup>99</sup> com magistrado, este dialogando com as primeiras, ou seja, vinculado à dialética<sup>100</sup> processual que encontra abrigo no contraditório constitucionalizado. O processo passa adquirir, assim, a dimensão democrática:

que, caso não existissem, poderiam, mantidas as demais condições, motivar o sujeito condicionado a agir de modo diverso (RIBEIRO, Darci Guimarães. **A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC**. In: Revista de Processo: RePro, v. 39, n. 232, p. 13-35, 2014, p. 21-22).

93 Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório; Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida; Art. 10 O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

94 O juiz alemão é tradicionalmente dotado de uma gama ampla de poderes relativos à prova dos fatos. Antes de mais nada, ele deve dialogar e esclarecer com as partes, que têm de fornecer a ele informações completas e verídicas, todos os fatos relevantes da causa, dando às partes as oportunas indicações. Além disso, ele pode dispor de ofício substancialmente de todos os meios de prova, excetuando-se apenas a prova testemunhal. No caso de as partes não terem requerido prova testemunhal que o juiz considera relevante, ele pode, todavia, perguntar às partes se consideraram essa possibilidade e a razão pela qual não fizeram, o que pode facilmente induzir as partes a requerê-la (TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 66-67).

95 Art. 357 [...] § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

96 RIBEIRO, Darci Guimarães. **O saneamento e a organização do processo no novo CPC como direito fundamental à razoável duração do processo**. In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2017, n. 13, p. 32.

97 Art. 93 [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

98 Art. 489 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

99 No se trata solamente de la pacificación provisional que deriva de un arreglo impuesto por la ley del más fuerte, sino también una armonía restablecida a partir del hecho de que se ha producido un reconocimiento mutuo: cada uno de los protagonistas, cualquiera que sea el tipo de acción que lleve a cabo, ha de poder admitir que la sentencia no es un acto de violencia, sino de reconocimiento de los respectivos puntos de vista. En este nivel, ascendemos a una concepción superior de la sociedad: no ya solo un sistema de distribución de bienes, sinónimo de justicia distributiva; sino la sociedad como esquema de cooperación: mediante la distribución de bienes, pero más allá de la misma, mediante el procedimiento, pero más allá del mismo, se deja entrever algo así como un “bien común” que, precisamente, hace de vínculo social. Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un transfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a si mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, “solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la paz social”. Un bien paradójicamente hecho de valores que eminentemente se pueden compartir. En este punto, la dimensión comunitaria ha tomado el relevo de la dimensión procedimental incapaz por sí misma de conjurar la violencia. Podríamos evocar aquí el ejemplo sud-aficano de las comisiones de Verdad y Reconciliación, que “más que juzgar la historia, intenta aligerarla de la semilla del resentimiento que guarda en sus flancos y que puede hacer que se repita”. Estos procedimientos, que son calificados como ejercicios de justicia “reconstructiva” o mejor “transicional”, tratan sin duda de proteger la memoria y los derechos de las víctimas, pero también y, sobre todo, de garantizar aquellas condiciones que vendrían a construirse en una especie de conjuro para evitar el retorno del pasado. En resumen, la distribución judicial es a un mismo tiempo tanto la adjudicación de unos bienes (que nos separan), como lo que nos hace ser parte de la misma sociedad, esto es, aquello que nos acerca. De esa distribución surge una propiedad emergente que es más importante que la parte que se le ha conferido a cada uno; tal es la armonía re-establecida, la cooperación reactivada (OST, François. Para qué sirve el derecho? Para contar hasta três. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 40, p. 15-48, 2017, p. 42-43).

100 É convite à meditação urgente, sobretudo no processo, único depositário normativo (como que de um resíduo) da dialética pelo *audiatur et altera pars*, princípio-dos-princípios processuais. É indispensável a dialética para uma ciência do processo moderno, que, na sua modernidade, se recusa a voltar às costas para a tradição naquilo que esta tem de mais venerável: o contraditório, dispositivo *civilizador*, exigência indeclinável tanto para testar asserções e teorias, confrontar opiniões divergentes, quanto para a aplicação contenciosa de normas jurídicas (BORGES, José Souto Maior. **O Contraditório no Processo Judicial**: uma visão dialética. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 50).

Por tudo isso, o processo hoje só pode ser compreendido dentro de sua dimensão democrática, como um espaço público para os debates, razão pela qual conceituamos processo como “um espaço discursivo intersubjetivo de feições públicas e políticas, na busca de valores socialmente relevantes e que somente pode ser compreendido numa perspectiva constitucionalmente dialógica entre os vários sujeitos envolvidos”<sup>101</sup>.

Nesse sentido é que o respeito ao contraditório, ao acesso à justiça, à publicidade e à fundamentação conformam a legitimidade democrática do processo para concretizar as promessas não cumpridas e produzir Direito<sup>102</sup>. Assim configurada, a decisão judicial acaba por se tornar mais apta a receber os influxos sociais e amplificar a adequação existencial por meio do Direito. Nessa esteira, a aceitação pelo Direito da noção de complexidade e de pluralismo jurídico acaba por reconhecer a diferenciação do papel do juiz, a partir de um processo democraticamente legítimo que possa providenciar aberturas ao social<sup>103</sup>.

Assim é que se pode mencionar a possibilidade de um Direito Responsivo, em que a legalidade passa da formalidade (regras para solução de casos individuais) à substancialidade (justiça substantiva). O modelo do direito responsivo representa o Direito como solucionador de problemas a partir de um espírito de autocorreção, cujo início se dá por meio de uma decisão participativa, em que o processo jurisdicional tem grande apelo<sup>104</sup>.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado no decorrer do artigo, com a complexificação do mundo na contemporaneidade, apresenta-se a necessidade de superar o paradigma científico cartesiano cunhado na unicidade, o que proporcionou o surgimento da nova racionalidade. Esta, por sua vez, volta a cientificidade para um conhecimento transdisciplinar, dado que pressupõe a destruição das barreiras entre as formas de conhecimento, considerado mais apto a responder aos questionamentos da atual conjectura social.

Assim, a exposição do paradigma da complexidade delinea a necessidade de novas formas de pensar sejam incorporadas pelo Direito, a fim de que este possa propiciar melhores respostas às aspirações sociais de concretização das promessas constitucionais e também de novas demandas. Nesse sentido, principalmente em países de modernidade tardia, em que os insucessos da democracia representativa se fazem mais presentes, o Judiciário surge como alternativa para concretização de direitos.

Nessa esteira, o processo se transforma em instrumento de participação política dos cidadãos em busca de uma sociedade mais justa e igualitária, além da resolução individual de conflitos. A criação de direito por meio da decisão judicial envolve também a possibilidade de saberes transdisciplinares, coadunando-se com o paradigma da complexidade com vistas a garantir a adequação existencial por meio do Direito.

101 RIBEIRO, Darci Guimarães. **A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC**. In: Revista de Processo: RePro, v. 39, n. 232, p. 13-35, 2014, p. 22-23.

102 RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 104-105.

103 Numa abordagem genérica, perante o esgotamento histórico do paradigma legalista e dos seus corolários particularmente os decorrentes da juridificação uniforme das relações sociais, importa trilhar caminhos que permitam uma maior flexibilidade na aproximação jurisdicional, aceitando a complexidade e a pluralidade como um *ethos* e não, temerosamente, como um *pathos* e aceitando como imperiosa uma abertura interdisciplinar ao material social e aos próprios métodos da sociologia. Depois, a intervenção do juiz, enquanto vértice do sistema processual, terá, num plano axiológico, que ser orientada de modo a estimular a sua pulsão criativa, numa lógica tópica, de pontos de vista e não de descarnados referenciais silogísticos, num quadro de profunda *crise da lei*, o que intima a uma intervenção activa, porque reguladora. Já em 1947, um filósofo do direito português referia que o “o direito não está nas normas; está nas conexões inter subjectivas da vida humana, onde se denuncia como realidade concreta e facto de experiência” (MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 153-154).

104 Ver, especialmente o capítulo IV, NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Perpassando a legitimidade democrática oriunda da representação (voto), o Judiciário se fundamenta no seu irrestrito acesso pelos cidadãos, no contraditório, na fundamentação e na publicidade como pilares de sua legitimidade para agir e concretizar os ideais do Estado Democrático de Direito, além de analisar e se posicionar frente às inevitáveis novas demandas sociais oriundas da complexidade e pluralidade do mundo global.

A conjugação entre a Nova Racionalidade e o Judiciário tem possibilidade de dar mobilidade ao Direito para encarar os desafios dessa nova dinâmica social complexa. Como exemplo, citou-se o modelo do Direito Responsivo, que busca identificar o Direito como solucionador de conflitos e aberto às necessidades sociais. Nesse sentido, o Direito Judicial e sua legitimidade democrática oriunda da nova concepção de democracia participativa, é a porta para a transdisciplinariedade, momento em que poderá ocorrer o diálogo com outras disciplinas científicas, situando-o definitivamente no paradigma da complexidade.

## REFERÊNCIAS

ALHO, Ana Maria Gomes da Silva. **Transdisciplinariedade no STF – A ADI n.º 3510**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI.

ARAUJO, Eglis; SOSA, José Gregorio. **El Objeto del Derecho desde el contexto de la Multidisciplinariedad, Interdisciplinariedad y Transdisciplinariedad**. Una Vision de los Autores. Barquisimeto, Agosto de 2012.

AUGE, Marc. **Hacia una Antropología de los Mundos Contemporáneos**. Barcelona: Gedisa, 1998.

BAUMAN, Zygmund. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BORGES, José Souto Maior. **O Contraditório no Processo Judicial: uma visão dialética**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. **El Derecho Universal** (Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una Nueva Era). Rosario: Fundaciones para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

\_\_\_\_\_, Miguel Ángel Ciuro. **Estrategia Jurídica**. Rosario: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, 2011.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CAPRA, Fritjof. **El Tao de la Física**. Una exploración de los paralelismos entre la física moderna y el misticismo oriental. 9ª ed. Malaga: Sirio, 2000.

CARCOVA, Carlos Mária. **Las Teorias PostPositivistas**. 3ª ed.. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

CARRIZO, Luis; PRIETO, Mayra Espina; KLEIN, Julie T. **Transdisciplinariedad y Complejidad en el Análisis Social**. Gestión de las Transformaciones Sociales (MOST) Documento de Debate. UNESCO. Organizacion de las Naciones Unidas para la Educacion, la Ciencia y la Cultura.

CERUTI, Mauro. **El mito de la omnisciencia y el ojo del observador**. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador**. Contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995.

COUTURE, J. Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1970.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livradora do Advogado Editora, 2007.

FAGÜNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade**: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidade**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HINKELAMMERT, Franz. **La maldición que pesa sobre la ley**. Las raíces del pensamiento crítico en Pablo de Tarso. San José: Costa Rica: Editorial Arlekin, 2010.

KARL, Popper R. **Conjecturas y Refutaciones**. Brasília: Editora da UnB, 1980.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LATAUR, Bruno. **Ciência em Ação**. Como seguir Cientistas e Engenheiros Sociedade Afora. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

MATOSI, Nuria Esther Pérez; QUESADAI, Emilio Setién. **La interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad en las ciencias: una mirada a la teoría bibliológico-informativa**. *Acimed*. 2008;18(4). Disponível em: Dirección electrónica de la contribución.

MELLO Maria F. de; BARROS, Vitória Mendonça de; SOMMERMAN, Américo. **Introdução**. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo : TRIOM, 2002.

MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo III. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Edição. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1972.

MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Ed. revista e modificada pelo autor - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005

\_\_\_\_\_, Edgar. **Da necessidade de um pensamento complexo**. Para navegar no século XXI – Tecnologias do Imaginário e Cibercultura. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **O Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

OLIU, Alejandro Abal. **Derecho Procesal**. Tomo I. Segunda Edición, Revisada Y Actualizada. Uruguay: Fundación De Cultura Universitaria, 2001.

OST, François. Para qué sirve el derecho? Para contar hasta três. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 40, p. 15-48, 2017.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC**. In: *Revista de Processo: RePro*, v. 39, n. 232, p. 13-35, 2014

\_\_\_\_\_, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdiccional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 7ª ed.. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

SANTOS, Paulo Trindade. **Filosofia do Direito Processual (da jurisdição ao processo): fenômeno conflitológico de interesses como gênese do Direito**. Tese Doutorado. Unisinos, PPGD, São Leopoldo, RS, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2017, n. 13.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista direito GV, vol.8, n.1. São Paulo, Jan./Junho 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nr m=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nr m=iso&tlng=pt)>.

**Transdisciplinarità e Dialogo**. Nuova Umanità. XXIX (2007/3) 171, pp. 353-360.

VILAR, Sergio. **La Nueva Racionalidad**. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

\_\_\_\_\_, Luis Alberto. **Metáforas para a Ciência, a Arte e a Subjetividade**. In: **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

\_\_\_\_\_, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. Volume I. A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

OBSERVAÇÕES SISTÊMICAS DA PARTICIPAÇÃO E  
DO CONTROLE SOCIAL NAS OPERAÇÕES URBANAS  
CONSORCIADAS

FÁBIO SCOPEL VANIN  
JANRIÉ RODRIGUES RECK

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019



## OBSERVAÇÕES SISTÊMICAS DA PARTICIPAÇÃO E DO CONTROLE SOCIAL NAS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS

## OBSERVACIONES SISTÉMICAS DE LA PARTICIPACIÓN Y DEL CONTROL SOCIAL EN LAS OPERACIONES URBANAS CONSORCIADAS

Recebido: 05/02/2019  
Aprovado: 13/12/2019

Fábio Scopel Vanin<sup>1</sup>  
Janriê Rodrigues Reck<sup>2</sup>

### RESUMO:

O estudo tem como objetivo geral indicar as possibilidades de controle e participação social nas operações urbanas consorciadas, com a contribuição da teoria dos sistemas. Para isso, apresenta-se, uma proposta de observação do conceito de operações urbanas consorciadas na perspectiva sistêmica; os fundamentos jurídicos do controle; a contextualização do tema na perspectiva da globalização, para após, tratar da observação dos movimentos sociais e dos mecanismos como audiências públicas e conselhos correlatos. Como resultado da pesquisa, verificou-se que, com a contribuição da teoria dos sistemas, pode ser realizada uma observação complexa da participação e do controle nas operações urbanas, onde constata-se uma potencialidade limitada, capaz de influenciar, mas incapaz de substituir as decisões tomadas no âmbito da operação. O método utilizado é o estruturalista, valendo-se principalmente da matriz sistêmica para construir as reflexões ao longo do texto.

**Palavras Chave:** Direito. Urbanismo. Operações Urbanas Consorciadas. Controle Social.

JEL: R52

### RESUMEN:

El estudio tiene como objetivo general indicar las posibilidades de control y participación social en las operaciones urbanas consorciadas, con la contribución de la teoría de los sistemas. Para ello, se presenta, una propuesta de observación del concepto de operaciones urbanas consorciadas en la perspectiva sistémica; los fundamentos jurídicos del control; la contextualización del tema en la perspectiva de la globalización, para después, tratar de la observación de los movimientos sociales y de los mecanismos como audiencias públicas y consejos relacionados. Como resultado de la investigación, se verificó que, con la contribución de la teoría de los sistemas, se puede realizar una observación compleja de la participación y del control en las operaciones urbanas,

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela UNISC, com Bolsa do Lincoln Institute, de Cambridge, EUA e Aprofundamento de Pesquisa junto ao Grupo de Investigação em Direito Público Global, na Universidade da Corunha, Espanha. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul e Especialista em MBA Direito da Economia e da Empresa pela FGV/RJ. Atualmente é Coordenador do Curso de Direito e de Relações Internacionais do Centro Universitário da Serra Gaúcha e sócio do escritório Vanin Advogados. Email: fabio.vanin@fsg.edu.br

<sup>2</sup> Doutor pela Mestrado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Atualmente é professor do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador Federal. Email: janriereck@ibest.com.br

donde se constata una potencialidad limitada, capaz de influir, pero incapaz de sustituir decisiones adoptadas en el marco de la operación. El método utilizado es el estructuralista, valiéndose principalmente de la matriz sistémica para construir las reflexiones a lo largo del texto.

**Palabras Clave:** Derecho. Urbanismo. Operaciones Urbanas Consorciadas. Control Social.

JEL: R52

## INTRODUÇÃO

O desafio contemporâneo na gestão das cidades tem colocado os governos municipais frente a situações controversas, que acabam por exigir soluções inovadoras, abrindo espaço para novos instrumentos de intervenção urbanística. Ao mesmo tempo em que se exige melhorias nas condições socioambientais urbanas, os municípios, em especial as grandes metrópoles, são demandadas para disponibilizarem novas infraestruturas e atender simultaneamente os anseios da população local e os interesses globais.

Neste processo, um dos temas que tem ganhado espaço na agenda internacional são os grandes projetos urbanos, que são recebidos no contexto do direito e da política urbana do Brasil, especialmente, através do instrumento denominado operações urbanas consorciadas, que passou a integrar a programação do direito brasileiro com o advento do Estatuto da Cidade, no ano de 2001.

O presente estudo propõe-se a analisar o instrumento na perspectiva da participação e do controle social. O artigo tem como base o seguinte problema: Quais possibilidades de controle e participação social nas operações urbanas consorciadas, com a contribuição da teoria dos sistemas? O questionamento se justificativa por entender que o aparato conceitual da teoria dos sistemas permite observações distintas das tradicionalmente apresentadas em âmbito jurídico, sendo assim, as reflexões aqui apresentadas, ao mesmo tempo que se valem da leitura de estudos pretéritos, visam complementá-los, sob novas perspectivas de análise.

A hipótese é de que a contribuição da teoria dos sistemas permite a criação de novas formas de observar as operações urbanas consorciadas e, conseqüentemente, o exercício do controle e participação social, identificando sua potencialidade. Desta forma se faz necessário apontar: diretrizes para uma observação complexa de operações urbanas consorciadas; um conceito sistêmico de operações urbanas consorciadas; as repercussões no controle social.

Para responder ao questionamento, confirmando-se ou refutando-se a hipótese, pretende-se: descrever o que programação e a estrutura do direito entende por operações urbanas consorciadas, apresentando-se um conceito a partir da teoria dos sistemas; observar os fundamentos do controle; destacar a importância e os desafios do controle social no cenário da globalização; e ao final, traçar reflexões sobre o controle social a partir da observação dos movimentos sociais e dos instrumentos de participação direta. O método adotado é o estruturalista, com utilização primordial da matriz teórica sistêmica.

## 1. OBSERVAÇÃO DAS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS E SUA CONEXÃO COM AS ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS

O primeiro tópico tem como objetivo demonstrar como o sistema do direito observa e conceitua as operações urbanas consorciadas, dando enfoque a sua programação no Estatuto

da Cidade. Para isso, basicamente serão descritas as percepções da teoria do direito acerca do conceito previsto na legislação, com o intuito de apontar uma forma de observação para as Operações Urbanas Consorciadas, que auxilie no enfrentamento da problemática do controle. Uma hipótese é que elas possam ser observadas a partir do conceito de organização política, proposto por Reck (2018).

Tendo como base a matriz teórica adotada neste trabalho, que é a sistêmica, o Direito possui uma função, que é estabilizar expectativas normativas, e um código, que distingue as comunicações em direito e não direito, definindo o que integra e o que não integra o sistema do direito. Estas operações - código e função - são perenes, permanentes, imutáveis, mas, para realizar-se, necessitam, entre outros aspectos, acessar o conteúdo da programação do sistema, que por sua vez, é mutável. Isto ocorre para garantir a permanência do sistema ao mesmo tempo em que ocorre uma constante modificação e interação com o ambiente. Nas palavras de Luhmann (2016, p. 257) o sistema somente se adapta mediante “a forma estrutural do seu código”, já, seus, programas “podem admitir possibilidade de mudanças sem precisar temer uma perda de identidade”.

Assim, ao observar uma norma como o Estatuto da Cidade, está sendo observada uma parte da programação do direito, que pode evoluir ou ser alterada ao longo do tempo, seja pela *autopoiese* do próprio sistema ou pelos mecanismos de irritação e acoplamento, que ilustram a comunicação que o próprio sistema desenvolve perante ao ambiente. Desta forma, para Luhmann (2016, p. 258), o sistema do direito opera na seguinte dinâmica: “invariância e incondicionalidade são representadas pelo código; o caráter mutável, e neste sentido, a positividade, pelos programas do sistema”. De maneira bem mais objetiva, o presente tópico visa descrever como a teoria jurídica observa o conceito de operações urbanas consorciadas na programação do direito, e, a partir dela, definir um formato de observação com base na teoria dos sistemas para analisar o seu controle.

Antes de aprofundar tal questão conceitual, importa destacar, com base em Teixeira e Becker (2016, 138) que a teoria de Luhmann intenciona elaborar não uma teoria específica a determinado âmbito social, como o Direito, mas sim uma matriz teórica “universal, capaz de abarcar tudo o que existe, revelando-se uma teoria geral da sociedade”. Nesta proposta, o autor descreve três tipos de sistemas sociais, os quais são destacados por Reck e Bitencourt (2018, p. 32) como sistemas funcionais parciais (tais como Direito, Economia e Política); os sistemas organizacionais (como os entes públicos) e os sistemas interacionais, (como os contratos e a família)<sup>3</sup>.

Assim, conceitos tais como propriedade, parcelamento do solo, competência, ou mesmo as operações urbanas consorciadas, são construções do Direito que podem também, ser desenvolvidas a partir da observação de outros sistemas. No campo do planejamento urbano isto é comum, razão pela qual há de se atentar à interação entre os diferentes sistemas.

O Estatuto da Cidade, norma geral da política urbana no Brasil, vez que é editada com a finalidade de regulamentar os art. 182 e 183 da Constituição Federal, trata das operações urbanas consorciadas nos seguintes dispositivos: art. 4º, V, “p”, que a classifica as operações urbanas como um instrumento jurídico e político; art. 32 ao 34-A, que elenca conteúdo próprio do instrumento; e o art. 52, que classifica como improbidade administrativa a aplicação de recursos adquiridos na operação fora dela. O conceito de operação urbana vem descrito na legislação no §1º do art. 32, em complemento ao disposto no *caput* que autoriza o município, através de lei específica, que tenha como base o Plano Diretor, delimitar uma área para a aplicação do instrumento:

<sup>3</sup> Conforme explicam os autores, os sistemas parciais se organizam em torno de funções; os sistemas organizacionais, em forma de uma rede de tomada de decisões; já os sistemas de interação, produzem comunicação, mas tem menos estabilidade do que os sociais, pois não possuem um código ou função perene e imutável.

Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área de transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

O autor Silva (2012, p. 361-362) insere o instrumento como uma das modalidades de “urbanificação especial” e destaca que “toda a atuação urbanística que envolve a alteração da realidade urbana, com vistas a obter uma nova configuração da área constitui operação urbana”, explicando que no Brasil, antes mesmo do Estatuto da Cidade, já existiam outros modelos de operação urbana, sendo assim, a regulamentação prevista não representa necessariamente uma inovação para o direito brasileiro, embora traga novos elementos e direcione um entendimento nacional sobre sua aplicação, o que antes decorria da definições da cada município.<sup>4</sup>

Observando o conceito indicado pelo Estatuto da Cidade, Lomar (2009, p. 249) explica que “não é qualquer intervenção urbana que pode ser juridicamente qualificável como operação urbana consorciada, mas apenas aquelas que se destinam à realização de transformações urbanísticas estruturais”, e ainda, que visem melhorias sociais e ambientais. Sendo assim, trata-se de uma classe específica que intervenção urbana, contendo, além da finalidade específica, medidas e conteúdo próprio.

A autora Alfonsin (2006, p. 289) propõe a observação do conceito de operações urbanas consorciadas a partir de quatro características: o conjunto de intervenções e medidas, estando nelas inseridas uma série de decisões necessárias para a sua concretização; a coordenação pelo poder público municipal, em uma definição de competência e de direção pelo ente estatal local; participação dos agentes, que se relaciona com a gestão democrática das cidades; e objetivos específicos: transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais, e valorização ambiental.

Em estudo que trata especificamente do instrumento, Olbertz (2011, p. 69-71) entende que o conceito legal deva ser observado de maneira mais abrangente, em especial que porque se trata de um plano urbanístico que terá que ser concretizado a partir da tomada de uma série de ações, observando a Operação Urbana Consorciada como uma “unidade procedimental” composta por diversos atos jurídicos de diferentes naturezas devendo ser “traduzido num procedimento urbanístico orientado”.

Outra observação do conceito, que pode ser destacada é a proposta por Carvalho Filho (2013, p. 275) ao afirmar que o dispositivo “revela, claramente, que o grande fundamento das operações urbanas consorciadas é de fato a parceria entre o setor público e o privado”. Para o autor, o Estatuto da Cidade reservou a coordenação de atos ao poder público, entretanto, “contemplou expressamente a participação dos setores privados”. Para o teórico, a própria utilização da palavra “consorciadas” reflete o sentido cooperação, auxílio e esforços conjuntos a serem empenhados pelas duas esferas.

Desta forma, com a leitura do dispositivo, somada a forma como a teoria jurídica observa o conceito legal, verifica-se tratar-se de instrumento complexo, que tende a gerar uma comunicação intensa entre o sistema do direito e o ambiente, em especial com relação a questões políticas e econômicas: a política pode observar a operação urbana consorciada como uma oportunidade tomar decisões vinculantes para toda a comunidade, ao definir novos parâmetros de ocupação para uma localidade específica da cidade, incluindo e excluindo regras e diretrizes, e, em consequência disso, promover transformações urbanísticas estruturais; melhorias sociais; e valorização ambiental de áreas específicas; a economia pode observar a operação urbana como uma oportunidade de rentabilidade, vez que, os espaços daquela

<sup>4</sup> Maleronka (2012) explica a evolução dos modelos adotados na cidade de São Paulo ao longo dos último 30 anos e situa a regulamentação do Estatuto da Cidade como um marco fundamental nestas modificações.

localidade terão um aproveitamento mais significativo e estarão em uma área que contará com uma melhor estrutura e ganhos socioambientais, o que significa, um novo mercado a ser explorado.

Em decorrência de todas estas variáveis, se faz necessário indicar uma perspectiva para a observação do tema, para após, delimitar o que deve ser aprofundado para que não se perca o objeto central do estudo, que é o controle social do instrumento. Neste sentido, pode-se afirmar que uma operação urbana consorciada compreende duas formas de observação de interação simultânea e permanente: a) a formação de uma unidade procedimental de tomada de decisão, sob a coordenação do poder público municipal, que teve ter presente a cooperação público e privada e a participação social; b) a materialização das decisões promovidas pela unidade procedimental em um conjunto de intervenções e medidas aptas a modificar urbanística e estruturalmente uma área delimitada, com melhorias de ordem social e ambiental.

A indicação a) tem relação direta com o conceito de sistemas organizacionais acima referido, que se relaciona a formação de uma rede de tomada de decisão. As organizações decidem conforme determinados critérios, tendo como problema decidir, e decidir de forma ótima, criteriosa e eficaz. No campo das operações urbanas, tal situação se torna ainda mais complexa quanto da existência de empresas que serão parcerias do poder público, que também são organizações, mas que possuem critérios de decisão diferentes daqueles que orientam os órgãos e agentes públicos, o que torna a operação em si, um sistema interacional, com uma dinâmica e estrutura próprias, com bem descrevem Reck e Bitencourt (2018, p. 33):

Do cruzamento da atuação de sistemas organizações e sistemas sociais tem-se um determinado plexo de decisões que formam interações. Os sistemas de interações são comunicações que possuem determinada estabilidade e envolvem diferentes organizações e/ ou pessoas. Forma-se um sistema de interação quando a comunicação é reflexiva, isto é, quando a comunicação é tomada por um processo de tematização. Comunica-se e sabe-se do que se está comunicando.

127

Assim, a forma de observação escolhida pode ser fundamentada nos estudos de Reck (2018, p. 59), que define organização política como o “sistema que opera com comunicações do tipo jurídico, acoplando, sob um símbolo de unidade, processos, decisões e órgãos” e este sistema visa “gerar outras comunicações jurídicas, com a função de gerar decisões vinculantes a toda comunidade”.

Neste contexto, as operações urbanas consorciadas podem se caracterizadas como organizações políticas, pois apresentam-se como sistemas interacionais que se estruturam a partir de uma linguagem jurídica para tomada de decisões políticas. Segundo Reck (2018, p. 57) “a organização tem a função de produzir decisões vinculantes para toda a comunidade, mas a rede formata em volta dessa função é, precisamente, formatada de comunicações jurídicas”, sendo assim, a decisão coletivamente vinculante da política e os programas do direito são equivalentes funcionais que geram sentidos simultâneos em cada um dos sistemas, seja no formato de norma para o direito e na forma de decisão para a política.

A primeira forma de observação, descrita como a), permite visualizar como as operações urbanas consorciadas apresentam-se como uma organização política que permite uma comunicação e um enlace entre o sistema da política e o sistema do direito, em uma singular rede de normas e decisões, que vinculam toda a comunidade e buscam estabilizar expectativa normativas. Nesse sentido, Reck (2018, p. 58) explica que “as organizações políticas, precisamente, operam com comunicações do tipo jurídico com a função de gerar decisões vinculantes para toda a sociedade”. Através dessa forma de observação será possível traçar perspectivas que ajudam a elucidar qual é o direito fundamental que baliza as operações

urbanas consorciadas, questões sobre sua competência, órgãos, agentes e redes envolvidas na tomada de decisão.

A forma de observação b) tem como função a possibilidade de esclarecer se operação urbana consorciada, a partir de suas normas e decisões, competência e rede ações, entre outros, alcançou seus objetivos, que são a modificação estrutural e urbanística de um território delimitado, com a melhoria de seus aspectos ambientais e sociais. Tem como função avaliar a efetividade da decisões políticas e normas jurídicas.

Assim, pode-se dizer que observar as operações urbanas na perspectiva sistêmica, aponta para as seguintes particularidades: o conceito e o regime jurídico da operação consorciada são descrições do sistema jurídico; a operação consorciada tem fortes interações sociais com outros sistemas sociais, como a economia; as operações consorciadas envolvem sistemas que possuem uma dimensão físico-espacial, que é a cidade; o Município e a empresa são sistemas organizacionais; os sistemas organizacionais decidem conforme determinados critérios; a relação entre as decisões dos diferentes sistemas organizacionais em forma de operação consorciada forma um sistema interacional; o sistema interacional criado tem determinados critérios e variáveis, com um determinado tempo de duração; o sistema interacional criado possui relações com o sistema parcial do Direito; realizar o controle social é analisar as decisões das organizações que acontecem neste sistema interacional e eventualmente substituí-las.

Antes de aprofundar o controle social em específico, se faz necessário delimitar o que se entende por controle, com destaque aos seus fundamentos jurídicos, já indicando se há limites quanto ao procedimento e ao conteúdo que possam ser identificáveis na programação do direito para as operações urbanas consorciadas.

## 2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA O CONTROLE E PARTICIPAÇÃO NAS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS

Verificado o conceito de operações urbanas consorciadas a partir da teoria jurídica e apontada uma forma de observação na perspectiva sistêmica, o presente tópico é centrado em dois objetivos: indicar o que se entende por controle neste estudo; e identificar, na programação do direito, possíveis parâmetros para limitar e conduzir o controle social das operações urbanas consorciadas.

Um ponto de partida para esta explicação, consiste em situar o controle para além de sua visão clássica de limitação do poder do Estado. Neste sentido, são válidas as explicações de Pereira (2010, p. 31) ao afirmar que o controle normalmente está relacionado de forma exclusiva aos direitos de primeira dimensão (onde estruturas estatais são criadas para limitar o poder estatal, ou ainda, garantir os limites, impostos pelas leis as liberdades individuais). Na percepção do autor, o controle também deve ser observado e relacionado à direitos de outras dimensões, porque seu exercício ocorre de maneira interligada e não isolada.<sup>5</sup>

Desta forma, é necessário dar um conceito mais abrangente ao termo, para além da visão tradicional de controle, que visa regram a impossibilidade de ação estatal em decorrência da liberdade do indivíduo. O contexto constitucional contemporâneo do Brasil, que conta com disposições acerca da política urbana, onde estão previstas ações positivas do estado, a serem realizadas através da na formulação e implementação de políticas públicas necessitam estar presentes para definir-se o que se entende por controle nesta pesquisa.

<sup>5</sup> Complementado este entendimento, o autor dispõe que “toda função negativa de limitação de poder corresponde necessariamente uma função positiva de promoção de certos ideais”, aduzindo ainda que identificá-lo de uma forma “simplista com uma função limitadora esconde suas potencialidades positivas e o associa indelevelmente a uma cultura liberal, quando na verdade o controle representa um dos momentos mais centrais da afirmação jurídica de dos as modernidades” (PEREIRA, 2010, p. 31).

Bucci (2006, p. 15-16), ao fazer reflexões sobre o direito administrativo, que podem valer para entender por que o controle não deve ser observado somente como uma forma de limitar o poder do Estado, explica que a concepção meramente liberal e não intervencionista, pode apresentar-se como problema, pois “a dinâmica da administração é distinta da dinâmica do legislador” destacando que “aquele que faz a lei não teria condições de prever tudo, todos os atos necessários para a realização de um determinado fim” e que isso competiria ao administrador, que observado somente a partir da lógica limitadora do controle, pode não conseguir cumprir as atribuições a ele conferidas pela Constituição.

Atenta as limitações do controle tradicional, a proposta formulada por Pereira (2010, p. 32-34) envolve dois enfoques, aos quais denomina de “dualidade democrática”. Tal conceito toma como base duas funções: de legitimação (1) – ligada a soberania popular e considerada a dimensão fundante, e refere-se “a titulação e a formação do poder” - e a de controle (2) que visa “criar anteparos à prática desviante” do poder dado pela legitimação, considerada dimensão de garantia, que visará corrigir o desempenho do exercício do poder, quando equivocado. A relação entre ambas não é estanque, mas dinâmica vez que “realizam-se concomitantemente” e variam apenas quanto aos “níveis de intensidade e prioridade”.

Complementando as ideias de Pereira, Bucci (2006, p. 17-18) afirma que valer-se somente do sentido negativo do controle, com o fim de limitar a ação do administrador, sem ter atenção para a atuação do Poder Público na consecução dos objetivos fundamentais, contribui na configuração de “uma distância entre o arcabouço normativo formal” e “as demandas de regulamentação e regulação das relações entre administração e cidadãos”, o que reforça que o controle deva ser observado nestes dois contextos.

Fechando por hora as contribuições de Pereira (2010, p. 97), destaca-se que na visão do autor os termos controlar e limitar, tem significados distintos, afirmando que “palavras como contenção, restrição e limitação formam apenas parte do amplo arsenal funcional e compreensivo do fenômeno que também se abre a expressões como promover, conduzir, dirigir, estimular, etc”. Neste sentido, controlar é considerado “uma atividade em princípio neutra, mas funcionalmente aberta” que não deve ser reduzida nem exclusivamente para dimensões procedimentalistas e nem estritamente substancialistas, devendo ser aberta para ambas, assim como a outros “modelos entrelaçados”.

O controle será observado neste estudo a partir do elemento fundante, relacionado a legitimidade, que advém do modelo democrático; e de garantia, no sentido de vincular a ação estatal aos preceitos constitucionais, sejam eles procedimentais ou substantivos. Trazendo estas reflexões para as operações urbanas consorciadas, se faz necessário garantir não só que elas sejam objeto de lei e não de decreto ou que tenham seguido todos os procedimentos necessários, incluindo-se a participação social, entre outros requisitos. Torna-se imprescindível garantir-se que o seu conteúdo dialogue a programação do direito, em especial constitucional, evitando-se um desvirtuamento do instrumento.

Há outros elementos que merecem maiores esclarecimentos nesta pretensão de trazer fundamentos jurídicos para o controle. Uma delas é diz respeito ao seu alcance. Se faz necessário esclarecer que não se trata de mera participação ou de influência, mas de algo mais significativo, com poder de alterar os rumos de uma decisão. Para Bitencourt e Reck (2018, p. 21) “o controle pode ser visto como qualquer possibilidade de influência em uma decisão”, destacando que Luhmann relaciona tal a influência com a credibilidade do portador da comunicação “que faz valer sua informação a despeito da excelência dos argumentos”, mesmo que no contexto democrático. Apesar referir a importância da influência do comunicador no contexto do controle, os autores afirmam que ele, de fato, somente ocorrerá quando existir

a “possibilidade de substituição de uma decisão por outra”, do contrário, se trata de mera participação.

Assim, além dos elementos advindos a partir das reflexões de Pereira (2010) e Bucci (2006), deve se ter claro as ideias de Bitencourt e Reck (2018) que afirmam que somente haverá controle, quando existir a possibilidade de substituição de decisão por outra decisão, do contrário, se tratará de participação. Sendo assim, controlar significa, a partir da legitimidade dada pela dimensão fundante, a possibilidade de um órgão/estrutura/coletividade substituir uma decisão por outra, sempre devendo ser respeitados os limites de garantia, tanto na decisão originária, quanto no exercício do controle, que substituiu uma decisão por outra decisão.

Feitas estas ponderações, que apontam uma distinção seguida por este trabalho quanto se fala em controle e participação, passa-se a observar a programação do direito para verificar se há elementos procedimentais e substanciais que sirvam como parâmetros para limitar e conduzir o controle das operações urbanas consorciadas no Brasil.

De acordo com Alfonsin (2006, p. 290) há uma grande margem de discricionariedade do gestor público municipal para dispor sobre as operações urbanas consorciadas, sendo que o instrumento “encontra limite apenas na regra geral de Direito Público que impõe o atendimento ao interesse público como a finalidade de todo e qualquer ato administrativo”. Como interesse público, a autora considera seis elementos: a conformação as diretrizes do Estatuto da Cidade; a aprovação de lei municipal; o respeito ao conteúdo exemplificativo previsto no art. 32, §2º do Estatuto da Cidade<sup>6</sup>; atendimento ao conteúdo mínimo previsto no art. 33 do mesmo diploma legal<sup>7</sup>; vinculação do gestor municipal a lei específica que rege o plano; aplicação dos valores arrecadados pela operação na própria operação.

Pela proposta da autora, verifica-se que a programação a ser observada, garantindo-se parâmetros que limitam e conduzam as ações passíveis de controle social das operações urbanas consorciadas é muito ampla. Além das indicações da autora, não há como deixar de fora o conteúdo do art. 182 *caput* da Constituição que prevê os objetivos fundamentais da política urbana no Brasil. Uma operação urbana que não tenha clareza quanto a ordenação do “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade” e da garantia do bem-estar dos habitantes do município<sup>8</sup>, restará claramente em desacordo com a dimensão de garantia do controle, pois o teor deste dispositivo é peça chave da política urbana, e de acordo com Vanin (2015, p. 93) “orientará qualquer construção desta espécie a ser desenvolvida no território nacional”.

Tentando organizar as ideias advindas da teoria e da programação do direito, pode-se dizer que o controle das operações urbanas terá como parâmetros procedimentais mínimos: a criação de uma lei municipal, que, por envolver o plano diretor, deverá contar com participação social, ao menos no formato de audiência pública durante o seu processo legislativo; a necessidade de uma estrutura de participação social na operação; diversos processos e procedimentos administrativos que permitam a aprovação de projetos arquitetônicos, parcelamento de solo,

6 Art. 32, § 2º Poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas, entre outras medidas:

I – a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente; II – a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente; III – a concessão de incentivos a operações urbanas que utilizam tecnologias visando a redução de impactos ambientais, e que comprovem a utilização, nas construções e uso de edificações urbanas, de tecnologias que reduzam os impactos ambientais e economizem recursos naturais, especificadas as modalidades de design e de obras a serem contempladas.

7 Art. 33. Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo: I – definição da área a ser atingida; II – programa básico de ocupação da área; III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação; IV – finalidades da operação; V – estudo prévio de impacto de vizinhança; VI – contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I, II e III do § 20 do art. 32 desta Lei; VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil; VIII – natureza dos incentivos a serem concedidos aos proprietários, usuários permanentes e investidores privados, uma vez atendido o disposto no inciso III do § 20 do art. 32 desta Lei.

8 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <https://bit.ly/1bJYIGL>. Acesso em 27.06.2018. Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.



venda de potencial construtivo, e a relação com os cidadãos afetados e interessados na operação urbana consorciada.

Como parâmetros substanciais mínimos, está o conteúdo dos objetivos constitucionais (art. 182 da CF) e as diretrizes da política urbana previstos no Estatuto da Cidade (incisos do art. 2º) assim como, o conteúdo próprio do instrumento, previsto no art. 32 ao 34-A, da norma geral. Percebe-se que há um grande rol de parametrização procedimental e substantiva na programação do direito, que pode servir como referência para limitar e conduzir a ação estatal, cumprindo-se as funções fundante e de garantia que balizam o controle.

Apesar da constatação da existência de parâmetros procedimentais e substanciais para o controle da operações urbanas consorciadas, se faz necessário um estudo mais aprofundado para indicar se as normas relacionadas ao controle social em específico, são de fato de controle, permitindo a substituição de uma decisão por outra decisão ou de mera participação social.

Antes de avaliar a potencialidade dos mecanismos de controle/participação social em específico, entende-se relevante destacar a importância destes instrumentos nas Operações Urbanas Consorciadas, visto que se trata de um modelo de urbanização de modelo global, que tende a influenciar a esfera local, como será apresentado no tópico a seguir.

### **3. DESAFIOS DO CONTROLE SOCIAL DA OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS: GLOBALIZAÇÃO E IDENTIDADES LOCAIS**

Ao lado dos fundamentos do controle e da proposta de distinção frente a participação, outro fator relevante é a relação do tema com o fenômeno globalização. A ideia de desenvolver operações urbanas está ligada a reestruturação de espaços locais e inclusão dos municípios em redes internacionais das cidades, ação que coloca a possibilidade de perda de identidades locais no centro do debate.

Os documentos internacionais tendem a induzir para um modelo ideal, de como a cidade deveria ser constituída, entretanto, tais prescrições, podem não convergir com os anseios da população local, gerando uma perda de influência na participação, que comprometeria um hipotético controle social. Segundo Compans (2009, p. 152) essa influência será mais ou menos significativa, dependendo da estrutura internacional que se relacionará com os governos locais, e isso depende tanto da forma de ação das agências internacionais, quanto do comportamento dos governos que receberão estas orientações.

Borja e Castells (1997, p. 135) explicam que *“el proceso de globalización y la informacionalización, distribución y gestión, modifican profundamente la estructura espacial e social de las ciudades en todo el planeta”* destacando que este processo pode ser observado como uma oportunidade de *“invertir el proceso de deterioro de la calidad de vida en las ciudades”*, corroborando com a ideia de que a existência de indicadores, parâmetros e fluxos de comunicação no sentido global para o local podem ser positivos ou negativos. Tal fato reforça a necessidade e a atenção a ser dada aos padrões de participação social a serem desenvolvidos nas operações urbanas consorciadas.

Apesar desta constatação, de que os documentos internacionais podem trazer consigo aspectos positivos para o desenvolvimento das cidades, e que, seu alcance dependerá do comportamento dos atores locais na observação destes documentos, Oliveira (2009, p. 215-216) destaca os documentos referenciais do modelo de cidade global tem incorporado no seus textos demandas locais, inclusive de diferentes movimentos sociais de países mais periféricos, entretanto, o seu enfoque despolitizado redundando em uma minimização dos conflitos sociais característicos de cada localidade. Este fato acaba por resultar em uma perda da visão crítica

sobre os modelos de cooperação público privada para o desenvolvimento urbano, assim como, redução nas “possibilidades de controle público sobre a administração local”.

Os autores Lugno e Smolka (2007, p. 304) reconhecem que a incerteza dos grandes projetos urbanos, em especial a ocorrência de resultados imprevistos, tendem a levar a frustração da população em geral. Frente a isso, torna-se indispensável “*un equilibrio adecuado entre controles efectivos ex ante (formulación, negociación y diseño de los GPU) y ex post (implementación, gestión, explotación y efectos) sobre los usos e derecho del suelo*”. Assim, na observação dos autores, o controle dever ocorrer de maneira permanente, desde a concepção de uma operação urbana consorciada, até a sua conclusão, visto que o quadro latino americano tende a apresentar “*una diferencia abismal entre las promesas originales y los verdaderos resultados*”.

Esta concepção de Lugno e Smolka (2007) remete a forma de observação da operação urbana consorciada como organização política apresentada no primeiro tópico, que envolvia a formação de uma unidade procedimental de tomada de decisão e a materialização das decisões promovidas por esta unidade<sup>9</sup>, vez que torna-se importante a participação e um possível controle nas duas fases que se relacionam, em especial, pelo problema da diferença entre a promessa e os resultados, como apontado pelos autores.

A distinção entre os resultados prometidos e os resultados entregues nas operações urbanas consorciadas está relacionado, segundo as observações de Oliveira (2009, p. 216), com a construção de “consensos fictícios, fundando no ocultamento de conflitos e na despolitização das questões sociais” vez que as estratégias balizadas em documentos internacionais “procuram amenizar a face dura da competição”, que preocupa-se na “criação das condições para atração do investimento” e não com o controle, a regulamentação, a fiscalização da gestão, entre outros elementos essenciais do controle social.

A indicação de que uma agenda baseada majoritariamente na competitividade, além de diminuir as possibilidades de controle e participação social, que passa a ser vista como entrave, tende a relacionar-se diretamente com o problema da flexibilização das regras e repasse de atividades públicas ao setor privado, que por sua vez, também não terão um controle social de mesma intensidade. Lugno e Smolka (2007, p. 304-305) explicam o sistema de gestão dos grandes projetos deve ser pública e “*debe apoyarse en la mayor participación social posible*” pois são estas “*intervenciones urbanas que aportan la mayor contribución al desarrollo de la ciudad*” tendo o setor privado, papel fundamental para o financiamento e a execução dos projetos, mas não para sua gestão.

Uma reflexão interessante para compreender a relação entre as cidades contemporâneas no contexto da globalização e a perda de identidades locais pela imposição das prescrições dos documentos internacionais, o que afeta a questão do controle social são os apontamentos que Borja e Muxí (2009, p. 11-12) fazem sobre a evolução do urbanismo na Espanha, que passou por uma fase de urbanismo cidadão, caracterizado pelas definições a nível local; uma segunda fase de urbanismo de projetos, com destaque a atuação promotora dos governos locais, com a proliferação dos grandes projetos, que tinham a gerência do poder público; e a terceira etapa, onde pode ser observados um efeito perverso do “êxito urbano”, onde as cidades passaram a ser vistas somente como um “*un conjunto de retales a rescatar, espacios de la ciudad que ofrecen una oportunidad de una inversión con alta rentabilidad inmediata*”.

Neste sentido, Borja e Muxí (2009, p. 13-14) destacam que neste longo período de experiências espanholas “*las prácticas más positivas han dado en aquellas ciudades que apostaron por su singularidad específica lejos de buscar ser, la simpleza de la ciudad global*”. Os

9 Forma de observação da operação urbana consorciada como organização política: a) a formação de uma unidade procedimental de tomada de decisão, sob a coordenação do poder público municipal, que teve ter presente a cooperação público e privada e a participação social; b) a materialização das decisões promovidas pela unidade procedimental em um conjunto de intervenções e medidas aptas a modificar urbanística e estruturalmente uma área delimitada, com melhorias de ordem social e ambiental.

autores entendem que o modelo de cidade global, inserido em uma rede internacional, deve ser observado com atenção aos problemas dele decorrente, na perspectiva do urbanismo cidadão, com a compreensão dos seus erros, acertos, dúvidas, reforçando a importância da participação.

Tal ideia é aprofundada por Borja (2012, p. 39-40) em obra mais recente onde é exposta a oposição entre o “urbanismo globalizado” e o “urbanismo cidadão”, o primeiro caracterizado por uma urbanização difusa e descontínua, com a criação de produtos urbanos; já o segundo, com enfoque no espaço público, construção de centralidades, com misturas sociais e funcionais, que aposta no “perfil indentitário de lo urbano, atendendo a la morfología del lugar, a la calidad del entorno”. A construção de um urbanismo cidadão, que promova as identidades locais, passa, segundo Borja (2012, p. 45) por um reforço nas estruturas de participação local, como contrapeso aos âmbitos globais, reconhecendo que tal idealização pode ser ingênua na atual conjuntura, mas que ela traz consigo elementos interessantes:

*Una democracia territorial de proximidad, regional-local, fuerte, podría ser un contrapeso importante y un mecanismo de participación democrática en los ámbitos globales. Pero, sería muy ingenuo idealizar la actual democracia local y regional. Es cierto que tiene a su favor un conjunto de factores suficientemente reconocidos como son: a) la proximidad a la población en la gestión; b) la mayor capacidad de integrar las políticas públicas; c) la representatividad inmediata y directa de los gobiernos locales; d) la cultura cívica que considera iguales a todos los ciudadanos, e) la conciencia de identidad que los actuales procesos globalizadores han reforzado, como afirmación frente a la homogeneización.*

Desta forma, fica claro que a atuação da sociedade demonstra-se como algo essencial como forma de adequar as diretrizes globais para as cidades, aos desafios que identificam cada Município. Ainda que o alcance da participação possa ser altamente mitigada, em decorrência da força do fenômeno da globalização, sua influência traz elementos positivos, em especial, os descritos por Borja na citação literal acima disposta.

Neste contexto, conforme aduzido por Vanin (2015, p. 38), ao relacionar globalização e política urbana brasileira, “os documentos internacionais, que são parâmetros globais de planejamento, devem ser observados, aliados a instrumentos de participação da população na construção do projeto de cidade”, que terão, entre outras finalidades, a função de garantir que não ocorra a perda das identidades locais na implementação de operações urbanas consorciadas.

Neste âmbito, há basicamente três mecanismos previstos na programação das operações urbanas consorciadas no contexto normativo urbanístico brasileiro: as audiências públicas; os conselhos de desenvolvimento urbano; e, o controle da operação, como participação da sociedade civil, previsto no art. 33, VII do Estatuto da Cidade. Se observado para além deste contexto, as operações urbanas estarão subordinadas a uma série de outros instrumentos: ação civil pública; estruturas de acesso a informação; audiência pública e controle orçamentário, atuação da sociedade civil, entre outros. Neste trabalho o enfoque serão os três modelos relacionados inicialmente, assim como, uma possibilidade de ação de controle promovida no entorno, através dos movimentos sociais.

Fica evidente que o urbanismo realizado através de grandes projetos, por ser um modelo característico da globalização, tende a direcionar a política urbana em um sentido de padrão único, com perda de identidade locais, sendo a participação social, através de seus mais diferentes mecanismos, uma alternativa para mitigar este processo. A dúvida que persiste, e será analisada no tópico final, é se tais mecanismos tem poder de substituir decisões, ou se tratam apenas de participação.

Outro ponto que merece destaque, já em conclusões finais do tópico, é que a observância de documentos internacionais acaba por ofuscar a existência de conflitos na cidade, diminuindo

a visão crítica acerca da utilização destes instrumentos. Esta perda de força dos discursos acerca das discrepâncias sociais em âmbito local, que hipoteticamente já estão inseridos nos modelos internacionais, acaba por diminuir a intensidade e influência da participação, que tende a não se opor a diretrizes vistas como legítimas, visto que decorrem de um processo hipoteticamente desvinculado de questões ideológicas e que recebe indicações, em maior ou menor escala, originadas de movimentos sociais.

Visto o contexto onde está inserida a participação social das operações urbanas consorciadas, passa-se agora a compreender seus fundamentos e quais os mecanismos estão previstos na legislação, assim como, como se dá a atuação dos movimentos sociais, em especial para responder ao questionamento acerca da possibilidade de substituição de decisão.

#### 4. CONTROLE SOCIAL NAS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS: PARTICIPAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DE DECISÃO

Como visto até aqui, o controle social é usualmente utilizado para referir-se a participação dos cidadãos nas políticas públicas, entretanto, neste trabalho, optou-se por uma distinção entre o termos: controle, tem como resultado a substituição de uma decisão, enquanto participação, esta relacionada com a possibilidade de influência. Ambos tratam de mecanismos da denominada democracia participativa, porém, com efeitos distintos. Para aferir tal distinção nos formatos, se faz necessário observar os mecanismos em concreto, como se pretende neste tópico final.

Em relação a política urbana, o exercício da democracia direta recebe a denominação de gestão democrática das cidades e visa elencar os diferentes instrumentos que assegurem que a definição dos seus principais temas seja debatido com a população. A programação do Estatuto da Cidade prevê a gestão democrática como uma de suas diretrizes (art. 2º, II), além de tratar do tema em capítulo específico (art. 43 a 45) onde são elencados alguns instrumentos.<sup>10</sup>

Antes de compreender melhor os instrumentos que irão balizar a participação social das operações urbanas consorciadas, entende-se relevante apontar como o tema é visto pela teoria em geral, que tem se valido do debate de Rawls (substancial) e Habermas (procedimental), e que, a partir deles, construído outras proposições alternativas, para caracterizar a atividade de democracia direta. O modelo substancial, grosso modo, consiste na ideia de que há um conteúdo mínimo que deve ser respeitado e limita o alcance da participação social. A ideia tem origem no conceito de razão pública de Rawls (2007, p. 145-146) que tem como base a ideia de “sociedade democrática constitucionalmente ordenada” que tende a garantir que “teorias abrangentes irreconciliáveis” possam ser aceitas ao mesmo tempo por toda a população, sem serem questionadas. Ou seja, que há parâmetros substanciais, que limitam as definições a serem tomadas pela participação social, quando da sua relação com o Estado.<sup>11</sup>

Por outro lado, Habermas (2003, p. 26) vale-se da ideia de razão prática, a qual questiona o problema da neutralidade no processo democrático, apontando que a definição do

10 Art. 2º, II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; II – debates, audiências e consultas públicas; III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal. Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

11 O autor explica que a razão pública, que seria o conteúdo substancial a ser observado na participação social é determinante no

conteúdo “assume feições pragmáticas” visto que serão as suas forma de institucionalização que irão revelar “o grau de realização do sistema dos direitos” e sendo assim a “compreensão procedimental da democracia não pode ficar acima nem abaixo desse conteúdo normativo do Estado democrático de direito”, o que contraria a posição substancialista.

Refletindo sobre as ideias de Rawls e Habermas, o autor Neto (2006, p. 131-32) destaca que em Habermas, o Estado é abrangido pelo “consenso procedimental” que não coincide com a ideia de “consenso sobreposto” de Rawls, “embora ambos autores persigam a formulação de normas a partir de um ponto de vista moral”. Ambos são reconstrutivistas, entretanto, Habermas considera o modelo substantivo como “incapaz de levar a efeito tal propósito porque que reduz excessivamente a abrangência da deliberação democrática” e afirma que os limites da deliberação somente se dão em garantia a sua “continuidade e integridade”.

Valendo-se das ideias dos dois autores, Niño (1996, p. 190-198) propõe uma proposta denominada de construtivismo epistemológico, na qual, segundo ele, restaria resolvida “*esta tensión entre el proceso y el contenido*” contribuindo com um equilíbrio, que evita os extremos “*de la reflexión individual de Rawls y el populismo de Habermas*”. No seu entendimento, o consenso tende a ser “*alcanzado después de un ejercicio de discusión colectiva debe ser de algún modo confiable en el proceso de conocimiento de asuntos morales*”.<sup>12</sup>

No contexto deste trabalho, que objetiva neste ponto, observar se há controle social nas operações urbanas consorciadas, tais indicações são pertinentes pois aduzem para reflexões quanto ao alcance e o potencial de uma participação social para além da ideia tradicional de democracia representativa. É notório que tanto procedimento, quanto substância são parâmetros importantes, podendo servir como pontos de observação acerca da operacionalização e consequência do controle social. Como já enfrentado no tópico 2, entende-se que o limite e o direcionamento substancial do controle das operações urbanas, o que vale também para o controle social em específico, estão nos objetivos fundamentais e diretrizes da política urbana, assim como nas programação específica prevista no Estatuto da Cidade.

Os limites procedimentais terão relação com os mecanismos previstos para este fim, cuja hipótese apresentada é de que eles sirvam mais para participação do que para substituição de decisão, que é como o controle é observado neste estudo. Nesse sentido, depreende-se a existência de três estruturas de controle específicos no contexto do direito e do urbanismo: as audiências públicas; os conselhos de desenvolvimento urbano e o controle da operação, com participação da sociedade civil, previsto no art. 33, VII do Estatuto da Cidade.

Além dos espaços que integram a administração pública, pode-se observar estruturas não governamentais, classificados maneira genérica como movimentos sociais. Um exemplo é a atuação dos observatórios urbanos, que tem uma relação muito próxima com os movimentos de reforma urbana, e que, conforme descreve Saule Junior (2006, p. 228-229) surgiram e foram concebidos por entender que “a democratização da gestão pública não ocorre apenas por iniciativa de governo” sendo necessário “criar mecanismos que fortaleçam os atores sociais para o controle das políticas públicas”.

A atuação dos movimentos sociais frente ao Direito pode ser observada, na perspectiva sistêmica, de duas maneiras, conforme descreve o Campilongo (2012, p. 103-107) movimentos de integração ou de protesto e movimentos de desintegração. Quanto aos primeiros, o autor

---

Fórum Político, no qual estão inseridos juízes, governantes e candidatos, todos devendo respeitar a razão pública em maior ou menor intensidade, respectivamente. Ao lado do Fórum Político está a cultura de fundo, perante a qual a razão pública não é de observância obrigatória, entretanto, é o âmbito de conformação, onde a razão pública deve acontecer (RAWLS, 2007. p. 145-146).

<sup>12</sup> Segundo o autor, “*existen dos razones para concluir que la concepción de la democracia basada en su valor epistémico explica mejor que ninguna otra la relación entre las constituciones ideal e histórica. En primer lugar, esta visión implica una congruencia casi automática entre los derechos reconocidos por la practica constitucional y el grupo ideal de derechos, siempre que el proceso democrático real no es demasiado lejos del ideal. En segundo lugar, esta concepción provee de razones para calificar el resultado de decisiones democráticas presentes que afectan negativamente la practica constitucional, tomando en cuenta otras decisiones democráticas tomadas dentro del contexto de la misma practica*” (NIÑO, 1996, p. 197).

aponta sua postura de dizer não aos sistemas parciais, contestar suas operações, não se submeter aos seus códigos e buscar o idealismo e a utopia de “uma sociedade igualitária e equilibrada” negando a diferenciação funcional. Em relação ao sistema do direito, os movimentos sociais com estes perfil, exigem que ele seja não só o guardião do direito, mas da sociedade como um todo e fazem isso ao sobrepor direito, economia e política com apelos imensos a uma integração que força conexões transversais entre os sistemas sociais.

Isto ocorre quando os movimentos sociais urbanos voltam-se contra decisões do sistema do direito que causam, por exemplo, despejo e deslocamento forçado de população, ainda que cumpridos todos os requisitos processuais e jurídicos, o que é comum no implemento de operações urbanas consorciadas. O enfrentamento desta situação se dá com a utilização de medidas inovadoras, em ações que ganham visibilidade pela cobertura da mídia, tentando fazer frente, por outros meios, as definições do sistema do direito. Saule Junior (2006, p. 240-241) retrata uma série de casos em que tais alternativas foram utilizadas, no intuito de proteger a população vulnerável frente a decisões judiciais que não sobrepoem o direito à moradia ao direito de propriedade.

A outra alternativa de atuação dos movimentos sociais frente ao direito, que poderia configurar-se como controle social, é denominada por Campilongo (2012, p. 107-108) como movimento de desintegração, visto que, “introduzem temas que promovem instabilidades necessárias e processáveis pelo código binário do direito”, valendo-se do próprio sistema jurídico, para confirmar se suas pretensões, convertendo conflitos em procedimentos. Este tipo de movimento respeita os limites e as margens de escolha de cada sistema funcional.

Nos movimentos sociais pela reforma urbana também é possível identificar este método. Saule Junior (2006a, p. 14-18) explica que tanto a construção do texto da Constituição Federal, quanto do Estatuto da Cidade, decorrem da ação dos movimentos sociais. No primeiro caso, com a apresentação da emenda popular da reforma urbana, e no segundo, a partir dos debates do fórum nacional de reforma urbana. Outro exemplo de atuação via sistema do direito, se deu pela associação de moradores do complexo Jardim Edite, no município de São Paulo, que tiveram sucesso na ação judicial proposta frente a tentativa de remoção dos moradores em decorrência da operação urbana consorciada Agua Espreada, como relatado por Abascal e Nohara (2018, p. 1615).

Apesar da inegável importância destas organizações não estatais, que podem utilizar-se ou não dos mecanismos do direito para o alcance de suas pretensões, fica claro que elas não possuem poder de substituir uma decisão, mas sim, protestar contra elas, ou ainda, buscar a tutelas de alguém que tenha o poder de substituir uma decisão por outra decisão, podendo ser considerados somente como espaços de participação e influência, que somente modificarão os rumos das decisões, por ações de terceiros.

Além das estruturas não estatais, existem espaços institucionais que possibilitam a participação através de procedimentos específicos: audiências públicas; os conselhos de desenvolvimento urbano e o controle da operação, com participação da sociedade civil, previsto no art. 33, VII do Estatuto da Cidade. O primeiro ocorre quando da criação da lei específica regulamentará a operação urbana consorciada. Embora, como já visto, a operação urbana apresente parâmetros de construção diferentes daqueles gerais previstos para o Plano Diretor, ela precisa estar atrelada ao instrumento básico de planejamento urbano do município, pois representará, ao fim e ao cabo, uma modificação de suas indicações, tendo em vista que será criado um novo zoneamento previsto para a área abrangida pela operação.

Assim, a lei que cria a operação urbana, deve seguir as peculiaridades do processo legislativo descrito para o plano diretor, no qual está inserida a necessidade de promover-se uma audiência pública. Esta obrigação é vista por Alochio (2010, p. 237-241) como um ato-

condição “sem o qual, uma fase posterior não se pode desencadear” e sendo assim, sem a sua ocorrência, o projeto que modifica o Plano Diretor estaria viciado. Apesar desta constatação, o autor alerta que “tais audiências não tem o poder modificativo ou de veto, sendo tão somente para formulação de uma apresentação e discussão” não importando o conteúdo dos debates e não vinculando a observância destes debates nas decisões estatais, o que não torna o instrumento um mecanismo de controle, e sim, de participação.

O debate acerca dos conselhos de desenvolvimento urbano tem como ponto chave exatamente o seu caráter consultivo ou deliberativo. O Estatuto da Cidade não previu um poder decisório do conselho, nem mesmo, suas condições estruturais mínimas, o que resulta na impossibilidade de que suas decisões tenham o poder de alterar as decisões por ele analisadas, assim como, diminuem seu poder de influência. Neste contexto Vanin (2012, p. 140) explica que ao lado do ideal da deliberação, que hipoteticamente permitiria a substituição de uma decisão por outra, seriam “indispensáveis condições estruturais e técnico-burocráticas” de funcionamento conselho, como o acesso a dados científicos e “uma correta percepção dos anseios sociais” que possibilitassem a “qualidade necessária na tomada de decisões”.

Quanto ao controle da operação propriamente dito, o Estatuto da Cidade orienta que ele deve contar com a participação da sociedade civil, e segundo Alfonsin (2006, p. 292), tal mecanismo tem como função “não apenas permitir a participação no debate dos vários atores sociais envolvidos na operação” mas pretende “dar publicidade e transparência ao conjunto da sociedade acerca da implantação de um instrumento que não apenas muda as regras do jogo, mas também mobiliza recursos” sendo indispensável o acompanhamento social quanto ao efetivo interesse público de qualquer ato do governo. Pelas reflexões da autora, verifica-se que o mecanismo é voltado também a participação e a publicidade dos atos governamentais, sem a possibilidade de modificar decisões tomadas.

Assim, verifica-se que os mecanismos previstos para as operações urbanas consorciadas, consubstanciam-se muito mais em espaços de participação do que, mecanismos de controle, visto que o tema provoca uma atividade social de envolvimento da população em seus debates, de diferentes maneiras, mas apesar destas grande plêiade de espaços e instrumentos, nenhum apresenta-se como alternativa de substituir uma decisão por outra decisão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o caminho até aqui traçado, apresenta-se as seguintes conclusões articuladas, decorrente da observação do controle social das operações urbanas consorciadas com a contribuição da teoria dos sistemas:

- O conceito de operações urbanas consorciadas previsto na programação do direito, observado a partir das descrições da teoria jurídica, permitem afirmar que uma das formas de visualizar o instrumento é a partir da interação simultânea e permanente de duas operações: a) a formação de uma unidade procedimental de tomada de decisão, sob a coordenação do poder público municipal, que teve ter presente a cooperação público e privada e a participação social; b) a materialização das decisões promovidas pela unidade procedimental em um conjunto de intervenções e medidas aptas a modificar urbanística e estruturalmente uma área delimitada, com melhorias de ordem social e ambiental.

- O controle, neste estudo, é observado a partir de duas dimensões, uma fundante, relacionada a legitimidade democrática, e outra de garantia, que vincula o seu exercício aos preceitos constitucionais e a programação do direito, não se reduzindo somente a limitação

do agir do poder público, pois compreende um direcionamento desta ação governamental de acordo com os direitos fundamentais.

- Embora o controle social seja usualmente utilizado para referir-se a participação dos cidadãos nas políticas públicas, a partir da construção teórica desenvolvida há uma distinção entre o termos: o controle, tem como resultado a substituição de uma decisão, enquanto participação, relaciona-se com a possibilidade de influência.

- Observância de parâmetros advindos de documentos multilaterais na implantação das operações urbanas consorciadas, tem na democracia direta, uma alternativa para mitigar o seu alcance, quando em confronto com as identidades locais.

- Embora existam espaços com esta finalidade na programação do direito brasileiro que regula as operações urbanas, como as audiências públicas no processo legislativo, os conselhos de desenvolvimento urbano e o controle específico do instrumento, assim como, uma atuação fora da estrutura do Estado dos movimentos sociais, nenhum é apto a substituir uma decisão por outra decisão, sendo assim, configurando-se com espaços de participação, que provocam influência.

Respondendo ao problema, a teoria dos sistemas contribui com a observação do controle social das operações urbanas consorciada ao possibilitar a construção de um novo conceito, a partir do qual podem ser desenvolvidas reflexões sobre as possibilidades de atuação direta da população na construção deste instrumento e auxiliando na formação de uma distinção entre participação e o controle, que permite uma análise de potencialidade de ação dos movimentos sociais e de cada um dos mecanismos de democracia direta.

## REFERÊNCIAS

ABASCAL, Eunice Helena Sguizzardi; NOHARA, Irene Patrícia. **Operações Urbanas Consorciadas: Impactos Urbanísticos no Brasil**. São Paulo: InHouse, 2018.

ALFONSIN, B. **Operações Urbanas Consorciadas como Instrumento de Captação de Mais-Valias Urbanas**: Um imperativo da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. p. 287-300. In ALFONSIN, B.; FERNANDES, E. *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Plano Diretor e Estatuto da Cidade**: Medidas Cautelares e Moratórias Urbanísticas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BITENCOURT, C. M.; RECK, J. R. Democracia Deliberativa, Teoria da Decisão e Suas Repercussões no Controle Social das Despesas em Saúde. p. 09-27 In BITENCOURT, C. M.; RECK, Janriê Rodrigues. **Abordagens epistemológicas sobre democracia, políticas públicas e controle social**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018.

BORJA, Jordi. **Revolución Urbana y Derechos Ciudadanos**: Claves para Interpretar las Contradicciones de la Ciudad Actual. Barcelona: UB, 2012.

BORJA, Jordi; CASTELLS, Manuel. **Local y global: la gestión de las ciudades en la era de la información**. Madri: Taurus, Habitat, 1997.



BORJA, Jordi; MUXÍ, Zaida. **Urbanismo en el siglo XXI**: Bilbao, Madrid, Valencia y Barcelona. Barcelona: ETSAB, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <https://bit.ly/1bJYIGL>. Acesso em 27.06.2018.

BRASIL. **Lei n. 11.257 de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em <http://bit.ly/10MRdw6>. Acesso em 23.06.2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COMPANS, R. Cidades Sustentáveis, Cidades Globais: antagonismo ou complementaridade? p. 121-154. In ASCELRAD, H. **A Duração das Cidades: Sustentabilidade e Risco das Políticas Urbanas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LOMAR, P. J. V. Operação Urbana Consorciada. p. 245-288 In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, S. (Org.). **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei 10.257/01**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

LUGNO, M.; SMOLKA, M.. Suelo y grandes proyectos urbanos: la experiencia latinoamericana. p. 300-307 In SMOLKA, M. **Perspectivas Urbanas: Temas Críticos en Políticas de Suelo en América Latina**. Cambridge, MAS, EUA: Liconln Institute, 2007.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MALERONKA, C. **Operações Urbanas em São Paulo: Rumo a uma Terceira Geração?** In Primeiro Congresso Ibero-americano de Solo Urbano, Buenos Aires, Argentina, 2012.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NIÑO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Madrid: Gedisa, 1996. OLBERTZ, Karlin. Operações Urbanas Consorciadas. Belo Horizonte: Forum, 2011.

OLIVEIRA, F. L. Sustentabilidade e Competitividade: A agenda hegemônica para as cidades no Século XXI. p. 193-217 In ASCELRAD, H. **A Duração das Cidades: Sustentabilidade e Risco das Políticas Urbanas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.

PEREIRA, Rodolfo Vianna. **Direito Constitucional Democrático**: controle de participação como elementos fundantes e garantidores de constitucionalidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

RAWLS, J. A ideias de razão pública revisitada. p. 145-192. In WERLE, D. L.; MELO, R. Soares. **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Singular, 2007.

RECK, J. Rs. Observação Pragmático-Sistêmica da Personalização dos Entes Federativos e suas Competências em Políticas Públicas In BITENCOURT, C. M.; RECK, J. R. **Políticas Públicas e Matriz Pragmático-sistêmica**: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018.

RECK, J. R.; BITENCOURT, C. M. Categorias de Análise e Gestão Complexa e Sistêmica de Políticas Pública. p. 28-43. In BITENCOURT, C. M.; RECK, J. R. **Abordagens Epistemológica sobre Democracia, Políticas Públicas e Controle Social**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018.

SAULE JUNIOR, N. Instrumentos de Monitoramento do Direito Humano da Moradia Adequada. p. 215-250. In ALFONSIN, B.; FERNANDES, E. **Direito Urbanístico**: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SAULE JUNIOR, Nelson. **Retratos sobre a atuação da sociedade civil pelo direito à cidade**: diálogo entre Brasil e França. São Paulo: Instituto Polis, 2006a.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TEIXEIRA, A. V.; BECKER, L. R.; LOPES, M. G. T. **A aplicabilidade da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann na fundamentação das decisões jurídicas**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.1, 1º quadrimestre de 2016.

VANIN, Fábio Scopel. **Direito e Política Urbana**: Gestão Municipal para a Sustentabilidade. Caxias do Sul: EDUCS, 2015.

VANIN, F. S. Os desafios da gestão democrática da cidade na garantia de um Município ambientalmente sustentável: apontamentos sobre a audiência pública e os conselhos de desenvolvimento urbano. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 125-142, julho/dezembro de 2012.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A REGULAÇÃO ESTATAL PARA INCENTIVAR O  
PRIMEIRO EMPREGO DOS JOVENS NO BRASIL:  
ELEMENTOS PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

LUCAS PIRES MACIEL  
MARISA ROSSIGNOLI

# A REGULAÇÃO ESTATAL PARA INCENTIVAR O PRIMEIRO EMPREGO DOS JOVENS NO BRASIL: ELEMENTOS PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

## THE STATE REGULATION TO ENCOURAGE THE FIRST EMPLOYMENT OF YOUNG PEOPLE IN BRAZIL: ELEMENTS FOR ECONOMIC DEVELOPMENT

Recebido: 13/06/2019  
Aprovado: 12/12/2019

Lucas Pires Maciel<sup>1</sup>  
Marisa Rossignoli<sup>2</sup>

### RESUMO:

A inserção do jovem no mercado de trabalho é temática relevante, tanto no aspecto de desenvolvimento econômico e social, como na gestão empresarial. O presente trabalho objetivou discutir formas para incentivar as empresas à contratação de jovens de 15 a 24 anos de idade para o seu primeiro emprego formal. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica com uso do método dedutivo e análise de dados primários obtidos na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD. Como resultado verifica-se a necessidade do estímulo por meio de políticas públicas uma vez que o desemprego entre os mais jovens tem sido alto, reflexo muitas vezes da falta de experiência em função da dificuldade do primeiro emprego, o uso de políticas públicas tende a reduzir o desemprego que na faixa de 18 a 24 anos encontrava-se em 25,8% no terceiro trimestre de 2018 e criar condições para que as empresas contratem. Conclui-se assim sobre a necessidade de política específica.

**Palavras-chave:** Primeiro Emprego do Jovem. Extrafiscalidade. Intervenção na economia.

### ABSTRACT:

The insertion of young people in the labor market is a relevant thematic, even in the economic and social development point of view, as well as in business management. The present study aimed to discuss ways to encourage companies to hire young people from 15 to 24 years of age for their first formal employment. The methodology used was the bibliographical review using the deductive method and analysis of primary data obtained in the National Household Sample Survey - NHSS. As a result, there is a need for stimulus through public policies since youth unemployment has been high, often reflecting the lack of experience due to the difficulty of the first job, the use of public policies tends to reduce unemployment in the age group of 18 to 24 was 25.8% in the third quarter of 2018 and create conditions for companies to contract. This concludes on the need for a specific policy.

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito pela UNIMAR de Marília/SP, Professor dos Cursos de Graduação em Direito, Administração e Tecnologia em Gestão Financeira, bem como da Pós-Graduação (MBA em Gestão Tributária) do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP Email: lucas\_jppm@hotmail.com

<sup>2</sup> Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho -UNESP - "Campus" de Araraquara, Mestrado em Economia (Economia Política) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP e Doutorado em Educação (Política e Gestão da Educação) na Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Email: mrossignoli@unimar.br

**Keywords:** Youth's First Job. Extrafiscality. Economic Development. Unemployment Among Young People.

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil tem registrado altos índices de desemprego. Existem muitas pessoas à procura de um emprego formal, porém, não há vagas suficientes para todos. Além disso, um grave problema decorrente do ora indicado, é que esses índices de desemprego são ainda maiores para os jovens entre 15 e 24 anos de idade. Estes jovens, muitas vezes, deixam de estudar para auxiliar nos afazeres domésticos ou para conseguir alguma ocupação, ainda que informal, para contribuir dentro de suas casas. Tal realidade faz com que os problemas indicados sejam maximizados, uma vez que o jovem deixa de frequentar os bancos escolares ou universitários e segue nesse círculo vicioso e fazendo trabalhos informais ou com baixa remuneração.

Nesse contexto alarmante, os dados da economia nacional tendem a impor óbices graves ao desenvolvimento do país e para o aumento da produtividade, engessando o crescimento qualitativo e quantitativo do país e de seus habitantes.

A partir desse panorama negativo, o presente trabalho visa analisar quais são as ferramentas concedidas pelo Poder Público ao jovem de 15 a 24 anos de idade que busca o seu primeiro emprego no mercado de trabalho e indicar alternativas para que haja uma intervenção participativa do Estado para minimizar os efeitos da conjuntura econômica no Brasil.

Para isso, discute o quadro atual do desemprego brasileiro, em especial entre os jovens de 15 a 24 anos e as consequências advindas desse ambiente prejudicial àquele que busca o seu primeiro emprego.

Ademais, apresentam-se as formas legais de trabalho/emprego no Brasil para os jovens nessa faixa etária, indicando as bases legais para que as empresas possam contratar esse tipo de mão-de-obra e eventuais ressalvas legais, com ênfase em eventuais programas governamentais de incentivo ao primeiro emprego.

Por fim, indica possíveis caminhos de intervenção do Estado na economia para criar ambiente de incentivo para a contratação de jovens de 15 a 24 anos de idade. O que o Estado pode fazer para melhorar os números de desemprego ora existentes? Como incentivar as empresas a contratarem os jovens para o primeiro emprego?

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, tendo como foco a doutrina e a legislação sobre a temática, além da análise dos dados da PNAD. O uso do método dedutivo apresenta-se uma vez que se utilizará da regra geral dos temas propostos para a compreensão dos casos específicos para buscar alcançar as respostas necessárias do presente estudo.

## 2. ANÁLISE DO DESEMPREGO ENTRE OS JOVENS NO BRASIL

O Brasil tem apresentado altas estatísticas de desemprego, principalmente pós crise econômica de 2014. A situação toma uma magnitude ainda mais exacerbada nesse tema quando se trata dos jovens de 15 a 24 anos. Os dados da PNAD mostram que no 3º trimestre do ano de 2018, na faixa de 18 a 24 anos o desemprego foi de 25,8% enquanto a taxa geral era de 11,6 (IBGE, 2019). Os dados são ainda mais alarmantes quando se leva em consideração o jovem de 15 a 24 anos de idade que galga o primeiro emprego.

O fenômeno é realidade no Brasil, mas tem encontrado fonte de preocupação nos países de todo o mundo, como orienta a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que quando

da realização da 101ª Conferência Internacional da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 2012, apontou como principal ponto de cuidado o desemprego entre os jovens. A resolução da Conferência, intitulada “*A crise do emprego juvenil: um chamado à ação*” aponta que a criação de postos de trabalho decentes, em número suficiente para os jovens, é uma “*questão de máxima prioridade mundial*” (OIT, 2019).

O referido relatório da OIT assevera que os “*jóvenes representan la promesa de un cambio positivo en las sociedades. Sin embargo, no hay suficiente trabajo para ellos. Hay asimismo millones de jóvenes que no encuentran vías hacia un trabajo decente y corren riesgo de exclusión social*”.

Em 2012 havia quase 75 milhões de jovens desempregados, o que apresenta um aumento de 4 milhões em 5 anos. Ademais, mais de 200 milhões de jovens trabalham por menos de dois dólares ao dia de remuneração, sem contar que o emprego formal cresce de maneira acachapante.

Por esse motivo a crise do emprego juvenil,

(...) agravada significativamente por la crisis económica y financiera mundial, nos impone el gran desafío a gobiernos, empleadores y trabajadores, en la época actual, de trabajar aún más arduamente en la promoción, generación y mantenimiento de los empleos decentes y productivos (OIT, 2019).

Os efeitos desse grave problema poderão gerar consequências e prejuízos duradouros nos jovens, inclusive referindo-se o relatório em “*geração perdida*”. Por esse motivo adverte que o “*compromiso político y los enfoques innovadores son indispensables para mejorar la situación*” (OIT, 2019).

A situação tomou grande repercussão e a Câmara dos Deputados, em julho de 2016, elaborou um estudo técnico sob o título “Desemprego entre os jovens: situação do Brasil e lições de experiência internacional” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

Reis (2019) faz importante alerta, uma vez

(...) que a probabilidade de continuar desempregado após um determinado período de tempo é sempre maior para os jovens que nunca trabalharam que para os outros dois grupos [jovens e adultos que já trabalharam] (REIS, 2019).

Além da dificuldade do jovem em encontrar uma primeira ocupação, uma parcela considerável de trabalhadores na faixa etária de 15 a 24 anos de idade (que representava 45%, em 2014) só consegue trabalho na chamada economia informal. E essa taxa de informalidade vai decrescendo conforme a idade e o nível de educação (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

Por esse motivo, a OIT, no livro “Tendencias mundiales del empleo juvenil 2015: promover la inversión en empleos decentes para los jóvenes” aduz que “aumentar la inversión en empleos decentes para los jóvenes es el mejor modo de garantizar que pueden hacer realidad sus aspiraciones, mejorar sus condiciones de vida y participar activamente en la sociedad” (OIT, 2019b).

Não é por outro motivo que a resolução da 101ª Conferência Internacional do Trabalho, assevera que é “necesario adoptar un enfoque multidimensional con medidas para impulsar un crecimiento favorable al empleo y la creación de trabajo decente mediante políticas macroeconómicas, empleabilidad, políticas de mercado de trabajo, iniciativa empresarial juvenil y derechos de los jóvenes” (OIT, 2019b).

Neste contexto, pois, essa trinca indicada *jovem, trabalho e primeiro emprego* merece uma atenção especial do governo, haja vista que pelo esboço acima exposto, geram efeitos para a economia do país e, também, é alvo de preocupação no mundo todo.

É evidente que medidas simples e pontuais não resolvem esse problema. Contudo, o investimento macio em educao de qualidade, cursos profissionalizantes e capacitao so um incio para a mudana desse paradigma.

Ademais, medidas macroeconmicas devem ser adotadas pelo Estado, intervindo para criar uma condio mais favorvel para atrair as empresas a contratarem os jovens e darem o to sonhado primeiro emprego.

Pelos dados da PNAD verifica-se que no terceiro trimestre de 2018 enquanto a taxa geral de desemprego, j elevada, permaneceu em 11,9%, a taxa de desemprego entre pessoas que possuam o ensino mdio incompleto (algumas, portanto, cursando-o) atingia 20,9%, sendo a maior taxa (maior que com nveis de ensino fundamental e fundamental incompleto), ainda observa-se com bastante relevncia que a taxa de desemprego com o ensino mdio completo foi de 13,2% (IBGE, 2019).

Assim, se faz com grande relevncia a discusso sobre formas de insero do jovem no mercado de trabalho, para isto, a anlise da legislao de fundamental importncia.

Quando discute-se a insero do jovem no mercado de trabalho, entende-se que para grande parte das famlias o incio da vida laboral dos jovens ocorre antes dos 24 anos, no em uma situao de jovens que j cursaram faculdade e esto indo a busca do primeiro emprego, mas uma situao que, at mesmo para que possam estudar, alm de contribuir financeiramente para a famlia, precisam estudar.

### 3. FORMAS DE TRABALHO PARA OS JOVENS NA LEGISLAO BRASILEIRA

O trabalho de algo fundamental para o desenvolvimento de um pas. Por, necessrio se faz a criao de regras para a convivncia harmnica entre os sujeitos. Isso cria ares absolutamente importantes para o pas, quando se vem casos de trabalho infantil ou em condies anlogas a escravido crescendo.

Tanto de assim que o constituinte de 1988 colocou o trabalho e a livre iniciativa como fundamentos da Repblica, sendo considerados como valores sociais, nos termos do art. 1, IV. Nesse sentido, crticas corretas so feitas aos trabalhos desempenhados com a prtica de trabalho anlogo a condio de escravo e do trabalho infantil, uma vez que ferem o princpio da dignidade da pessoa humana (MARANHÃO, 2018).

Este trabalho discute as formas de contrato de emprego entre empregadores e jovens de 15 a 24 anos e quais so permitidos pela legislao nacional.

A relao de emprego de perfectibilizada por um contrato, que nada mais de do que “*negcio jurdico em que o empregado, pessoa natural, presta servios de forma pessoal, subordinada e no eventual ao empregador, recebendo como contraprestao, a remunerao*” (GARCIA, 2018, p. 125).

Os requisitos acima definem quando h ou no a relao de emprego. A personalidade significa que a prestao deve ser feita diretamente pelo empregado, no podendo se fazer substituir constantemente por terceiros, ou seja, h um *intuito personae*.

A no eventualidade diz respeito a habitualidade com que de realizado o trabalho. A subordinao jurdica, sem dvida o mais importante para a caracterizao do liame laboral, enuncia que “*a prestao dos servios de feita forma dirigida pelo empregador, o qual exerce o poder de direo*” (GARCIA, 2018, p.126).

A onerosidade de o oposto de voluntariedade ou gratuidade, ou seja, o servio prestado de remunerado pelo empregador. A remunerao disposta tem sentido amplo e no somente o salrio propriamente dito, podendo ser inclusive por salrio *in natura*. Como assevera Cassar

(2019, p. 259) a “*onerosidade do contrato de trabalho é traduzida pelo pagamento de salário em pecúnia ou em utilidade*”. O mesmo autor discute que o risco do negócio é do empregador, não podendo repassar eventuais prejuízos para o empregado.

Importante lembrar que existem vários tipos de trabalhadores que não necessariamente serão considerados empregados pela legislação. Um primeiro exemplo, bastante comum para o meio dos jovens, é o contrato de estagiário, regida pela Lei nº 11.788/2008, caracterizado pelo estudante que, sem vínculo empregatício, presta serviços a uma pessoa jurídica, que lhe oferece um procedimento didático-profissional sob a coordenação da instituição de ensino, conforme o artigo 1º da Lei. O estágio não estabelece vínculo empregatício.

Dentro de uma relação de emprego, os contratos poderão se dar por prazo determinado ou indeterminado (regra).

Uma questão importante a ser tratada é sobre a idade para o trabalho. No Brasil é proibido o trabalho do menor de 16 anos, e desde que assistido por seus representantes, salvo na condição de menor aprendiz (em que é limitado a 14 anos), justificando assim o escopo deste trabalho.

Segundo o artigo 402, da CLT, “*considera-se menor para os efeitos desta Consolidação o trabalhador de 14 anos até os dezoito anos*”, observando-se que entre os 15 e 18 anos aplica-se o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Existem outras regras dispersas pela legislação que devem ser indicadas, no que toca à idade para exercício de alguns trabalhos:

- a) o peão de rodeio só é considerado plenamente capaz para este tipo de trabalho após os 21 anos (art. 4º, caput, da Lei nº 10.220/2001), pois entre 16 e 21 anos a lei exige a expressa autorização de seu representante legal;
- b) para o vigilante (art. 16, II, da Lei nº 7.102/83), a idade mínima é de 21 anos, sem qualquer possibilidade de autorização do representante legal para o trabalho em idade inferior;
- c) o menor de 18 anos não pode exercer a função de propagandista e vendedor de produtos farmacêuticos - art. 3º da Lei nº 6.224/75;
- d) para os que trabalham em minas de subsolo, o art. 301 da CLT exige idade mínima de 21 e máxima de 50 anos;
- e) Para ser mãe social a lei exige a idade mínima de 25 anos - art. 9º, a, da Lei 7.664/87;
- f) Proibido o trabalho dos menores de 18 anos para diversas atividades constantes da TIP (Lista das Piores formas de Trabalho Infantil), aprovadas pelo Decreto nº 6.481/2008 que regulamentou a Convenção nº 182 da OIT;
- g) motoboy ou mototaxista tem que ter idade mínima de 21 anos - art. 2º da Lei nº 12.009/2009 (CASSAR, 2017, p. 518).

Ainda, segundo o Decreto 6.481/2008 e a Convenção 182, de 1999, da OIT, é vedada a contratação de menor de 18 anos para desempenho de trabalho doméstico.

A criança e o adolescente tem um tratamento especial, uma vez que tem direito à proteção da vida e da saúde, por meio de políticas sociais públicas que possibilitem o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, nos termos do art. 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei 8.069 de 1990 (BRASIL, 1990).

Um outro motivo para essa vedação é para que a criança e adolescente possa exercer seu direito à educação, com o fito de desenvolver sua pessoa, preparando para o seu exercício da cidadania e qualificação suficiente para o trabalho (MARANHÃO, 2018).

Como exposto acima, o menor aprendiz é uma situação típica e especial de emprego do menor de 16 anos, porém, a ideia desse tipo de relação é ensinar ao menor uma profissão (CASSAR, 2017). É permitida a contratação de aprendiz com idade entre 14 e 24 anos de idade,



nos termos da Lei nº 11.180/2005, observando-se que antes da mudana apenas era permitido aprendizagem at os 18 anos.

O artigo 62, da Lei nº 8.069 de1990, aduz que “*considera-se aprendizagem a formao tcnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da legislao de educao em vigor*”. Ademais, a formao tcnico-profissional obedecerá aos seguintes princpios: garantia de acesso e freqncia obrigatria ao ensino regular; atividade compatvel com o desenvolvimento do adolescente; horrio especial para o exerccio das atividades.

Importante pontuar que o artigo 429, da CLT, assim determina:

Os estabelecimentos de qualquer natureza so obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Servios Nacionais de Aprendizagem nmero de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mnimo, e quinze por cento, no mximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funes demandem formao profissional (Brasil, CLT, 1943).

A regra acima no se aplica para as microempresas, nos termos do art. 51, III, da Lei Complementar nº 127/2006.

Ao menor, tambm, é absolutamente vedado o trabalho noturno, ou seja, aquele executado entre as 22 e as 5 horas. No mbito rural, por sua vez, o horrio noturno fica entre as 21 e 4 horas do dia seguinte, na lavoura e entre 20 horas e 4 horas na pecuria.

Fica proibido, ademais, conforme previso do inciso XXXIII do artigo 7º da Constituio Federal o trabalho insalubre ou perigoso a menores de 18 anos. Ressalta-se que a “*vedao possui evidente justificativa, em face da proteo integral a criana e ao adolescente, como pessoa em desenvolvimento*” (BRASIL, 1988; GARCIA, 2018).

O trabalho do menor no poder, ainda, ser realizado em locais prejudiciais a sua formao, ao seu desenvolvimento fsico, psquico, moral e social e em horrios e locais que no permitam a freqncia a escola, como elucida o paragrafo nico, do artigo 403, da CLT.

Tambm no pode trabalhar em locais prejudiciais a sua moralidade, quais sejam, prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, buates, cassinos, cabars, *dancings* e estabelecimentos anlogos; em empresas circenses, em funes de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes; de produo, composio, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juizo da autoridade competente, prejudicar sua formao moral e consistente na venda, a varejo, de bebidas alcolicas.

Veja que todas essas regras coadunam-se com o interesse do Estado na preservao da boa formao moral e intelectual do menor, atribuindo esse nus aos pais e aos empregadores, haja vista que é

é dever dos responsveis legais de menores, pais, mres, ou tutores, afast-los de empregos que diminuam consideravelmente o seu tempo de estudo, reduzam o tempo de repouso necessrio a sua sade e constituio fsica, ou prejudiquem a sua educao moral (BRASIL, CLT, art. 424).

Prossegue a legislao, asseverando que os

empregadores de menores de 18 (dezoito) anos so obrigados a velar pela observncia, nos seus estabelecimentos ou empresas, dos bons costumes e da decncia pblica, bem como das regras da segurana e da medicina do trabalho (BRASIL, CLT, art. 425).

Verifica-se que há mecanismos legais que autorizam o jovem, sendo menor ou maior de idade, de trabalhar, seja como aprendiz, seja como trabalhador ordinrio.

Porém, várias regras devem ser observadas, haja vista que o jovem ainda está em formação e deve ter atenção especial por parte do Estado. Em todo caso, a legislação permite o trabalhador jovem de exercer atividade.

Importante também que venha acompanhado de um preparo adequado, apesar de não ser tema deste trabalho a Base Nacional Curricular Comum – BNCC ao propor o direcionamento para uma área já no Ensino Médio tem como um dos objetivos melhor qualificar a mão de obra para o primeiro emprego.

No tópico a seguir discute-se este papel do Estado em estabelecer política que auxiliem ao jovem encontrar o primeiro emprego.

#### 4. A INTERVENÇÃO DO ESTADO PARA FOMENTAR O PRIMEIRO EMPREGO DOS JOVENS DE 15 A 24 ANOS DE IDADE

O Sistema Constitucional vigente, no que se refere à regulação estatal, coloca o Estado como agente de duas funções absolutamente distintas e muito importantes, quais sejam, “a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares” (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 13).

Neste sentido, o Estado afasta-se do mercado, deixando-o agir de maneira natural e, apenas intervirá para afastar abusos, riscos aos consumidores, ao meio ambiente, ou seja, a desregulação é regra e a regulação atua como subsidiária.

Entretanto, não se pode esquecer que o Estado também deve agir para buscar atingir os objetivos esperados pela República, conforme se vislumbra no artigo 3º da Constituição Federal, dentre eles a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Assim, para não infringir na livre concorrência e na livre iniciativa, previstos no artigo 170 da Carta Constitucional, o Estado deverá ser agente interventor para fiscalizar e buscar aqueles objetivos acima apresentados. Não pode ser agente que quebre a neutralidade ordinária do mercado, até mesmo porquê este é previsto no artigo 219, da Constituição Federal. Por isso, em qualquer que seja a atuação estatal, esta deve ser em *ultima ratio*.

É por esse motivo que o Estado quando intervém na economia precisa buscar caminhos para fomentar um desenvolvimento nacional, como por exemplo, na política intervencionista de geração de empregos, como se tem visto neste trabalho.

Desenvolvimento este, que conforme o ex-Ministro da Fazenda Luiz Carlos Bresser-Pereira, pode ser assim explicado:

Essencialmente o desenvolvimento econômico é o processo histórico de crescimento sustentado da renda ou do valor adicionado por habitante implicando a melhoria do padrão de vida da população de um determinado estado nacional, que resulta da sistemática acumulação de capital e da incorporação de conhecimento ou progresso técnico à produção. Nestes termos, o desenvolvimento econômico é um processo de transformação que implica mudanças nos três níveis ou instâncias de uma sociedade: estrutural, institucional ou cultural. É o aumento sustentado dos padrões de vida possibilitado pelo aumento da produtividade de determinadas atividades e/ou pela transferência da mão-de-obra dessas para outras atividades com maior valor adicionado per capita porque envolvendo maior conhecimento. É o aumento dos salários causado direta ou indiretamente por esse aumento da produtividade e essa concentração da população de um estado-nação nas atividades de maior valor adicionado (BRESSER-PEREIRA, 2019, p. 11).

O autor apresenta também que o desenvolvimento econômico ou uma melhoria dos padrões da vida corresponde a um dos quatro grandes objetivos dos Estados modernos, ao lado da segurança, liberdade e justiça social (BRESSER-PEREIRA, 2019, p. 11).

Petter (2005, p. 82) também argumenta que “*uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento de variáveis relacionadas à renda*”.

Com base nessas colocações acima expostas, vale consignar o papel de destaque do Estado na intervenção privada, como forma de incentivar a criação do primeiro emprego para os jovens do Brasil. É uma questão governamental e que deve ser colocada como algo fundamental para que os péssimos índices acima expostos sejam modificados e o Brasil fique na vanguarda dessa quebra de paradigma mundialmente.

Claro que outras medidas que não são propriamente interventivas também alavancarão para resultados positivos na mudança desse quadro de desemprego juvenil no Brasil, mas essa postura requer uma mudança de médio e longo prazo, que não surtirá efeito positivo imediato na economia.

Um grande empecilho à geração de empregos, além de outros problemas estruturais e tão graves quanto, é a alta carga tributária que existe sobre o empregado e sobre a folha de pagamento, ocasião em que serão devidas contribuições sociais, espécie tributária que tem por escopo o fomento da Previdência Social.

A tabela vigente atualmente coloca que o empregado que auferir remuneração de até R\$ 1.693,72 terá um desconto de 8%. O empregado que receba de R\$ 1.693,73 até R\$ 2.822,90 o desconto será de 9% e, por fim, aquele trabalhador assalariado que receba de R\$ 2.822,91 até R\$ 5.645,80 contará com uma alíquota de 11%.

Ocorre que, além do desconto já informado, a empregadora tem a obrigação de recolher aos cofres da União, a contribuição social patronal, que de acordo com os incisos I e III do artigo 22 da Lei 8.212/1991, que consiste em um levantamento de:

[...] vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa (BRASIL, LEI 8.812/ 1991).

Por esse motivo de acordo com Orair e Gobetti (2008) o “*modelo brasileiro de tributação sobre folha de pagamentos é disfuncional, e suas mazelas atingem, em distintos graus, tanto os empregadores quanto os empregados; sejam estes de baixos ou elevados salários*”. Os mesmos autores ao analisarem o custo fiscal do empregado constatam que:

Observa-se que o custo tributário de um empregado assalariado chega a quase 50%, que é bastante elevado para patamares internacionais. Na verdade, este exemplo não dista muito da regra que predomina nas empresas brasileiras. A incidência sobre a folha de pagamentos tipicamente está acima de 40%, quando incluímos as contribuições previdenciárias do empregado (entre 8% e 11% do salário de contribuição) e do empregador (20%), o seguro de acidente de trabalho (entre 0,5% e 6%), o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) (8%), o Salário-Educação (2,5%) e as contribuições para o Sistema S (2,5%), entre outras. Esta miríade de tributos sobreonera a produção nacional, abala sua competitividade e estimula a informalidade e a elisão tributária (ORAIR, GOBETTI, 2018).

Esses dados podem justificar uma das razões do Brasil ter índices de desemprego elevados. Além do que, o custo para contratar um empregado jovem, adulto ou mais velho é exatamente o mesmo, o que faz com que as empresas, por uma questão de produção e lucro, optem pelos adultos e com experiência, colocando à margem os jovens e, em pior situação os jovens sem experiência.

É evidente que as empresas do Simples Nacional, conforme o artigo 13, VI, da Lei Complementar 123/2006 não pagam, em regra, a contribuição social do empregador, mas as empresas que exercem atividade de prestação de serviços prevista no § 5º-C do artigo 18 da mesma lei estão legalmente obrigadas ao recolhimento da contribuição sobre folha de pagamento.

Contudo, mesmo com esse caso de não incidência para esse tipo de regime tributário, o custo social ainda é muito alto e desincentiva as empresas a contratarem empregados.

Obviamente que, nos últimos anos, especialmente decorrente da Copa do Mundo e das Olimpíadas, o governo adotou medidas de desoneração da folha de pagamento, ocasião em que o empresário passou a pagar uma Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta, regida pela Lei nº 12.546/2011, tendo um prazo determinado para acabar, que seria de dezembro de 2011 até dezembro de 2014. Foi editada uma nova Lei de nº 13.161.2015 em que a desoneração tornou-se optativa. Nova mudança adveio e a Lei nº 13.670/2018 na desoneração da folha de pagamento de alguns setores produtivos da economia.

Contudo, ainda que paliativamente essas medidas tenham gerado um fôlego, gradativamente o governo veio achatando as hipóteses e a regra geral voltou a ser o caso mais comum.

O estudo técnico elaborado pela Câmara dos Deputados conclui que:

Ao longo dos últimos anos, medidas de desoneração da folha de pagamento, subsídios diretos à contratação de jovens, programas de transferência de renda voltados a jovens mais vulneráveis etc., têm sido implementados no Brasil, aparentemente sem impactos relevantes sobre o nível de emprego, especialmente nos períodos de redução da atividade econômica (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

O assunto também vem sendo discutido pelo recém-empossado governo Bolsonaro que já vem divulgando na imprensa que esse é um dos assuntos-chave do novo Governo e precisam reduzir os encargos sobre salário (MIGALHAS, 2019).

Por isso, é necessária uma discussão séria acerca do tema de modo macro, qual seja, uma nova forma de taxar o emprego no Brasil, como forme de diminuição genérica do desemprego. Contudo, ainda que haja esse rearranjo fiscal nas relações de emprego, de grande valia a criação de um programa especial em atenção primeiro emprego do jovem no Brasil.

O estudo realizado pela Câmara dos Deputados enuncia que 65 países possuem algum tipo de legislação ou de plano governamental tratando especificamente do emprego juvenil, inclusive países da América Latina, como o Brasil, tratando políticas macroeconômicas e setoriais, incentivo ao empreendedorismo, educação e formação profissional, demanda por trabalho, legislação trabalhista e políticas de mercado de trabalho. Doze países [Egito, Espanha, Grécia, Honduras, Itália, Macedônia, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, SriLanka, Suécia e Tanzânia], especificamente, adotaram planos nacionais mais abrangentes de estímulo ao emprego de jovens (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

O Brasil apresentou melhorias nos níveis educacionais nas últimas décadas, porém, muito aquém do ideal e os números de desemprego demonstram esse distanciamento com aquilo que seria razoável, porém, implementou políticas educacionais, melhor acesso à escola,

cursos profissionalizantes e ensino superior. Ocorre que, os frutos desses investimentos não serão sentidos imediatamente, uma vez que se trata de uma política de longo prazo.

Uma outra métrica a ser seguida pelo Estado para implementar a geração de emprego para os jovens requer uma melhoria na política monetária e fiscal, objetivando uma inflação controlada, uma sustentabilidade da dívida pública, para aumentar as taxas de investimento. Evidentemente que também são medidas mais austeras e de médio a longo prazo e que, não irão beneficiar apenas a geração de empregos para os jovens, mas para toda uma coletividade.

O que efetivamente poderá surtir efeitos positivos para a mudança desses números é a utilização de políticas tributárias extrafiscais, com renúncia de receita tributária e incentivo às empresas empregadoras para a contratação de mão de obra de jovem no seu primeiro emprego.

Já foi explicitado que a regra geral é a neutralidade fiscal, porém, em casos específicos, é permitido ao Estado utilizar-se da sua função extrafiscal para incentivar algum setor da economia ou para fomentar algo que entenda ser deficitário no país.

A utilização sadia e consciente da extrafiscalidade, pode alterar em boa parcela todos esses critérios do desenvolvimento do país, maximizando e potencializando o tão almejado desenvolvimento.

A extrafiscalidade traduz-se no conjunto de normas que, embora formalmente integrem o direito fiscal, tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados econômicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer frente face às despesas públicas (NABAIS, 2009, p. 629).

Neste sentido, o mesmo autor apresenta que

De outro lado, é de salientar que a extrafiscalidade se expande por dois grandes domínios, cada um deles traduzindo uma técnica de intervenção ou de conformação social por via fiscal: a dos impostos extrafiscais, orientados para a dissuasão ou evitação de determinados comportamentos (em que são de integrar os chamados agravamentos extrafiscais de impostos fiscais), e a dos benefícios fiscais dirigidos ao fomento, incentivo ou estímulo de determinados comportamentos (NABAIS, 2009, p. 629).

Assim, o Estado pode criar algum tipo de desoneração fiscal para aquela empresa que contrate um jovem no seu primeiro emprego e o mantenha na empresa durante um determinado período de tempo mínimo, o que fará com que crie-se uma cultura de contratação de jovens no seu primeiro emprego.

Eis uma orientação da OIT acerca desta posição:

Los subsidios salariales y otros incentivos financieros (por ejemplo exenciones fiscales o exenciones de las contribuciones a la seguridad social durante un período de tiempo limitado) para que los empleadores contraten a jóvenes puede ayudar a mejorar la transición de la escuela al trabajo, en especial durante tiempos de recesión económica (OIT, 2019).

Este artigo não pretende analisar as recentes diretrizes anunciadas pelo governo brasileiro do que seria o chamado emprego verde e amarelo, mas o que já pode se afirmar é que a discussão é justamente no sentido de incentivos para as empresas que garantam o primeiro emprego. É claro que a eficiência dependerá da própria proposta e, sem dúvida alguma, de mecanismos de fiscalização e estímulo à mesma.

Na Europa, França e Bélgica adotaram reduções nas contribuições da seguridade social incidentes sobre os salários mais baixos, além de outros países como a Espanha e a Suécia, que introduziram mais recentemente essas reduções das contribuições sociais. Contudo, não há

evidências empíricas de que os jovens tenham sido diretamente beneficiados com a medida (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

É evidente que esse tipo de desoneração impacta nos cofres públicos, diminuindo a arrecadação, sendo, por isso, necessário, para atendimento à Lei de Responsabilidade Fiscal uma contrapartida, que poderia ser justificada com o aumento da contratação desses jovens, diminuição em índices de desemprego, evasão escolar, criminalidade, que sem dúvida são temas inter-relacionados e que são fundamentais para uma país melhorar dados da sua economia.

Além disso, uma outra medida satisfatória seria algo análogo ao que se fez na Lei nº 8.213/91, especificamente no artigo 93, quando exige a contratação mínima de empregados deficientes ou reabilitados, de 2 a 5% para empresas com 100 ou mais empregados. Fazer algo nesse sentido poderia ser interessante e, ainda que por um tempo determinado, criar uma cultura nos empregadores para contratar empregados jovens para o seu primeiro emprego. A mesma lógica se aplica para o menor aprendiz, como visto alhures.

O estudo técnico da Câmara dos Deputados apresenta sugestão bastante eficaz:

Nesse contexto, alguns países membros da OCDE<sup>30</sup> possuem um salário mínimo específico para jovens. A justificativa teórica para a adoção de um salário mínimo inferior para os jovens é a de que, se fossem contratados pelo salário mínimo “cheio”, trabalhadores jovens com baixa qualificação poderiam ser alijados do mercado de trabalho, na medida em que sua produtividade marginal poderia ser inferior ao custo marginal de sua contratação (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

Assim, seria criado um salário mínimo do jovem trabalhador, como uma forma do governo criar um valor subsidiado de contratação desse jovem para a empresa e, eventualmente, o Estado poderia pagar a diferença para que o jovem não ficasse com remuneração inferior.

A reforma trabalhista poderia ter auxiliado na contratação da mão-de-obra dos jovens, ainda que indiretamente, para criar um benefício para os jovens alcançarem o primeiro emprego, uma vez que poderia ter ampliado o tempo do contrato de experiência, implementando condições de que o empregador possa de fato conhecer o jovem em experiência e, com isso, contratá-lo definitivamente. Contratos de experiência com prazo legal curto, desincentivam a contratação do jovem, uma vez que o empregador pode não ter conhecido satisfatoriamente a capacidade laborativa do jovem em tão pouco tempo.

Em algumas situações, em complemento ao raciocínio supra, um período de experiência muito curto pode até, inclusive, inviabilizar a própria contratação do jovem, na medida em que o empregador acaba por preferir a avaliar *ex ante* seu nível de qualificação e não querer “testar” por meio da experiência (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

Um outro ponto interessante partiria da própria Administração Pública, das searas federal, estadual e federal, em ocasiões de licitações públicas envolvendo contratação de mão-de-obra poderia colocar no edital a preferência para contratação de empresas que usam de jovens em seu primeiro emprego, indicando um número mínimo de empregados nessa situação, para incentivar que essas empresas que contam com um número alto de empregados possam contratar esses jovens na sua primeira experiência.

Neste sentido, verifica-se que várias medidas podem ser adotadas pelo Estado, dentro da sua função interventora, para mudar esse cenário e, com isso, incentivar o primeiro emprego dos jovens.

## CONCLUSÃO

O desemprego é um dado econômico bastante preocupante e o Brasil vem sofrendo desse mal há alguns anos, agravado pela crise econômico-financeira que vem passando desde o ano de 2008, com a crise mundial e no Brasil agravado a partir de 2014.

Esses números alarmantes do desemprego são ainda mais alarmantes entre os jovens, uma vez que há uma predileção pela contratação de empregados com mais idade e mais qualificação, o que tornam os jovens vulneráveis e suscetíveis à informalidade e ao aumento da criminalidade/desigualdades sociais.

O desemprego entre os jovens não é uma exclusividade brasileira, sendo que, muitos outros países sofrem do mesmo problema e muitas discussões pelos países e organismos internacionais são realizados para tentar solucionar ou amenizar.

Ademais, os dados apresentados indicam que a classe jovem é a mais atingida quando há um agravamento da crise, sendo os que ficam menos tempo no emprego e os que mais demoram a se reinserir no mercado de trabalho. A situação do jovem que precisa do primeiro emprego também é alarmante.

Nesse sentido, o Estado precisa ter uma atenção especial para a questão do primeiro emprego do jovem. Hoje os jovens estão conseguindo inserção no mundo dos negócios, especialmente em decorrência da tecnologia e da inovação, em que a internet concede um universo para os jovens explorarem o mercado, porém, não são todos que tem essa possibilidade.

Os jovens, pelo arcabouço legal brasileiro, a partir dos 16 anos tem permissão para ter seu emprego. Ademais, não se pode esquecer, que a legislação permite o trabalho do menor de 14 anos, como menor aprendiz, como forma de intersecção entre a empresa, o menor e um curso profissionalizante, para aprimorar a educação do menor e inseri-lo no mercado de trabalho.

De mais a mais, ante as peculiaridades e cuidados constitucionais, os menores não podem e não devem realizar qualquer tipo de trabalho, sendo necessária a limitação para algumas atividades que possam causar riscos à saúde e à moral da criança e/ou do adolescente. Contudo, afora essas questões, o menor pode realizar atividade laborativa formalmente.

Realizando um liame entre os pontos acima indicados, quais sejam, o aumento nos números do desemprego entre os jovens de 15 a 24 anos e a possibilidade legal destes trabalharem formalmente no Brasil, resta evidenciado que o Estado, dentro do seu papel interventor, para garantir a perfectibilização da livre concorrência, da livre iniciativa e a busca pelo desenvolvimento nacional, tem o dever de criar mecanismos para melhorar ou erradicar o desemprego entre os jovens, melhorando os números da economia do país.

Assim, questões macro devem ser feitas pelo Estado, como a melhoria na educação, nos cursos profissionalizantes, cursos técnicos e no ensino superior, melhoram a capacidade do jovem e o fazem ser um alvo mais potencialmente querido pelas empresas.

Contudo, essa postura requer tempo para sua real implantação e para gerar os efeitos almejados, fazendo com que seja necessária a adoção de outras políticas intervencionistas, como por exemplo, a desoneração da alta carga tributária na contratação de empregados e, em especial, para a contratação do jovem em seu primeiro emprego, criando algum tipo de incentivo fiscal para a empresa contratar o jovem e, em médio prazo, gerar uma mudança de cultura e colocar o jovem como uma mão-de-obra interessante para a iniciativa privada. O uso dessas ferramentas extrafiscais poderia gerar uma mudança significativa e incentivar a contratação desses jovens para o primeiro emprego.

Outra postura ativa de grande valia, poderia ser a criação de um salário mínimo menor para a empresa que contrata o jovem no seu primeiro emprego, ainda que por um

tempo determinado e subsidiado pelo Estado eventual diferença em favor do jovem, fazendo com que a empresa tenha um custo menor e gere uma iniciativa para a retirada do jovem da informalidade ou dos índices de desemprego.

Sugestiona-se, ademais, o uso de medidas de quotas para a contratação de jovens em seus primeiros empregos, tal como acontece para deficientes e empregados reabilitados e menores-aprendizes.

Alterar a legislação trabalhista para aumentar o tempo do contrato de experiência também poderia ser uma boa solução para auxiliar os empregadores na contratação de jovens em seu primeiro emprego, uma vez que um tempo maior de contrato de experimentação poderia fazer com que o empregador conhecesse melhor o jovem em teste. Além disso, a própria Administração Pública em licitações de mão-de-obra, priorizar as empresas que empreguem jovens na sua primeira experiência laboral.

Desta forma, o Estado dentro do seu papel de interventor, deve criar mecanismos efetivos para melhoria dos números do desemprego entre os jovens. Obviamente que muitas medidas são de cunho geral e que serão válidas para toda a população, como por exemplo o controle dos gastos públicos e da inflação, mas, em contrapartida, medidas específicas para a classe dos jovens de 15 a 24 anos poderia fazer com que o Brasil pensasse mais e melhor sobre o seu futuro, fazendo com que os jovens sejam efetivamente o futuro do país.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 205.

BÔAS, Bruno Villas. **IBGE: Desemprego tem alta proporcional maior entre jovens no trimestre**. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/5531767/ibge-desemprego-tem-alta-proporcional-maior-entre-jovens-no-trimestre>>. Acesso em 08 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). . Acesso em: 10 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das leis do trabalho. (CLT). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 12 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei 11.788/2008 de 25 de setembro de 2008. Dispõe sobre o estágio de estudantes. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11788.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11788.htm). Acesso em 10 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei 11.180 de 23 de setembro de 2005. Entre outros elementos institui o Programa de Educação Tutorial – PET. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11180.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11180.htm)>. Acesso em 11 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.212 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm). Acesso em 10 mar. 2019.



\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências (ECA). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm). Acesso em 10 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Desemprego entre os jovens: situação do Brasil e lições de experiência internacional**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema7/2016\\_12418\\_desemprego-entre-jovens\\_adolfo-furtado](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema7/2016_12418_desemprego-entre-jovens_adolfo-furtado)>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O conceito histórico de desenvolvimento econômico**. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2006/06.7-conceitohistoricodesenvolvimento.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes e outros autores e coordenadores SARLET, Ingo; MENDES, Gilmar Mendes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *PNAD Contínua*. Janeiro 2019. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_mediaibge/arquivos/25e5b984fd4c78ca4973611aeac59c2d.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/25e5b984fd4c78ca4973611aeac59c2d.pdf). Acesso em 3 mar. 2019

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Mais de 25 milhões de jovens não estudavam em 2017**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21256-mais-de-25-milhoes-de-jovens-nao-estudavam-em-2017>>. Acesso em 09 jan. 2019.

MIGALHAS, Governo institui contrato verde e amarelo para jovens. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI315035,101048-Governo+institui+contrato+de+trabalho+Verde+e+Amarelo+para+jovens>>. Acesso em 3 dez. 2019.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2009.

OIT. **La crisis del empleo juvenil: un llamado a la acción, Resolución y conclusiones de la 101.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo**. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_187080.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_187080.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2019.

OIT. **Tendencias mundiales del empleo juvenil 2015: promover la inversión en empleos decentes para los jóvenes**. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_412025.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_412025.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2019b.

ORAIR, Rodrigo. GOBETTI, Sérgio. **Reforma tributária: princípios norteadores e propostas para debate.** Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180413\\_desafios\\_da\\_nacao\\_artigos\\_vol2\\_cap17.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180413_desafios_da_nacao_artigos_vol2_cap17.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2018.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REIS, Maurício Cortez. **Uma análise das características do primeiro emprego nas regiões metropolitanas brasileiras.** Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\\_desafios\\_completo-web.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_desafios_completo-web.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos).** São Paulo: Malheiros, 2001.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O TAC COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO  
FUNDIÁRIA SUSTENTÁVEL: APLICAÇÃO DA REURB  
SOCIAL NAS APPS DO LAGO DO JUÁ E RIO TAPAJÓS  
EM SANTARÉM-PA

MARCELO MESSIAS LEITE  
MAGNO FEDERICCI GOMES

# O TAC COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA SUSTENTÁVEL: APLICAÇÃO DA REURB SOCIAL NAS APPS DO LAGO DO JUÁ E RIO TAPAJÓS EM SANTARÉM-PA

## TAC AS INSTRUMENT OF SUSTAINABLE ENVIRONMENTAL REGULARIZATION: APPLICATION OF THE SOCIAL REURB IN THE APPS OF LAKE JUÁ AND RIO TAPAJÓS IN SANTARÉM-PA

Recebido: 05/07/2019  
Aprovado: 15/12/2019

Marcelo Messias Leite<sup>1</sup>  
Magno Federicci Gomes<sup>2</sup>

### RESUMO:

O objetivo deste artigo é analisar a Lei de Regularização Fundiária Urbana, nº 13.465/2017, diploma legal sobre ocupações antrópicas em Áreas de Preservação Permanente (APPs), regulamentada pelo Decreto nº 9.310/2018, visando os direitos no art. 6º e 225 da Constituição da República de 1988 (CR/88). Apresentar a hipótese de regularização fundiária nas APPs do Juá e Tapajós, mediante o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Será utilizada metodologia de pesquisa documental/bibliográfica, com raciocínio lógico/dedutivo. Os resultados apontam que é possível efetivar o direito a moradia pelo TAC, desde que aplicado por instrumentos técnico-científicos que garantam a proteção ambiental em APPs.

**Palavras-chave:** Área de Preservação Permanente. Termo de Ajustamento de Conduta. Regularização Fundiária Urbana Social.

### ABSTRACT:

The objective of this article is to analyze the Urban Land Regularization Law, nº 13.465 / 2017, legal diploma on anthropic occupations in Areas of Permanent Preservation (APPs), regulated by Decree 9.310 / 2018, aiming at the rights in art. 6 and 225 of the 1988 Constitution (CR / 88). To present the hypothesis of land regularization in the APPs of the Juá and Tapajós, through the Term of Adjustment of Conduct (TAC). Documentary / bibliographic research methodology will be used, with logical / deductive reasoning. The results indicate that it is possible to implement the right to housing by the TAC, provided that it is applied by technical-scientific instruments that guarantee environmental protection in APPs.

**Keywords:** Permanent Preservation Area. Term of Adjustment of Conduct. Urban Social Land Regularization.

<sup>1</sup> Mestre em Direito Ambiental, pela Escola Superior Dom Hélder Câmara, Bolsista e Pesquisador pela FAPEMIG. Email: messiasmarceloleite@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Email: federicci@pucminas.br

## INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como instrumento sustentável para aplicação da Regularização Fundiária Social Urbana (Reurb-S), nas Áreas de Preservação Permanente (APPs), do Lago do Juá e Rio Tapajós, em Santarém, Pará, visando responder à seguinte problemática: É possível conciliar o direito à moradia e a proteção ambiental, nas APPs, de maneira sustentável, buscando evitar o trauma social, da remoção forçada de mais de 4.493 famílias, pela tutela de urgência por força policial?

O objetivo geral é a análise da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, diploma legal sobre a temática, regulamentada pelo Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018, tendo em vista os direitos elencados nos arts. 6º e 225 da CR/88, respectivamente, do direito universal à moradia, em consonância com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos, garantidor da sadia qualidade de vida.

O objetivo específico do presente estudo será a análise da Ação Civil Pública (ACP), no Processo nº 0003993-38.2017.8.140051, com Tutela Provisória em Caráter Antecedente, e a Ação de Reintegração de Posse, no processo sob o nº 0013104-51.2014.8.14.00-51.

A pertinência temática se justifica porque nas tutelas de urgência que envolvem remoções forçadas e reintegrações de posse, em ocupações irregulares, em litígios coletivos, visando dar celeridade à proteção ambiental, não há oferecimento de audiências públicas, antes da posse de ano e dia.

Ademais, quando preveem audiências, na maioria das vezes, não é observado o que prescreve o art. 565 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), ou há insuficiência e incompatibilidade fática com seus termos, pois não há espaço para participação da comunidade local, de forma efetiva, nem a possibilidade e iniciativa cooperativa de se adequarem às exigências ambientais, com fins a captar o seu ponto de vista e percepção sobre a realidade.

As audiências públicas visam construir soluções democráticas, formar entendimento para leis específicas e atuais, que respeitem a dignidade da pessoa humana, alinhadas às necessidades do dinamismo socioambiental, pelo respectivo enfrentamento do *déficit* de mais de 35 (trinta e cinco) mil habitações em Santarém.

Tal *déficit* se dá pela expansão urbana e explosão demográfica no presente caso, em Santarém, nas áreas ambientalmente protegidas, como apresentado na reunião da Câmara Municipal de vereadores em 24/01/2018, pela Coordenadoria Municipal de Habitação e Desenvolvimento Urbano (CHDU).

Ademais, há previsão sobre a Reurb-S, mesmo dentro de APPs, por lei geral (Lei Federal nº 12.651/2012), em seu artigo 64 e seus incisos, bem como em lei específica (Lei nº 13.465/2017), regulamentada pelo Decreto nº 9.310/2018, também na Lei Municipal nº 18.051/06, que estabelece o Plano Diretor de Santarém, em seus artigos 119 e 120 e seus incisos, mesmo que haja ocupações irregulares consolidadas ou não, parcial ou totalmente, dentro de APPs urbanas, não mais se exigindo a ‘comprovação de inexistência de alternativa locacional’ ou ‘consolidação da ocupação’.

Portanto, para a consecução dos resultados, far-se-á necessária abordagem teórico-jurídica, assentada em método hipotético-dedutivo, com técnicas de pesquisa documental/bibliográfica. O referencial teórico da pesquisa são as obras de Freitas (2016) e de Gomes e Ferreira (2017), para estabelecer o equilíbrio das dimensões da sustentabilidade.

O trabalho, no primeiro capítulo, apresentou breve histórico na formação do conceito das APPs, sua evolução legal e proteção e os diplomas legais e atuais sobre o Direito à Moradia mesmo que em espaços protegidos.

No segundo tópico apresentou-se o estudo de caso das APPs no Lago do Juá e Rio Tapajós, em Santarém, PA, corroborados de estatísticas, com dados oficiais sobre a realidade local, de sua judicialização, bem como mapas para melhor visualização.

No terceiro tópico empenhou-se em analisar a amplitude do direito à moradia em consonância com as dimensões do desenvolvimento sustentável e as legislações pertinentes, aplicadas ao caso concreto, com intuito de alcançar ambas as suas facetas.

Buscou-se trazer, no quarto tópico, diante da problemática, a hipótese de regularização fundiária nas APPs do Juá e Tapajós, mediante a Reurb-S, na possibilidade de aplicação do TAC, previsto na Lei de Ação Civil Pública (LACP) - Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º, § 6º, para implementar medidas que assegurem o uso e preservação (e ou conservação) dos recursos naturais, pelos interesses individuais, coletivos e difusos na solução de conflitos socioambientais.

## 1. BREVE HISTÓRICO NA FORMAÇÃO DO CONCEITO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, A EVOLUÇÃO DE SUA PROTEÇÃO, DIPLOMAS LEGAIS E ATUAIS

Para aprofundar na temática, se faz necessário resgatar pontos importantes sobre a formação do conceito de APPs, a ampliação, especificação e delimitação sobre o entorno de sua proteção, atualizando o debate com as ferramentas legais sobre regularização urbana em áreas especialmente protegidas.

Como expõe Crivellari (2016, p. 39), a origem do conceito das APPs no Brasil se deu com a ocupação do solo ao longo da expansão urbana, desenvolvimento industrial e agropecuário, surgindo a necessidade de proteger os cursos de água existentes. No antigo Código Florestal de 1934 (Decreto Federal nº 23.793/34), o termo utilizado para as APPs era o conceito de “florestas protetoras”, em seus artigos 3º, 4º e 22, pois tratavam sobre a proteção da vegetação às margens de águas, para proporcionar abrigo e conservar a biodiversidade de espécimes, dando contorno ao conceito legal das APPs.

A construção da proteção do Meio Ambiente se deu de forma paulatina, em trajetória retilínea, em cada decisão legislativa, pela percepção socioambiental, de maneira que foi incorporada ao direito, a proteção para as novas formas de interação e resultados de análises científicas sobre as atuações humanas e suas consequências, em seu meio socioambiental, especialmente no ambiente urbano e atividades econômicas industriais com grandes impactos.

De fato, com a expansão urbana e o desenvolvimento, no Pós-Revolução industrial, foram necessários planejamento e regulamentação para qualquer atividade humana que causasse significativo impacto ambiental, assim elaborou-se, ao longo das décadas de 20 e 30, o antigo Código Florestal (Lei 4.771/65), ora revogado pelo atual Código Florestal, que no artigo 1º, § 2º, II instituiu as APPs, definindo o seu conceito, finalidade e essência, para a proteção do meio ambiente, mas sempre com a finalidade de proporcionar o bem estar das populações humanas, com a seguinte temática:

[...] área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º, desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o **bem-estar das populações humanas**. grifo nosso (BRASIL, 1965).

A amplitude e abrangência na proteção das APPs vão além da proteção de árvores ou florestas, ou recursos hídricos, encostas íngremes, áreas topograficamente sensíveis e diferenciadas e ambientes costeiros, mas a finalidade da preservação geral de todo o ecossistema

tem também um caráter utilitário, visando proporcionar o bem estar para as presentes e futuras gerações.

Com a Constituição da República de 1988 (CR/88), em seu art. 225, § 1º, III, incorporou-se o dever do Poder Público de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometesse a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. Nesse sentido, o direito francês elucida a questão pelo conceito de *espaces naturels sensibles*, definidos pelo Ministério da Ecologia e do Desenvolvimento Sustentável da França como:

áreas protegidas devem ser constituídos de áreas cuja característica natural é ameaçada e tornada vulnerável, atualmente ou potencialmente, devido à pressão urbana ou ao desenvolvimento de atividades econômicas e recreativas, ou por causa de particular interesse, tendo em conta a qualidade do sítio ou as características das espécies animais ou vegetais [...] (COLLECTIF, 2010, p 10. )<sup>3</sup>.

Assim, em análise holística, devem ser considerados os aspectos sociais inerentes à propriedade, dispostos na inteligência do art. 6º, da livre iniciativa, do trabalho, da estrutura social, objetivando o pleno desenvolvimento dos seres humanos, pela efetivação dos direitos fundamentais, dispostos na mesma CR/88 (BRASIL, 1988).

A CR/88 tem como finalidade apontar a direção para elaboração de leis gerais e abstratas, de antemão, visando abranger o máximo de situações possíveis sem comprometer a regulamentação da transformação e dinâmica socioambiental.

Assim, os casos concretos deverão ser tratados por leis específicas, resoluções e portarias, ou pelo Poder Judiciário, na análise do caso concreto, com participação da comunidade local, por audiências públicas e consultas prévias, que alcancem as peculiaridades e minúcias, às vezes somente percebidas pela comunidade local, pela sua dor e sofrimento, na labuta do dia a dia, para a construção de políticas públicas e decisões mais acertadas, já que a comunidade local será a destinatária da norma, de modo que haja pluralismo comunitário-participativo, pela ação da comunidade local na formação do direito, como apresentado por Santos (2011):

[...] Enquanto os estudos clássicos sobre o pluralismo jurídico puderam desfrutar de alguma facilidade analítica e de investigação, optando por uma estrutura conceptual que isolasse as ordens jurídicas do colonizador e do colonizado, os novos estudos sobre o pluralismo jurídico debruçam-se sobre uma teia de legalidades entrelaçadas (SANTOS, 2011, p. 115).

Com esse intuito surgiram exceções legais, como na Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) nº 369/06, ora revogada pelo atual código, que previa os casos excepcionais de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitavam a intervenção ou supressão de vegetação em APPs, tratada também pela Medida Provisória (MP) nº 759/2016, convertida na atual Lei nº 13.465/2017.

Assim, a dinâmica das leis se encontravam nas várias dimensões da sociedade, introjetadas no ordenamento jurídico pela percepção imediata e futura das necessidades socioambientais.

Nesse sentido, a Lei nº 11.977/09 dispôs sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), que prevê a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, abordando assuntos reflexos às matérias atinentes sobre APPs, tratadas em lei específica da

<sup>3</sup> Tradução livre de "*les espaces ayant vocation à être protégés "doivent être constitués par des zones dont le caractère naturel est menacé et rendu vulnérable, actuellement ou potentiellement, soit en raison de la pression urbaine ou du développement des activités économiques et de loisirs, soit en raison d'un intérêt particulier, eu égard à la qualité du site, ou aux caractéristiques des espèces animales ou végétales qui s'y trouvent"*

Reurb S-E. Posteriormente, a Lei Federal nº 12.651/2012 (Código Florestal), em seu artigo 64, no *caput*, trouxe a possibilidade de regularização das ocupações antrópicas em APPs urbanas.

Toda essa dinâmica de normas se converge em um ponto comum, a saber: conciliar a permanência dos moradores da comunidade local no meio socioambiental, de forma digna e sustentável, em bem estar e paz social, com participação cidadã, no Estado Democrático de Direito, símbolo do governo popular, desde a elaboração da CR/88 à elaboração de leis gerais e específicas sobre a temática, considerando a interação com as comunidades locais, absorvendo os seus anseios, para apontar e examinar a possibilidade de eliminação, de correção ou de administração de riscos na parcela socioambiental afetada e, assim, a atualização do ordenamento Jurídico.

## 2. O CASO ESPECÍFICO EM ANÁLISE: DÉFICIT URBANO EM SANTARÉM, DINÂMICA DA OCUPAÇÃO E A AÇÃO JUDICIAL

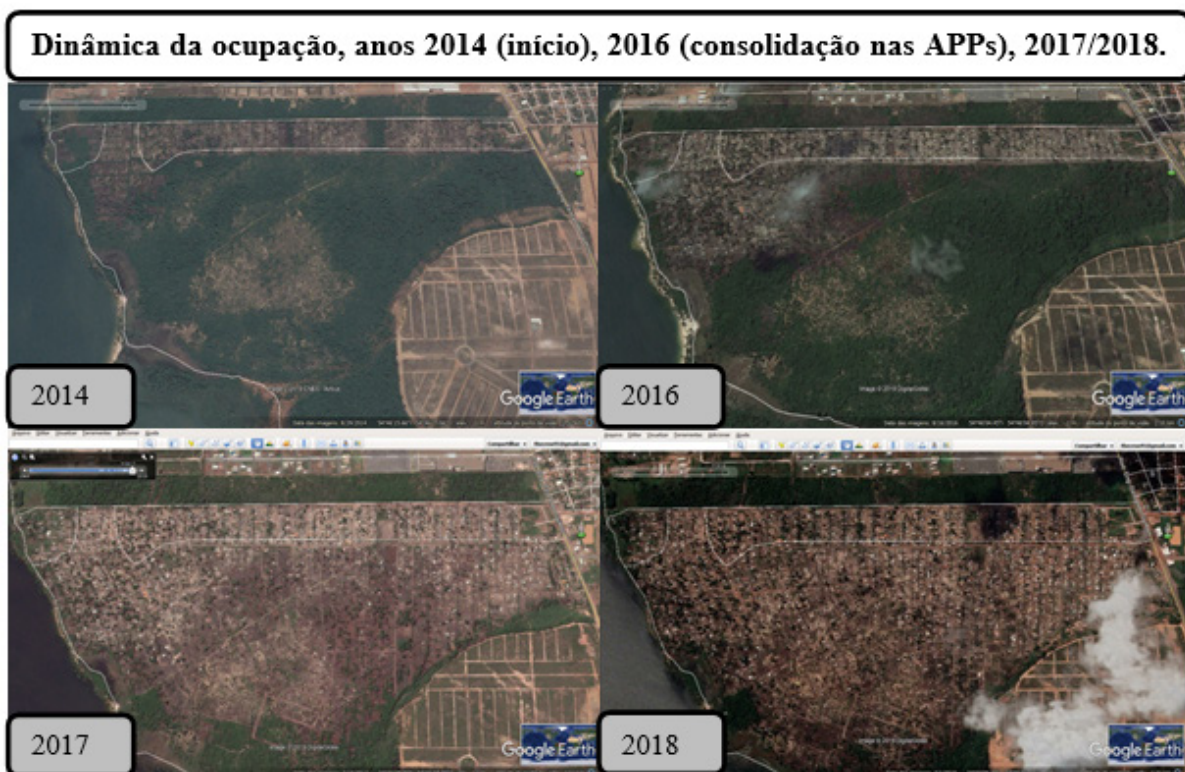
Segundo dados estatísticos da Fundação João Pinheiro (FJP), em 2015, como demonstrado por Souza e Viana (2018), o *déficit* habitacional estimado no Brasil era de 6,355 milhões de domicílios, dos quais 5,572 milhões, ou 87,7%, estão localizados nas áreas urbanas. O Pará, com *déficit* de 217.128 moradias, se encontra em segundo lugar, em relação às Unidades da Federação, com maior *déficit* habitacional relativo do país, com 15,3% (SOUZA; VIANA, 2018, p. 33).

Em Santarém, no ano de 2018, a população chegou a aproximadamente 302.667 pessoas, segundo dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) 2019 e o *déficit* de habitação chegou a mais de 35 (trinta e cinco) mil habitações, no mesmo ano, segundo dados apresentados por Lopes, da Coordenadoria Municipal de Habitação e Desenvolvimento Urbano (CHDU), em reunião na Câmara dos Vereadores, problema esse gerado pela expansão urbana em Santarém, ocorrida às margens do Rio Tapajós, nas APPs do caso em discussão, e naquelas onde se encontra o centro, desde a fundação da cidade (PARÁ, 2018, p. 3).

Sem ter opção de moradia, por programas oficiais do governo, em Agosto de 2014, famílias de baixa renda incorreram, na primeira fase de ocupação, do Bairro Vista Alegre do Juá (até à Quadra 11) e do Bairro Salvação do Juá, (a partir da Quadra 12), objetos da Ação de Reintegração de Posse, no processo sob o nº 0013104-51.2014.8.14.00-51, contra os ocupantes, com liminar concedida (BRASIL, 2014). Segue abaixo as imagens da densidade demográfica no presente caso, a seguir:



Figura 1 – Densidade demográfica - Foto satélite; dinâmica da ocupação 2014



Fonte: Google Earth /2019 (Adaptação do autor)

Pelos mapas, se compreende a gravidade e seriedade do presente caso, pois a remoção forçada, com violência, retirando mais de 20 mil pessoas das ocupações irregulares dos bairros 'Vista Alegre do Juá e Bairro Salvação do Juá', respectivamente, sem local apropriado, não levando em consideração a vulnerabilidade de grupos, como: crianças e idosos, mulheres grávidas e, em geral, pessoas de baixa renda, seria violação generalizada dos direitos humanos. Segue no mapa abaixo a área já consolidada, no ano de 2018:

Figura 2 – Ocupação irregular em 2017 – Fotos satélite; situação da área (2018)



Fonte: Google Earth /2019. APPs consolidadas

Portanto, o objetivo do presente estudo consiste em analisar as ações já impetradas (a primeira fase, em 2014, de mais de três mil famílias, não faz parte da ação nas APPs), com o intuito de conciliar a permanência da ocupação, e a preservação do meio ambiente, para sua regularização, já que a remoção de mais de 1.400 famílias (dados de 2018), no espaço das APPs do Juá e Tapajós, geraria traumas sociais terríveis.

Ademais, a Associação do Bairro Salvação do Juá, organizada desde o ano de 2010, não está sozinha, juntamente com ela, no polo passivo da ACP, na Ação de Reintegração de Posse, no processo sob o nº 0013104-51.2014.8.14.00-51, estão mais 3.000 famílias que fazem parte do bairro Vista Alegre do Juá (Associação fundada em 2010), juntamente com essas 1.400 famílias. (BRASIL, 2014).

Sobre a ação judicial nas APPs do Juá e Tapajós, o Município de Santarém ajuizou ACP, no processo de nº. 0003993.38.2017.8.14.0051, em 2017 (BRASIL, 2017b).

Em 2015, a ocupação chegou às APPs em questão. Teve prolação de sentença pelo Juízo *a quo*, Dr. Claytoney Passos Ferreira, da 6ª Vara Cível e Empresarial de Santarém, em 03/04/2017, concedendo tutela de urgência antecipada em caráter antecedente (art. 303 CPC/2015).

A presente ordem judicial determinava a remoção forçada de todos os moradores da ocupação irregular nas APPs, ao passo que a ação principal fora interposta em 07/06/2017, sendo proferido julgamento de mérito, em primeira instância, em 19/10/2018, para saída imediata, com fulcro no art. 487, inciso I, do CPC, caso contrário, incorreriam em pena de crime de desobediência.

O fundamento da decisão firmava-se na violação de área na qual não seria lícito ao homem explorá-la, conforme os artigos 3º e 4º da Lei nº 12.651/2012 (SANTARÉM, 2017).

No entanto, os moradores não foram retirados, por falta de efetivo policial. Pela resposta dada pelo comandante da Polícia Militar do Pará PM/PA, teria que vir reforço de Belém, Pará. (até a presente data, 2019, sem previsão de efetivo policial) (BRASIL, 2017b).

Foi interposto Agravo de Instrumento de nº 0408328-46.2018.8.14-0000, assinado pelo agravante em 04/06/2018. No mesmo mês, em Belém-PA, no TJ/PA, na data de 21 de junho de 2018, a Desembargadora Relatora Célia Regina de Lima Pinheiro, diante do risco de dano grave e a probabilidade do direito, nos termos do art. 565, §1º, do CPC/2015, determinou o deferimento do pedido de efeito suspensivo deduzido, devendo ser suspensos os efeitos da decisão recorrida.

Isto se deu porque o caso requeria designação de audiência de mediação, pela característica de litígios possessórios coletivos, que visam a retirada de cidadãos instalados no local há mais de ano e dia.

No entanto, na data de 19 de março de 2019 a Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro, nos termos do art. 932, III do CPC/2015, não conheceu do Agravo, por estar prejudicado, em face da perda superveniente do interesse recursal, pois a liminar foi confirmada, tendo em vista que foi proferido julgamento do mérito, em primeira instância, em 19/10/2018 (BRASIL 2018a).

A Desembargadora se manifestou sobre a incompetência da Justiça Estadual, em 08/11/2018, sob o argumento de que em outra ACP (Proc. nº. 1000398.97.2017.4.01.3902) ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF) em desfavor do Estado do Pará, do Município de Santarém e da empresa Sisa Salvação Empreendimentos Imobiliário Ltda-Me, proprietária da área invadida.

Cumpram-se destacar que o Dr. Juiz Federal Érico Rodrigo Freitas Pinheiro, mencionando as APPs do presente caso, declarou que a competência é da Justiça Federal a análise da ACP do Processo nº 0003993-38.2017.8.14.0051. Isto porque, estando às margens de rio federal, configuram-se como bens da União, devido o Rio Tapajós atravessar mais de um estado. A

apelação, na ação principal, está na iminência de ser julgada pelo TJ/PA na data de 09/06/2019 (BRASIL 2018a).

Assim, desde 2014, não houve nem a preservação do meio ambiente, com a concessão das liminares, nem tampouco a retirada dos moradores, ou assistência às comunidades locais que fazem parte das ocupações irregulares, enquanto a angústia, temor e o dano ambiental crescem desde então, por não se saber ao certo o que poderá ocorrer no futuro, se será ou não cumprida a reintegração de posse.

A mera apresentação de números, ou a execução das leis, pela força policial, não bastarão para solucionar a problemática ambiental, nem tampouco a remoção forçada dessas pessoas apaziguará os conflitos socioambientais.

Tais atitudes não trarão o respeito do cidadão pelo Estado, pois se a reintegração de posse ocorrer, não será respeitada a especificidade da dinâmica local, não será alcançado o desenvolvimento sustentável, nem a inclusão ou emancipação do cidadão pela sua tradição, seus valores ou suas crenças e sugestões, no meio ambiente ao qual está inserido, como apresentado por Castro (2019), nas seguintes palavras:

A mera apresentação de planos e estudos para essas pessoas não satisfaz o quadro de seleção de informações e consultas anteriores. Mesmo fornecendo abrangentes e compreensíveis informações e dados, isso pode não ser suficiente para atender às necessidades de uma visão teleológica do ambiente, o que significa que o desenvolvimento sustentável deve incluir outros fatores que as ciências econômicas e sociais racionais não incluem, como religião e tradição (CASTRO, 2019, p. 363).<sup>4</sup>

Na Bíblia Sagrada, na versão 'NIV *Study Bible*' (1992, p.986), em complemento a essa ideia, é apresentada a forma de solidariedade cristã, do amor a si mesmo, com reflexo para a família humana e, a partir daí, ao meio ambiente, pela garantia necessária à emancipação do indivíduo, para poder permanecer, quando se preocupa com o meio ao qual está inserido.

De maneira solidária e fraterna, os direitos de terceira geração podem ser implementados, como previsto no Evangelho de Mateus, no manual do cristianismo, podendo-se observar uma parte de onde se originou o pensamento constitucional de 1988, da crença de um povo, como um dos pilares que dão origem à consciência da sustentabilidade, a saber; a máxima cristã, que prescreve: "Honra teu pai e tua mãe: e ama seu próximo como a ti mesmo" (BÍBLIA, 1992, Mt. 19; 19. p. 986).<sup>5</sup>

Portanto, da consciência na ordem imperativa de Cristo, do amor pelo próximo, advém da consciência e medida do amor por si mesmo, logo, conhecer os seus direitos, deveres, limitações e necessidades, prepara o ser individual ao meio ambiente equilibrado, em coletividade. Com a consciência individual de seus direitos e obrigações, bem como das gerações presentes e futuras gerações, extrai-se daí, parte da inteligência do Constituinte, da consciência coletiva de um povo, como se afere na CR/88, demonstrado em seu preâmbulo, como se segue:

Nós, representantes do povo brasileiro [...] o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus [...] (BRASIL, 1988).

4 Tradução livre de: The mere presentation of plans and studies to these people does not satisfy the checkbox of prior information and consultation. Even providing comprehensive and understandable information and data, this might be not enough to meet the ultimate teleological view of the environment, meaning that sustainable development should include other factors that rational economic and social sciences do not include, such as religion and tradition.

5 Tradução livre de: Honor thy father and thy mother: and, Thou shalt love thy neighbor as thyself (BÍBLIA, 1992, Mt. 19; 19. p. 986)

Ali está incluído o meio ambiente, para aqueles que virão após eles, fazendo parte de suas preocupações, quando instituem o Estado Democrático de Direito, entendido como direitos e deveres coletivos, individuais e *Inter* geracionais, deixando um ambiente participativo, pelo seu legado.

Portanto, é muito importante notar que a expansão da consciência cidadã ocorre quando os valores, crenças e tradições não são anulados pela implementação de políticas públicas ou efetivação dos direitos difusos, para a legitimação da meta norma, do princípio do desenvolvimento sustentável constitucional.

Compreende-se assim que se faz necessário a busca por alternativas que visem compatibilizar o direito social à moradia, a função social da propriedade, a livre iniciativa e a proteção ao meio ambiente, mediante formas eficientes e seguras na ocupação e uso do solo respeitando os valores, crenças e tradições da comunidade local.

Nesse sentido, em 25 de abril de 2019, foi firmado acordo judicial, por meio de TAC, na 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santarém/PA, pelo Juiz Federal Érico Rodrigo Freitas Pinheiro, nos autos da Ação Civil Pública nº. 1000398-97.2017.4.01.3902, em tramitação na Segunda Vara Federal, entre o Ministério Público Federal, Ministério Público do Pará, a Empresa Sisa Salvação Empreendimentos Imobiliários Ltda, o Município de Santarém, bem como pela Secretária de Meio Ambiente (BRASIL, 2019, p. 2).

Os autos tratam sobre danos e impactos ambientais causados, pela referida empresa, no que tange ao seu empreendimento “Residencial Cidade Jardim”, ao Lago do Juá, à sua Área de Preservação Ambiental (APA) e APP. Nele é prescrito compromisso de apresentar Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD), ao órgão ambiental municipal Secretaria Municipal do Meio Ambiente (SEMMA), no prazo máximo de 120 dias, com medidas para mitigação do dano, adequação do empreendimento, como a recomposição da mata ciliar da APP do Lago do Juá, bem como estudo complementar dos Impactos Ambientais (EIA) do empreendimento (BRASIL, 2019, p. 2).

Para a empresa Sisa Buriti, foi possível firmar o TAC, mesmo em detrimento de todos os ocupantes das APPs, pois o acordo firmado entre os órgãos supramencionados e a referida empresa ocorreu sem a participação dos ocupantes e seus procuradores, beneficiando a empresa, sem dar direito à participação dos moradores, como ocorreu no acordo para retirá-los compulsoriamente, caso venham a serem cumpridas as reintegrações de posse sobre as no processo de nº. 00039933820178140051 (reintegração de posse da APP do Lago do Juá) e nº. 00042021220148140051. Segue pontos do acordo:

[...] a empresa doará, ao Município de Santarém, imediatamente, uma área de 200 metros de frente por aproximadamente 2.500 metros de fundo (até a margem do Rio Tapajós), que integra a área de ocupação “Bela Vista do Juá”, a fim de que nela sejam acomodados os ocupantes que tenham perfil socioeconômico para serem beneficiários de futuro programa de habitação social. [...] a empresa doará ao Estado do Pará, imediatamente, uma área de 18,4138 hectares, às margens do Lago do Juá, a fim de que nela seja edificado futuramente o Centro de Convenções de Santarém. Cláusula Sexta – A empresa doará, ao Município de Santarém, assim que solicitado por este, a área correspondente à Área de Proteção Ambiental do Lago do Juá, no equivalente a 126,3465 há [...] (BRASIL, 2019, p. 2).

Ocorre que a área disponibilizada já está cheia de moradores que fazem parte da ocupação irregular, ademais, o terreno doado pela empresa acolherá somente parte (700 famílias aproximadamente de mais de cinco mil famílias), do Bairro Vista Alegre do Juá, do Bairro Salvação do Juá, respectivamente, e retirará todos os ocupantes restantes bem como todas as 1400 famílias das APPs do Juá e Tapajós.

Com o objetivo de testar a possibilidade de permanência da ocupação antrópica, em ambas as APPs, no próximo tópico, será apresentada a legislação que trata sobre a temática, para conciliar ambos os interesses, apresentando o TAC, previsto na Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º, § 6º, na LACP, como instrumento para efetivação da Reurb-S, para o caso específico, sob o paradigma da dimensão jurídico-política da sustentabilidade, na obra de Freitas (2016), bem como Gomes e Ferreira (2017), na possibilidade do direito de permanecer.

### 3. APLICAÇÃO DA REURB-S PELO TAC NAS APPS DO JUÁ DO TAPAJÓS

A regularização das ocupações em APPs visa, sobretudo, atender a função social da propriedade, o uso racional do solo, bem como dos recursos naturais disponíveis, enquanto prima-se pela preservação do meio ambiente, e todo o seu equilíbrio, quando se busca a efetivação dos princípios previstos na CR/88, em seus artigos 182, 186, incisos I e II e no artigo 225, § 1º, incisos I e III, coluna e baluarte do Direito Ambiental, conjugados com os direitos elencados no art. 5º XXIII, art. 6º, do direito universal à moradia e das funções sociais da propriedade, trazendo, assim, firme guarida para essas famílias.

Em toda essa dinâmica de leis, direciona-se à finalidade maior, em busca da permanência pela inteligência de uma metanorma, que rege e aponta a direção para todas as outras finalidades, das normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como do Direito Internacional, o de conjugar o paradigma multidimensional da sustentabilidade.

Assim, destaca-se no âmbito jurídico-político a obra de Gomes e Ferreira (2017), em interdependência com a comunidade local, como se segue: “uma determinação principiológica vinculante que visa ao aperfeiçoamento da tutela efetiva dos direitos fundamentais para que possam se materializar em bem-estar para as gerações presentes e futuras gerações, num prisma de proteção da vida em suas diferentes formas” (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 96).

Mas afinal, o que é sustentabilidade? Para Freitas (2016) o conceito de sustentabilidade tem relação direta com a forma de se alcançar o bem estar. Mas não seria a busca pelo permanecer, expressão sinônima da ideia de sustentabilidade e, que esse direito fosse garantido a todos, na forma inclusiva, por serem os recursos finitos, em um espaço e tempo determinados?

Assim, a busca pelo permanecer sob o paradigma da sustentabilidade não pode ser egoísta, devendo ser equânime e, garantido a todos, o direito de buscar permanecer, como exposto por Freitas (2016), no conceito de sustentabilidade, como se segue:

Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (FREITAS, 2016, p. 43).

Nesse sentido Gomes e Ferreira (2017), relacionam a sustentabilidade ao equilíbrio ambiental, denotando o direito de todos usufruírem o bem estar ali intrínseco, incluindo o direito a moradia digna em âmbito global, mas também específico, como se segue:

A sustentabilidade denota uma preocupação internacional em promover o pleno desenvolvimento sustentável dos povos e das comunidades de modo a preservar o meio ambiente equilibrado para as gerações presentes e futuras gerações [...] é multidimensional, pois agrupa as dimensões social, ambiental, econômica, ética e jurídico-política, torna-se indispensável complementar cada uma de suas dimensões e suas próprias especificidades (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 94).

Portanto, não se pode falar em sustentabilidade sem o acesso, pelas populações mais pobres, à moradia digna em um ambiente equilibrado, pelo espaço inclusivo de políticas públicas, levando em consideração o direito de cada cidadão de buscar permanecer no ambiente, de maneira digna e, pela situação em que se encontram, mesmo que seja no restante do que sobrou, na falta de oportunidades.

Assim, para abordar a situação das ocupações irregulares, na periferia de Santarém, será necessário apresentar um olhar inclusivo, por leis que versem pela busca do permanecer, de forma razoável e sustentável, em conclusão, dar a eles o direito de permanecer com formas que proporcionem sua regularização, para adequação ambiental nas APPs do Juá e Tapajós.

Com esse intuito, a Lei nº 13.465/2017 que dispõe sobre a regularização fundiária urbana, (Reurb- S e E), remetendo expressamente aos dispositivos 3º, 4º, 64 e 65 do Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012), que tratam dos limites das APPs e ocupações irregulares em APPs, em zonas urbanas, conjuga o dever de recuperação de APPs, com o direito de permanecer pela busca na aplicação da sustentabilidade.

Com esse objetivo, a atualização da matéria se faz necessária pelo paradigma da sustentabilidade, em Freitas (2016), já que busca o respeito pela dinâmica social urbana, sob os aspectos diversos em ambas as suas dimensões, para alcançar o direito à moradia digna, tendo como protagonista a comunidade local para construir soluções de forma participativa, como apresentado por Gomes e Ferreira (2017). Neste sentido:

A dimensão social da sustentabilidade enfatiza uma necessária e indispensável preocupação com o ser humano e sua qualidade de bem-estar, pois existe uma íntima relação entre a qualidade de vida do ser humano e a qualidade do meio ambiente, uma vez que são conceitos indissociáveis (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 95).

Assim, o ânimo e consciência, para proteção ambiental, estarão na consciência de ter o direito de permanecer efetivado, abrangendo de forma inegociável, quando não vedado pela lei, o direito à moradia digna, pelo próprio direito intrínseco a todo o cidadão, de maneira individual e para os seus filhos.

Pensando a partir desse ponto, no planejamento em longo prazo para seus netos, abrange-se a consciência de solidariedade, fraternidade e meio ambiente, na forma da terceira geração dos direitos humanos e fundamentais, para se conscientizar a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras gerações, nos termos do artigo 225 e incisos, da CR/88.

Como exposto por Gomes e Ferreira, esse direito engloba tanto os aspectos ambientais, como econômicos, sociais, ambientais e éticos, bem como jurídico-políticos, atendendo, desta forma, todas as dimensões do desenvolvimento sustentável e da sustentabilidade. Assim, visando delimitar os aspectos temporais, físicos e legais do presente caso, far-se-á, no próximo tópico, análise pormenorizada das balizas legais, em questão.

### **3.1 Balizas Temporais e Limites Físicos para Aplicação da Reurb-S em Áreas de Preservação Permanente**

A Lei Federal nº 12.651/2012, ao introduzir os arts. 64 e 65 no Código Florestal permitiu a regularização de ocupações em APPs urbanas, porém, não deixou claro um limite temporal para estabelecer o objeto de regularização, portanto, far-se-á necessário identificar o limite temporal sobre a temática.

A MP nº 759/2016, revogou o art. 54, § 1º, da Lei Federal nº 11.977/2.009 e em seu art. 9º, § 2º, estabeleceu que os núcleos urbanos informais, comprovadamente existentes na forma desta Lei, poderiam ser regularizados, até 22 de dezembro de 2016. Esse marco temporal foi incorporado pela Lei Federal nº 13.465/2017, para não incorrer em divagações, pela indefinição da Lei nº 12.651/2012, ou por um marco temporal indeterminado no futuro.

Assim, o art. 1º no § 1º, do Decreto nº 9.310/2018, apresenta os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, de forma a buscar a ocupação do solo de maneira eficiente, visando combinar o seu uso de forma funcional.

O §2º, do mesmo artigo, adverte que só poderá ser aplicado o Reurb Social para os núcleos urbanos informais, comprovadamente existentes em 22 de dezembro de 2016, fixando o marco temporal para regularização das ocupações irregulares, consolidadas ou não em APPs.

Embora no art. 8º, § 4º, da Lei Federal nº 12.651/2012 haja vedação expressa de supressão de vegetação em APPs, tal dispositivo admite a intervenção, nos casos de interesse social permitidos em lei e de projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda.

No art. 92, do presente Decreto, admite-se que ele possa ser aplicado até 11 de julho de 2017, para os processos administrativos de regularização fundiária, iniciados pelos entes públicos competentes, até a data de publicação da Lei nº 13.465, de 2017 (BRASIL, 2018b).

A Lei Federal nº 6.766/1979 que dispõem sobre o uso e parcelamento do solo urbano limitou as construções em áreas de APPs no limite de 15 metros de cada lado, no decorrer de águas correntes, assim definido no art. 4, III, sem edificações (BRASIL, 2018c, p. 18).

No art. 4º, do atual Código, têm-se as dimensões das APPs, dos rios e lagos, em áreas urbanas, que foram estabelecidos de forma geral, como se segue:

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: [...] e) **500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;** [...] II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de: [...] b) **30 (trinta) metros, em zonas urbanas;** grifo nosso (BRASIL, 2012).

Dobler e Assunção (2018, p. 167) acrescentam que, com a Lei nº 12.651/2012, foram alterados os parâmetros de medição dessas áreas, deixando de mensurar as APPs a partir do nível mais alto das águas, no período da cheia, como era previsto no antigo decreto, mensurando a partir da borda da calha do leito regular, ou seja, um nível médio, reduzindo toda a área que era proporcionada pela vazão e inundação em épocas de cheias.

Avançando na doutrina, de maneira geral, no conceito de APP de forma mais abrangente, não se pode deixar de considerar o intuito de proporcionar, além da proteção ambiental, o bem estar das populações locais.

Tal posicionamento proporciona o acesso às características inerentes ao desenvolvimento sustentável, percepção basilar para a análise do caso concreto, bem como dos parâmetros que serão fundamentais para fixar as balizas no limite de 500 metros das APPs, trazido pela norma abstrata e geral, às margens dos rios, em zona urbana, devendo serem aplicados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, na definição de sua amplitude.

As APPs em questão estão às margens do Lago do Juá (área de 4.454 mt<sup>2</sup>, em zona urbana, aplicando-se o limite de 30 metros de APP) e do Rio Tapajós (mais de 600 metros de largura, aplicando-se o limite de 500 metros de APP, pela lei geral). O Rio Tapajós origina-se em Mato Grosso, adentrando o estado do Pará, até desaguar no Rio Amazonas, em frente à cidade de Santarém.

Diante desta situação, se aplicado o limite de 500 metros, estabelecido pela norma abstrata e geral, às margens do Rio Tapajós, sem considerar as exceções no tempo e espaço, haveria o descolamento de inúmeros moradores do centro da cidade, destruição de portos, cilos, armazéns, cais, construções diversas, avenidas e ruas, com prejuízos milionários para a cidade como um todo, sendo, portanto, impraticável, carecendo de regulamentos próprios e abertura de exceção para o caso específico, como se percebe na imagem abaixo:

Figura 3



Fonte G1. Karla Lima. 2018. (Foto: Ádrio Denner/ AD Produções)

Como se afere no presente caso, o limite do Decreto nº 9.310/2018, no art. 4º, § 7º, é opção mais razoável e proporcional, pois desconsidera o limite de 500 metros para atender a dinâmica urbana, como segue: “Para fins da regularização ambiental prevista no § 6º, ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água, será mantida faixa não edificável com largura mínima de 15 (quinze) metros de cada lado” (BRASIL, 2018b).

Da mesma, forma a Lei nº 12.651/2012, em seu artigo 65, inciso X, § 2º como se segue: “§ 2º Para fins da regularização ambiental prevista no *caput*, ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água, será mantida faixa não edificável com largura mínima de 15 (quinze) metros de cada lado” (BRASIL, 2012).

### 3.2 Aspectos Legais para aplicação da Reurb-S em APPs

A Lei nº 12.651/2012, em seu artigo 64, trouxe a possibilidade de regularização das ocupações urbanas em APPs, por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, exigindo, no § 1º, do mesmo artigo, estudo técnico que demonstrasse a melhoria das condições ambientais, em relação à situação anterior e, no § 2º, os elementos que deveriam constar no presente estudo.

Também na mesma Lei, o art. 3º, inciso IX, alínea d, também trouxe a previsão do instituto da regularização fundiária urbana (Reurb S-E), em APPs, considerando como interesse social os assentamentos humanos ocupados predominantemente por população de baixa renda em áreas urbanas (BRASIL, 2012).

A partir da Lei nº 12.651/2012 (atual Código Florestal), não mais se exigiu a comprovação de inexistência de alternativa locacional, para manter a caracterização do regime de proteção



legal dessas áreas. No mesmo Código, em seu artigo 3º, definiu-se o conceito de APP, levando em consideração o bem estar das populações humanas, pela proteção socioambiental, como se segue:

[...] área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas [...] (BRASIL, 2012).

Em complemento à compreensão da inteligência do artigo 64, estão os objetivos da Reurb-S, nomeados no art. 2º, do Decreto nº 9.310/2018, dentre eles se destaca o objetivo de: “III - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais”. (BRASIL, 2018b). Logo, a compreensão é no sentido de permitir e dar condições da comunidade local permanecer nas APPs, desde que atendam os requisitos legais para melhoria nas condições ambientais.

Ademais, pelas características específicas das APPs em zonas urbanas, em questão, demanda a aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, em consonância com o princípio da dignidade humana e do desenvolvimento sustentável, para essas aglomerações urbanas em APPs.

Tal entendimento visa estabelecer o limite inferior aos 500 metros estabelecido pela regra geral às APPs rurais. Isto porque Santarém foi construída às margens do Rio Tapajós, sem o acompanhamento de políticas públicas que atendessem a expansão urbana pelo Município, Estado e União, se tornando impraticável a remoção forçada de todos das APPs do centro da cidade, mas seria razoável retirar aproximadamente 1.400 famílias das ocupações irregulares consolidadas nas APPs do Juá e Tapajós, desde 2016?

Nesse sentido, dentre os objetivos do Reurb-S, nomeados no art. 2º, do Decreto nº 9.310/2018 estão: “III - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais e V - estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade”(BRASIL, 2018b).

A Lei Municipal nº 18.051/06, em seu art. 119 e 120, §1º, estabelece o Plano Diretor de Santarém e prevê a regularização de assentamentos espontâneos bem como a possibilidade de participação popular na tomada de decisões e no Parágrafo Único do art. 120, que a urbanização deverá em todas as suas etapas ser desenvolvida com a participação direta dos moradores e de suas diferentes formas de organização quando houver (SANTARÉM, 2006, p. 39).

Portanto, a falta de efetivação e eficiência no modelo adotado das tutelas de urgência, que ficaram aquém da proteção ambiental e da participação da comunidade local, exige formas que acompanhem o nascimento dos sonhos de cada cidadão, quando se luta pelo direito à moradia digna, mesmo que seja às margens do que sobrou pela falta de oportunidade.

No entanto, na realidade presente, teme-se pela destruição do seu esforço, do que já está feito, sobressaindo-se o dever de administrar os direitos e deveres dos cidadãos, pela direção educativa e participativa dos entes governamentais, como proposta de resolução, pelo TAC, sobre preservação do meio ambiente, com apoio técnico, estrutura e planejamento.

Sob esse parâmetro, com vistas a atender o que é necessário para a efetividade do direito prometido no texto constitucional, conseqüentemente, acolher os seus deveres em contrapartida e se adequar às exigências de proteção desse direito, não somente das gerações futuras, mas também na luta pelo direito do cidadão presente e de sua família, atendendo a solidariedade humana intergeracional.

Sob essa perspectiva, no próximo tópico, será abordado o TAC, como proposta para a efetivação do Reurb Social nas ocupações irregulares dentro das APPs.

#### **4. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DA REURB-S, NAS AREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE DO JUÁ E TAPAJÓS**

O presente trabalho propõe a construção da resolução da problemática ambiental pelos entes governamentais e a sociedade, por meio do TAC, nos termos do parágrafo 6º do artigo 5º da LACP, por intermédio do Ministério Público. O TAC consiste em dar a oportunidade para o responsável pelo dano ambiental assumir o compromisso de evitar ou remover o ilícito, e/ou de reparar o dano, como nos expõem Rodrigues e Klippel (2009):

O Termo de Ajustamento de Conduta é um dos métodos pelos quais se exerce a composição do litígio no Estado Contemporâneo, que deve prestar atenção aos novos direitos, que não se tutelam satisfatoriamente por meio do tradicional método do ressarcimento pecuniário e necessitam de técnicas alternativas de composição, expandindo, pois, o acesso à ordem jurídica justa (RODRIGUES; KLIPPEL, 2009, p. 218).

Assim, no caso em questão, o TAC se torna instrumento para a efetivação do Reurb-S na medida em que obriga formalmente a comunidade local a se ajustar às disposições normativas incidentes naquilo que as leis supramencionadas permitem, não abrindo mão da reparação do direito difuso indisponível, mas, pelo contrário, tornando possível a sua proteção e/ou reparação de forma efetiva.

A atuação coparticipativa da comunidade torna o negócio jurídico válido, de maneira efetiva, pois a atuação acontece de imediato, com exigência certa líquida e exigível, imediatamente após a formalização do acordo, com tempo determinado, tendo eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 5º da LACP, § 6º, demonstrado a seguir: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (BRASIL, 1985).

Portanto, apresenta-se projeto ambiental e formas de melhoria das condições ambientais na área a ser regularizada, sendo explicitado no Decreto nº 9.310/18, os seus requisitos, como:

[...] Condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos, a não ocupação das áreas de risco e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso; VI - comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e VII - demonstração de garantia de acesso livre e gratuito pela população às praias e aos corpos d'água, quando couber (BRASIL, 2018b).

Como requisitos específicos, pode-se requerer a substituição imediata de todas as fossas negras por fossas sépticas, barreiras de contenção da enxurrada, recuperação das áreas degradadas no entorno do Lago do Juá e do Tapajós, no limite de 70 metros, como já foi apresentada proposta pela Presidente da Associação do Bairro Salvação do Juá.

Destaca-se, também, educação ambiental de forma efetiva com a obrigatoriedade de cumprir, por cada morador, horas aula ou palestras, estipuladas pelo órgão competente, coleta de lixo de imediato com destinação mais apropriada, definida pelos órgãos competentes dentre outras sugeridas em coparticipação.

Não consta na regularização vigente o requisito de ter que comprovar a falta de alternativa locacional, nem a consolidação da ocupação, mas exige-se a comprovação do assentamento ter ocorrido antes de 22 de dezembro de 2016, previsto no art.9, §2º, da Lei nº 13.465/2017 (BRASIL, 2017a).

Isto, levando em consideração as dimensões dos aglomerados urbanos, o entorno dos rios, córregos e lagos, com largura de no mínimo 30 metros, em espaços urbanos, tratadas as características das APPs, do Juá e Tapajós e da análise das ações em curso, tornando-se essencial a possível aplicação das leis ora mencionadas e suas especificidades, na análise do caso concreto, para possível viabilidade de sua regularização pelo TAC.

Porém ressalta-se, como exortado por, Gomes e Rossi (2016, p. 260), que há de se ter cautela na aplicação do TAC, pois se trata de instrumento embasado por critérios e instrumentos técnico-científicos de garantia mínima, sendo necessário, para que ocorra sua homologação judicial, melhorias efetivas nos aspectos socioambientais que, por sua vez, sirvam de forro e manto que firmem e cubram a coisa julgada, pois, em regra, não mais será possível discutir as obrigações ali tratadas depois de homologadas judicialmente.

Nesse sentido também orienta Ferreira e Gomes (2019, p. 73), ressaltando o princípio da indisponibilidade, limitando o Ministério Público (MP) a utilizar-se do TAC como instrumento para a efetivação do direito à moradia, sem dispor do bem ambiental, não podendo renunciar ou diminuir a proteção dos direitos difusos, apenas adequar o cumprimento para sua recuperação, por prazos determinados e formas especificadas.

Portanto, seguindo a orientação legal e doutrinária, adequando o cumprimento às condições legais e havendo melhorias nas condições socioambientais, haverá a possibilidade da permanência da ocupação irregular nas APPs do Juá e Tapajós, garantindo a proteção suficiente do meio ambiente e provendo o direito à moradia digna, efetuando os direitos sociais inerentes ao Estado Democrático de Direito, em um ambiente comunitário-participativo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, como foi apresentada na proposta inicial, a hipótese para o presente artigo sobre a possibilidade regularização das ocupações antrópicas nas APPs do Juá e Tapajós, analisou-se mais profundamente as Leis nº 12.651/12, nº 13.465/17 e o Decreto nº 9.310/2018, dos marcos temporal, físico e legal, bem como a análise do caso concreto, no Processo nº 0003993-38.2017.8.140051, com Tutela Provisória em Caráter Antecedente, e a Ação de Reintegração de Posse, no processo sob o nº 0013104-51.2014.8.14.00-51.

Para a consecução dos resultados, fez-se abordagem teórico-jurídica assentada em método hipotético-dedutivo com técnicas de pesquisa bibliográfica, com a análise da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre Reurb-E-S, tendo como referencial teórico, a obra de Gomes e Ferreira (2017), sobre as dimensões Jurídico-Políticas da Sustentabilidade, bem como análise do Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018, tendo em vista os direitos elencados no art. 6º e 225 da CR/1988, requerendo a aplicação do TAC, no caso em comento.

Para tanto, no primeiro capítulo apresentou-se breve histórico na formação do conceito de APP, a evolução de sua proteção e os diplomas legais e atuais sobre a temática.

No segundo tópico apresentou-se o estudo de caso das APPs no Lago do Juá e Rio Tapajós, corroborados de estatísticas, com dados oficiais sobre a realidade local, o panorama de sua judicialização e mapas para melhor visualização.

No terceiro tópico empenhou-se em analisar a amplitude do direito à moradia e do desenvolvimento sustentável e os seus pormenores, sobre a Reurb-S, abrangendo, no quarto

tópico, o Termo de Ajustamento de Conduta, como instrumento eficaz para sua aplicação, com intuito de alcançar a satisfação das dimensões do Desenvolvimento Sustentável, em ambas as suas facetas, desenvolvendo propostas para preencher os requisitos impostos, seja de medidas compensatórias, reparatórias ou para proteção, com fins ao nível de impacto ambiental desejável, em busca da conciliação ente o Direito à Moradia e o Desenvolvimento Sustentável.

Constatou-se que as legislações supramencionadas trouxeram novos requisitos e hipóteses de supressão de vegetação em área de preservação permanente, de forma excepcional, como previsto no art. 8º e 64, § 1º, do atual código, a saber; nos casos de utilidade pública, interesse social (Reurb-S) e baixo impacto ambiental.

Também se constatou que a ocupação ocorrida de forma irregular nas APPs do Juá e Tapajós, se consolidou em 2016, conforme imagens de satélites e características da estrutura interna de ambas as APPs, em área urbana.

Constatou-se que no local há sistema viário (ruas e avenidas), organizado em quadras e lotes, predominantemente edificados (casas, comércio, indústrias), equipamentos de infraestrutura urbana, implantados, como: distribuição de energia elétrica, limpeza urbana coleta e manejo de resíduos sólidos, nos termos da Lei nº 13.465/2017, art.16, C, II, §2º, podendo ser considerada como núcleo informal urbano consolidado, segundo o artigo 3º, do Decreto nº 9.310/2.018.

A atual situação da ocupação se encontra em estado de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município ou pelo Distrito Federal.

Pôde-se concluir que, as leis supracitadas, exigem como requisito para a regularização, aprovação de projeto ambiental e formas de melhoria das condições ambientais na área a ser regularizada.

Se for cumpridos requisitos que garantam melhorias dessas condições socioambientais apresentando formas específicas de mitigação do dano e recuperação do ambiente, de forma que seja possível a preservação do meio ambiente é possível sua regularização e permanência nas APPs.

Isso decorre de não constar restrições na legislação vigente, nem entraves que não possam ser solucionados com a participação da comunidade, se tornando essencial a aplicação das leis ora mencionadas, suas especificidades, na análise do caso concreto, para possível viabilidade de sua regularização pelo TAC.

Concluiu-se que se deve considerar o ensino da morada mãe ao homo/sapiens/cordato, sobre o direito à educação ambiental, tendo como substrato a amálgama da informação, dos diferentes pontos de vista, na percepção da realidade, provados pela razão.

Essa consciência do ser e do dever ser, do poder e do poder ser, ambos iluminados pela razão, que insculpe nas mentes incautas, a responsabilidade de se afastar da ignorância, de construir oportunidades e valores, do permanecer ou não, com um bom planejamento elaborado de antemão.

O direito à moradia se consubstancia pela oportunidade de permanência e continuidade. Tendo como escopo o direito à moradia como suporte à empregabilidade, oriunda do fruto da habilitação e capacitação do cidadão, com fins à pluri aptidão, inclusão e emancipação, pelo diálogo e alternativa. Não pela voz dos que clamam às portas, querendo arrancar as raízes humanas da terra, que criam o vínculo de mãe e filho na motivação para o conhecimento e proteção.

Não da derrubada do esforço do trabalho, nas margens do que sobrou, fora dos direitos da pátria amada, separados pela força do braço forte, longe do ensino, do diálogo e inclusão, expressões da mãe gentil, na solução de conflitos urbanos.

Com esse intuito o presente artigo teve como proposta apresentar alternativas à brutalidade nas reintegrações de posse e remoções forçadas que geram tantos traumas sociais e celemas humanas.

Nesse sentido apresentou-se o TAC como medida que respondesse efetivamente à morosidade de um ordenamento jurídico estático e das tutelas de urgência, alheias ao clamor local, que não atendem a problemática socioambiental.

Sob essa proposta buscou-se apontar alternativas que aproximassem os entes governamentais à comunidade, em todos os seus anseios, para elaboração de políticas públicas e soluções pacíficas, que viessem garantir o direito à moradia em um ambiente ecologicamente equilibrado, denotando a necessidade da elaboração de leis atuais com a participação popular, em consonância com as exigências constitucionais.

A Lei do Reurb Social é alternativa que consubstancia razoavelmente a relação entre o homo/sapiens/cordato e a morada natureza, pelo TAC, na efetivação da Reurb Social.

‘Se faz necessária a efetivação do princípio da sustentabilidade e proporcionalidade para aqueles que estão fora do diálogo, dos direitos da pátria amada, separados pelo braço forte do Estado na execução das tutelas de urgência, que são alheias ao clamor local.

Tem-se com o presente artigo, um velado convite para a percepção da mãe natureza, em querer permanecer e deixar que seus filhos permaneçam, com afagos recíprocos, na realidade tão amórfica desses ocupantes, diferente da busca pela felicidade, corolário do cidadão máximo, garantida pela constituição, empoderada por vestimentas legais da justiça socioambiental, para permanecer em sua terra/casa, mas neste caso, morada instável, perturbada e aguerrida.

## REFERÊNCIAS

BÍBLIA SAGRADA. N.T. ed. São Paulo: **A Nova Versão Internacional da Bíblia de Estudo. (The NIV Study Bible)**, 1992.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Agravo de Instrumento de Processo nº 0408328-46.2018.8.14-0000, 04/06/2018**. Poder Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. 2018a. Belém- 2º Grau. Pje-Processo Judicial Eletrônico 1ª Turma de Direito Público Órgão julgador: Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Apelação de Ação de Reintegração Posse. Processo nº 0013104-51.2014.8.14.0051**. Poder Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. 2014. Belém- 2º Grau. Pje -Processo Judicial Eletrônico. Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro. 27/08/2018..

BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. **Decisão Interlocutória. 2017. nº 032163481. Processo nº 0003993-38.2017.8.14.0051. Liminar; 03/04/2017b**. Poder Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Santarém. Secretaria da 6ª vara cível e empresarial de Santarém.

BRASIL. Poder Judiciário. **Acordo Judicial Num. 49442946 - Pág. 2 Ação Civil Pública nº. 1000398-97.2017.4.01.3902.** Subseção Judiciária de Santarém-PA 2ª Vara Federal Cível e Criminal da SSJ de Santarém-PA 2.019. Acordo Judicial, 2019. Disponível em [http://www.mpf.mp.br/pa/saladeimprensa/documentos/2019/termo\\_acordo\\_judicial\\_1000398-97-2017-4-013902\\_49442946\\_lago\\_jua\\_santarem-pa\\_abril\\_2019.pdf](http://www.mpf.mp.br/pa/saladeimprensa/documentos/2019/termo_acordo_judicial_1000398-97-2017-4-013902_49442946_lago_jua_santarem-pa_abril_2019.pdf). > Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018b. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 mar. 2018a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9310.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9310.htm). Acesso em: 16 jun. 2019.

BRASIL. Regularização Fundiária Urbana em Áreas de Preservação Permanente. **Ministério Público Federal**. Série Manuais de Atuação nº 6. Brasília. 2018c.

Brasil. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Instituiu O Antigo Código Florestal. Revogada pela Lei nº 12.651, de 2012. On-Line. Brasília, 15 de setembro de 1965; 144º da Independência e 77º da República. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 set. 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771.htm). Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Causados ao Meio Ambiente, ao Consumidor, a Bens e Direitos de Valor Artístico, Estético, Histórico, Turístico e Paisagístico (Vetado) e dá Outras Providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 maio 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm). Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017a. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 set. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm). Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Regularização Fundiária Urbana em Áreas de Preservação Permanente. **Ministério Público Federal**, Brasília, nº 6, 2018c. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/publicacoes/roteiros-da-4accr/05\\_18\\_Manual\\_de\\_Atuario\\_APP\\_ONLINE.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/publicacoes/roteiros-da-4accr/05_18_Manual_de_Atuario_APP_ONLINE.pdf). Acesso em: 08 jun. 2019. CASTRO, Douglas de. the resurgence of old forms in the exploitation of natural resources: the colonial ontology of the prior consultation principle. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 16, nº 34, p. 343-365, maio 2019. Disponível em: doi:<http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v16i34.1387>. Acesso em: 10 jun. 2019.

COLLECTIF, “ Outils juridiques pour la protection des espaces naturels “, Crozet S., ministère de l’Écologie et du développement durable, GIP Atelier technique des espaces naturels, délégation à l’Aménagement du territoire et à l’action régionale, ministère des Transports, de l’équipement, du tourisme et de la mer, Office national des forêts, Conservatoire de l’espace littoral et des rivages lacustres, ministère de l’Agriculture et de la pêche, éd. Medd-Aten, 2010, Cahiers techniques nº 78. ISBN : 2-912801-70-2.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 179, de 26 de Julho de 2017. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. **Diário Eletrônico do CNMP**, Brasília, 26 jul. 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf> Acesso em: 10 jun. 2019.

CRIVELLARI, Júlio César Teixeira. **Novo código florestal**: suas implicações no contexto da sustentabilidade socioeconômica ambiental. Belo Horizonte: D’ Plácido, 2016.

DOBLER, Gustavo; ASSUNÇÃO, Aldo Fernando. O Regime Jurídico das Áreas de Preservação Permanente no Código Florestal (Lei 12.651/2012), á luz do princípio da proibição do retrocesso: estudo a partir da Lei 4.771/65, e da Constituição Federal. 2018, p. 159-184. *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 89 ano 23 São Paulo: Ed. RT, Jan-Mar. 2018

FERREIRA, Leandro José. GOMES, Magno Federicci. F368p. **A Participação Popular na Proteção do Meio Ambiente Pela Via do Processo Justo**. – Belo Horizonte, 2019. 234 f. Dissertação (Mestrado) – Escola Superior Dom Helder Câmara. Orientador: Prof. Dr. Magno Federicci Gomes Referências: f. 219– 2341. CDU 349.6:502.7(043.3). Disponível em: [http://domhelder.edu.br/posgraduacao/editor/assets/arquivos\\_dissertacoesdefendidas/a53cbf6bcbd4d2b7a58505e749e26ac5.pdf](http://domhelder.edu.br/posgraduacao/editor/assets/arquivos_dissertacoesdefendidas/a53cbf6bcbd4d2b7a58505e749e26ac5.pdf) >. Acesso em: 14 jun. 2019.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GOMES, Magno Federicci; FERREIRA, Leandro José. A Dimensão Jurídico-Política da Sustentabilidade e o Direito Fundamental à Razoável Duração do Procedimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, nº 52, p. 93-111, maio/set. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. Acesso em: 09 jun. 2019.

GOMES, Magno Federicci; ROSSI, Camila. O Termo de Ajustamento de Conduta Como Instrumento Processual de Proteção do Meio Ambiente. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito**. RVMD, Brasília, V. 10, nº 2, p. 247-263, Jul-Dez, 2016.

GOOGLE. Earth. **Fotos satélite; situação da área (2018)**. APPs consolidadas. Disponível em: <HTTPS://www.google.com.br/intl/pt-BR/earth/>. Acesso em: 01 jun. 2019.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2019. Disponível em: <https://ibge.gov.br/>. Acesso em: 01 jun. 2019.

PARÁ. Ministério Público do Pará. Promotoria de Justiça do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural e Habitação e Urbanismo de Santarém. **Ata da Reunião**, 21 de Janeiro de 2018. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/resultado-de-busca/?query=ata+reuni%C3%A3o>. Acesso em: 10 maio 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. **A Homologação Judicial do TAC e a Formação da Coisa Julgada Coletiva em Matéria Ambiental**. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (Coord.). O novo processo civil coletivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 215-233.

SANTARÉM. Lei nº 18.051, de 29 de dezembro de 2006. Institui o plano diretor participativo do município de Santarém. **Gabinete da Prefeita Municipal de Santarém**, Santarém, 29 dez. 2006. Disponível em: <https://sogi8.sogi.com.br/Arquivo/Modulo113.MRID109/Registro65436/lei%20n%C2%Bo%2018.051,%20de%2029-12-2006.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática de Justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

SOUZA, Luiza de Marilac; VIANA, Raquel de Mattos (Coord.). **Déficit Habitacional no Brasil (2015)**. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2018. Cap. 3. Pg. 1-78. Disponível em: <http://fjp.mg.gov.br/index.php/docman/direi-2018/871-6-serie-estatistica-e-informacoes-deficit-habitacional-no-brasil-2015291118/file>. Acesso em: 14 maio 2019.



ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A COTA DE RESERVA AMBIENTAL NO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXÕES SOBRE O INSTITUTO  
APÓS A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

DÉLTON WINTER DE CARVALHO  
LUCAS DE SOUZA LEHFELD  
KELLY DE SOUZA BARBOSA

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019

# A COTA DE RESERVA AMBIENTAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXÕES SOBRE O INSTITUTO APÓS A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

## THE ENVIRONMENTAL RESERVE QUOTA IN THE SUPREME FEDERAL COURT: REFLECTIONS ON THE INSTITUTE AFTER CONSTITUTIONALITY STATEMENT

Recebido: 28/09/2019  
Aprovado: 04/11/2019

Délton Winter de Carvalho<sup>1</sup>  
Lucas de Souza Lehfeld<sup>2</sup>  
Kelly de Souza Barbosa<sup>3</sup>

### RESUMO:

A Cota de Reserva Ambiental (CRA) visa cotizar o excedente legal de florestas e vegetações tuteladas juridicamente, para poder ser uma alternativa no procedimento de compensação ambiental para a regularização de propriedade rural. No entanto, a normatização desse instrumento no vigente Código Florestal possui críticas, que culminaram na apreciação pelo Supremo Tribunal Federal de forma (in)direta nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4901, 4902, 4903 e 4937 e na Ação Declaratória de Constitucionalidade 42. Neste contexto, a CRA pode ser considerada um instrumento econômico e socioambiental promissor à proteção do meio ambiente saudável intergeracional, na atual configuração legislativa em que foi confirmada a sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal? Com o objetivo precípua de analisar as principais discussões atinentes à CRA nas ações diretas, o presente estudo traz como conclusão a necessidade de aprimoramento multidisciplinar ao instituto da CRA, para que realmente apresente resultados positivos à sociedade e ao meio ambiente ecológico.

**Palavras-chave:** Cota de Reserva Ambiental. Compensação. Regularização Ambiental. Constitucionalidade.

### ABSTRACT:

The Environmental Reserve Quota (CRA) aims to quote the legal surplus of legally protected forests and vegetation, in order to be an alternative in the environmental compensation procedure for the regularization of rural property. However, the regulation of this instrument in the current Forest Code has criticisms, which culminated in the assessment by the Federal Supreme Court (in) direct form in the Direct Actions of Unconstitutionality 4901, 4902, 4903 and 4937 and

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós-Doutor em Direito Ambiental e Direito dos Desastres pela University of California, Berkeley, CA, USA. Atualmente é Professor Adjunto I no Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.. Email: delton@deltoncarvalho.com.br

<sup>2</sup> Mestrado em Direito das Obrigações pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2001) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (POR). Atualmente é docente titular da Universidade de Ribeirão Preto (Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (mestrado) e Tecnologia Ambiental (mestrado e doutorado)), Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Barão de Mauá (graduação e pós-graduação EAD) e docente do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos. Email: lehfeldrp@gmail.com

<sup>3</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Email: kelly\_sbarbosa@hotmail.com

in the Declaratory Action of Constitutionality 42. In this context, the CRA can be considered a promising socio-environmental and economic instrument to protect the intergenerational healthy environment, in the current legislative configuration in which its constitutionality was confirmed by the Federal Supreme Court? With the main objective of analyzing the main discussions regarding the CRA in direct actions, the present study brings as conclusion the need for multidisciplinary upgrading to the CRA Institute, in order to truly present positive results to society and the ecological environment.

**Keywords:** Environmental Reserve Quota. Compensation. Environmental Regularization. Constitutionality.

## 1. INTRODUÇÃO

Com o intuito de aliar o mandamento constitucional para o meio ambiente ecologicamente equilibrado intergeracional com os pressupostos de sustentabilidade e desenvolvimento econômico sustentável, a Lei nº 12.651/2012 (vulgo Código Florestal) (re) apresentou institutos e procedimentos atinentes ao direito ambiental. No entanto, várias de suas propostas, que estão relacionadas as áreas verdes especialmente tuteladas do país, causaram e causam discussões no âmbito jurídico, social, ambiental e político.

Tamanha a tensão jurídica e política em torno do Códex Florestal, que vários dispositivos foram levados a apreciação do Supremo Tribunal Federal, pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4901, 4902, 4903 e 4937 (todas propostas em 2013) e pela Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 (proposta em 2016).

Dentre as atualizações propostas pelo legislador e questionadas nas ações diretas, está a matéria referente à Cota de Reserva Ambiental (CRA), disciplinada sobretudo nos artigos 13, §1º; 44; 48, §2º; 66, §§ 5º e 6º do Código Florestal de 2012.

A Cota de Reserva Ambiental é um título representativo de áreas verdes especialmente tuteladas em percentuais de proteção acima do legalmente estipulado, que pode ser negociado em um Mercado de ativos florestais. Como instrumento econômico e socioambiental, a cota pode ser utilizada no processo de regularização ambiental de propriedade rural deficitária, via procedimento de compensação ambiental.

Considerando as discussões jurídicas em torno do instrumento alhures, cabe a problemática: A Cota de Reserva Ambiental é um *presente* para a *presente* e futura geração, na *presente* configuração legislativa em que foi confirmada a sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal?

Tendo como objetivo geral analisar as principais teses aludidas nas ações diretas a favor e contra a constitucionalidade da cota, num primeiro momento o presente artigo aborda os principais aspectos derivados da normatização da Cota de Reserva Ambiental no atual Código Florestal, evoluindo a argumentação para a análise dos macro-argumentos prós e contra o instrumento aduzidos nas ações diretas.

Enfim, considerando a recente decisão final do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade da Cota de Reserva Ambiental, o que se antevê é a manutenção de uma insegurança jurídica na utilização deste instrumento, que como seu antecessor pode se tornar inócuo.

## 2. COTA DE RESERVA AMBIENTAL (CRA)

Há de se ponderar que a Cota de Reserva Ambiental não é uma inovação introduzida pelo vigente Código Florestal ao ordenamento jurídico nacional, haja vista este instrumento ser um sucedâneo da extinta Cota de Reserva Florestal, inclusa pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001 ao revogado Código Florestal (Lei nº 4.771/1965).

Em comum, os instrumentos acima externalizam a possibilidade de que o proprietário de imóvel rural utilize uma fração de área verde especialmente tutelada e devidamente especificada pela legislação como um título representativo, que pode ser negociado no bojo de um procedimento para a compensação ambiental de área em déficit ambiental.

A Cota de Reserva Florestal não alcançou uma plena aplicabilidade prática, em decorrência, sobretudo, pela falta de regulamentação complementar<sup>4</sup> e informações claras para a operacionalidade do mesmo e segurança jurídica nas negociações. O próprio Código Florestal de 1965, no artigo 44-b<sup>5</sup>, que normatiza a Cota de Reserva Florestal, não era pragmático e, mesmo em outros momentos do texto do códex em referência, não foi possível se vislumbrar elementos objetivos suficientes para compreender a instrumentalização da cota.

Outrossim, tinha também o fato de serem extremamente restritas as opções de uso da Cota de Reserva Florestal. O artigo 44, inciso III e §5º, do Código Florestal de 1965, determinava que a compensação ambiental, utilizando a Cota de Reserva Florestal, prescindiria de prévia aprovação pelo órgão ambiental competente. Neste caso, o órgão ambiental deveria avaliar se as áreas permutadas eram equivalentes em extensão e importância ecológica, e se pertenciam ao mesmo ecossistema e a mesma microbacia.

Indubitável o ganho ecológico com condicionantes tão específicas – sobretudo a das áreas estarem na mesma microbacia -, mas elas foram tão limitadoras que tornaram a medida impraticável, tanto pela infraestrutura técnica, operacional e financeira das partes envolvidas (inclusive a do próprio Poder Público) quanto pela escassez de oportunidades para o uso da mesma.

Somando isso a outras situações e buscando mecanismos de desenvolvimento econômico sustentável, no projeto do novo Código Florestal brasileiro, houve um *up grade* (que se frisa não foi perfeito) neste instrumento para que ele realmente seja uma opção exequível e próspera, tanto para os particulares quanto para o Poder Público.

Dispõe o vigente Código Florestal (Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012), no artigo 44, que a Cota de Reserva Ambiental corresponde a um título representativo nominativo. Ou seja, é um instrumento econômico de fim socioambiental que possui natureza jurídica de título de crédito.

Logo, para que o exercício do direito literal e autônomo constante nele tenha eficácia plena, é necessário que sejam satisfeitos os requisitos legais e a observância de que foi emitido em favor de pessoa cujo nome conste no registro do emitente (artigos 887 e 921 do Código Civil).

Lehfeld *et. al.* (2015, p. 259) explicam que o objetivo da Cota de Reserva Ambiental é ser um título negociável num Mercado próprio, tendo como demandante àquele que optou por utilizar a compensação como medida para regularizar ambientalmente sua propriedade rural. Para explicar a relação de oferta e demanda no âmbito da Cota de Reserva Ambiental, os

4 Inclusive, até o Projeto de Lei nº 5.876/2005 de autoria do deputado Luciano Castro do Partido Liberal do Estado de Roraima, que visava operacionalizar a Cota de Reserva Florestal, foi arquivado em 31/01/2012 – antes mesmo da vigência do Código Florestal de 2012.

5 Código Florestal de 1965, “Art. 44-b. Fica instituída a Cota de Reserva Florestal - CRF, título representativo de vegetação nativa sob regime de servidão florestal, de Reserva Particular do Patrimônio Natural ou reserva legal instituída voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais estabelecidos no art. 16 deste Código. Parágrafo único. A regulamentação deste Código disporá sobre as características, natureza e prazo de validade do título de que trata este artigo, assim como os mecanismos que assegurem ao seu adquirente a existência e a conservação da vegetação objeto do título.”

autores utilizaram o seguinte raciocínio: de um lado está o proprietário de imóvel rural, que mesmo não estando obrigado legalmente, opta por um benefício ambiental e, por isso, recebe um título que lhe reconhece um “crédito ambiental”. Ao revés, está àquele que não respeitou a exigência ambiental legal (como atender ao mínimo de Área de Reserva Legal) e, por estar em “débito ambiental”, adquire o título para compensar o prejuízo causado.

Importante colacionar que a “CRA se difere da compensação provinda da compra de terras florestadas pois trata-se de um tipo de Servidão Ambiental onde o vendedor do contrato da CRA se compromete em manter a cobertura vegetal da área durante o período de vigência do contrato.” (RAJÃO, 2015, p. 5)

Há, portanto, uma relação negocial, que tem por objeto a proteção de algumas áreas verdes ainda não devastadas (embora legalmente seria permitida a interferência), obrigando àqueles que infringiram os percentuais legais de proteção ambiental a se regularizarem valendo-se do pagamento daqueles que suportaram o custo oportunidade.

Neste interim, não obstante a importância basilar dos princípios<sup>6</sup> decorrentes do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>7</sup>, e que o princípio do protetor-recebedor<sup>8</sup> e do poluidor-pagador se concatenam para a formação da estrutura da Cota de Reserva Ambiental, observa-se que a ideologia deste instrumento está mais concentrada no primeiro.

Isso porque, o princípio do protetor-recebedor (também denominado preservador-recebedor ou protetor-beneficiário) “se esteia na ideia fundamental de que não basta punir as condutas ambientalmente danosas para preservar com eficácia o meio ambiente, sendo mais produtivo recompensar as virtuosas” (MILARÉ, 2015, p. 271). Deste modo, o princípio em epígrafe visa que a consciência ambiental (e as atitudes advindas) seja reconhecida, valorada, valorizada, recompensada e difundida.

Altmann reforça que não se trata de simplesmente premiar aquele que cumpre com as obrigações legais de preservação, o princípio do preservador-recebedor vai além, pois “pugna pela recompensa daqueles que, mesmo tendo a oportunidade de agir diferente, optam por empreender esforços conservacionistas”, beneficiando toda a coletividade. (2012, p. 156).

Conforme o artigo 44 e incisos do Código Florestal de 2012, as hipóteses de incidência para a emissão da Cota de Reserva Ambiental são em: (i) área sob regime de Servidão Ambiental, conforme o art. 9º-A da Lei n.º 6.938/1981; (ii) sobre a área excedente de Reserva Legal constituída voluntariamente, observados os novos percentuais elencados no artigo 12 do vigente Código Florestal; e (iii) as áreas de Reserva Particular do Patrimônio Natural, nos moldes do artigo 21 da Lei nº 9.985/2000. E diferente do Código antecessor, também poderá ser expedida a cota para (iv) área existente em propriedade rural localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público que ainda não tenha sido desapropriada.

No (i) regime de Servidão Ambiental, o proprietário de imóvel rural (pessoa física ou jurídica) limita o uso de sua propriedade com intuito de conservar ou recuperar os recursos ambientais ali existentes. Ou seja, “o proprietário ou possuidor, instituindo a servidão, abre mão da exploração da área total ou parcial do imóvel, ficando impedido de explorar economicamente seus recursos florestais.” (LEHFELD *et. al.*, 2015, p. 260)

6 Em comum, Milaré (2015) e Machado (2013) mencionam os princípios do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do usuário-pagador, da participação comunitária.

7 “Após a constitucionalização da matéria ambiental no art. 225 da Constituição Federal de 1988, internaliza-se um novo objetivo às funções estatais: a proteção do meio ambiente”, sendo imposto ao Estado como um critério de aferição de suas decisões e, inclusive, altera o pilar democrático, com o enfraquecimento da democracia representativa em detrimento da democracia direta ou participativa nas questões ambientais, dado que elas se prologam por períodos superiores ao do mandato dos representantes no poder.” (CARVALHO, 2017, p. 112)

8 A incorporação legal do princípio do protetor-recebedor pode-se considerar recente, haja vista que sua primeira menção expressa foi no artigo 6º, inciso II, da Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010).

Quanto a (ii) Área de Reserva Legal<sup>9</sup> é essencial compreender que o artigo 12 e incisos do Código Florestal institui a obrigatoriedade de o proprietário rural destinar uma parcela do imóvel com vegetação nativa. Se o imóvel rural estiver localizado no interior da Amazônia Legal, e em áreas de florestas, a extensão territorial a ser cedida deverá observar o percentual mínimo de 80%, 35% se for área de Cerrado e 20% se for área de Campos Gerais; e para as demais regiões do país será aplicado o percentual de 20%. Portanto, para fins de emissão de Cota de Reserva Ambiental, ela apenas será emitida na extensão de Área de Reserva Legal, voluntariamente instituída pelo proprietário, que exceder aos percentuais mínimos legais.

Destaca-se que a utilização da Cota de Reserva Ambiental para compensação de Área de Reserva Legal apenas é permitida se o imóvel rural beneficiário estiver situado no mesmo bioma da área do título, for atendido os requisitos do artigo 66, §6º do Código Florestal e providenciada a averbação do título, tanto na matrícula do imóvel rural cedente quanto no beneficiado (artigo 48, §§ 2º, 3º e 4º do Código Florestal).

A (iii) Reserva Particular de Patrimônio Natural (RPPN) corresponde a uma área privada cedida espontaneamente pelo proprietário para a conservação da diversidade biológica, que será gravada com perpetuidade mediante Termo de Compromisso firmado pelo proprietário perante o órgão ambiental, conforme o artigo 21 do Código Florestal e o Decreto nº 5.746/2006 (responsável pela regulamentação do instituto).

No que tange a hipótese de emissão de cota ambiental em (iv) a área localizada no interior da Unidade de Conservação de domínio público e de propriedade particular que ainda não foi desapropriada, incontestemente a necessidade de desapropriação do grupo de Unidades de Conservação de Proteção Integral pelo Poder Público. Haja vista a incompatibilidade da manutenção de áreas particulares localizadas no interior da Estação Ecológica, Reserva Biológica e Parque Nacional – que são de posse e domínio público.<sup>10</sup> Ressalva-se que nos territórios de Monumento Natural e Refúgio da Vida Silvestre poderão coexistir áreas particulares, apenas se forem destinadas para a proteção ambiental, nos moldes da legislação em vigor (subsistindo conjuntamente o domínio privado e/ou público).<sup>11</sup>

Além de estar entre as hipóteses taxativas explicitadas no artigo 44, incisos I ao IV, do Código Florestal de 2012, a Cota de Reserva Ambiental deverá abranger área com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação. Para tornar ainda mais claro, o artigo 46, do mesmo diploma legal, explica que uma cota corresponderá a 1 (um) hectare de: “I - de área com vegetação nativa primária ou com vegetação secundária em qualquer estágio de regeneração ou recomposição; II - de áreas de recomposição mediante reflorestamento com espécies nativas”.

Um ponto inaugural e muito debatido em torno da regulamentação da Cota de Reserva Ambiental no Código Florestal de 2012 é a possibilidade de a cota ser negociada para a compensação ambiental de área em propriedade (deficitária) que esteja no mesmo bioma da propriedade (superavitária) que ensejou a cota, porém localizadas em pontos geográficos muito distantes (artigo 66, §6º). A ressalva é feita porque o Brasil é um país de extensão continental e um mesmo bioma pode abranger Estados federados diferentes ou Municípios equidistantes, sendo possível que a cota seja negociada em nível interestadual ou intermunicipal.

Seguindo, é possível que a Cota de Reserva Ambiental seja transferida, a título oneroso ou gratuito, para pessoa física ou jurídica, esta última de direito público ou privado, mediante Termo assinado pelo titular do título e pelo adquirente, com pleno efeito após o registro no sistema único de controle de cota (art. 48, *caput* e §1º do Código Florestal).

9 O Código Florestal de 2012 conceitua no artigo 3º, inciso III, “Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa.”

10 Vide artigos 9º, §1º; 10, §1º e 11, §1º, da Lei nº 9.985/2000.

11 Vide artigos 12, §2º e 13, §2º da Lei nº 9.985/2000.

O proprietário rural que estiver interessado na emissão de cota deverá comprovar, cumulativamente, que o imóvel está incluso no Cadastro Ambiental Rural (CAR) e que possui o laudo comprobatório de que a área pretendida à cotização se enquadra em alguma das hipóteses legais - o qual deve ser emitido por entidade credenciada ou pelo próprio órgão ambiental destinatário do pedido (artigo 44, §1º e 45 do Código Florestal).

Frisa-se que não se estende ao possuidor do imóvel a legitimidade para fazer o requerimento de emissão da cota ao órgão ambiental competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), em razão da segurança jurídica e dos próprios poderes inerentes ao direito de propriedade.

E para resguardar a segurança nas contratações, tendo como objeto cotas ambientais, o legislador estabeleceu taxativamente as hipóteses de seu cancelamento que, frisa-se, também deverá ser averbada no imóvel de origem da cota. São elas: (a) por solicitação do proprietário rural, em caso de desistência na manutenção das áreas nos termos do artigo 44, incisos I e II (regime de Servidão Ambiental e excedente de área de Reserva Legal, respectivamente); (b) automaticamente, por causa do término do prazo de Servidão Ambiental; ou (c) “por decisão do órgão competente do SISNAMA, no caso de degradação da vegetação nativa da área vinculada à CRA cujos custos e prazo de recuperação ambiental inviabilizem a continuidade do vínculo entre a área e o título”<sup>12</sup> (artigo 50, incisos I a III do Código Florestal).

De fato, a normatização da Cota de Reserva Ambiental, no Código Florestal de 2012, mostra-se mais promissora do que a da Cota de Reserva Florestal, prevista no Código Florestal 1965.

Não obstante o Código Florestal de 2012 ter apresentado maiores instruções sobre o que é e como deve se operacionalizar a Cota de Reserva Ambiental, há muitas lacunas e complementações que precisam ser feitas, bem como, ponderações para a real efetivação do instrumento e mensuração dos benefícios socioambientais que este poderá trazer ao regime de proteção ambiental.

Principalmente porque a redação do Código Florestal de 2012, em diversas partes, possui influências (notórias) do agronegócio, em sobreposição ao meio ambiente ecologicamente equilibrado intergeracional. Embora os dados a seguir estejam relacionadas as legislaturas pós-votação do Código Florestal de 2012, a situação fática era similar.

Conforme os dados disponibilizados pela Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA) atualmente a bancada conta com 209 deputados federais e 27 senadores federais, em exercício. (FRENTE PARLAMENTAR AGROPECUÁRIA, 2018?). Considerando que a Câmara dos Deputados é composta por 513 deputados federais, a bancada ruralista representa, portanto, cerca de 40,7% das opiniões que decidirão o futuro do país; e no Senado Federal, composto por 81 senadores, a bancada alcança 33,3%.

Esses entremeios em torno da elaboração e aprovação do Código Florestal de 2012, ensejou várias discussões constitucionais sobre alguns dispositivos deste diploma legal, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que levaram aproximadamente cinco anos para serem decididas, e que mesmo assim ainda fomentam questionamentos. E entre os tópicos debatidos está a Cota de Reserva Ambiental.

---

<sup>12</sup> Neste caso, o cancelamento da cota independe da aplicação das respectivas sanções administrativas e penais decorrentes de infração à legislação ambiental, nos moldes da Lei nº 9.605/1998 (artigo 50, §2º do Código Florestal).

### 3. A COTA DE RESERVA AMBIENTAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O debate jurídico e político em torno da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, tendo como *nomen juris* Código Florestal, alcançou a máxima proporção com a propositura<sup>13</sup> das seguintes ações, dirigidas ao Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup>: (i) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 4901, 4902 e 4903, todas com pedido de medida cautelar para a suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados até a efetiva sentença, propostas em 21/03/2013, pela Procuradora-Geral da República Sandra Cureau; (ii) ADI 4937, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e autuada no dia 04/04/2013.

A ADI é uma ação objetiva em que se impugna a validade constitucional de um ato normativo, *in casu*, dispositivos do Código Florestal de 2012. Por conseguinte, não há que se falar em processo subjetivo em que impera o contraditório entre litigantes acerca de um direito particular violado, não havendo um réu na ação.

As partes protagonizam a disputa processual pela definição da compatibilidade da norma impugnada com a Constituição da República, contudo os direitos e deveres individuais existentes em função de declaração – ou não – de validade da norma genérica derivam da própria norma ou do regime jurídico remanescente, e não diretamente da decisão judicial. (MENEZES, 2012, p. 80)

Embora não tenha total esteio técnico, como bem assevera MENEZES (2012, p. 84), para fins processuais (meramente formais), pode-se considerar como legitimado passivo na ação direta constitucional àquele que será intimado pelo Ministro Relator do processo para prestar informações sobre o dispositivo ora impugnado.

E nas ações diretas em epígrafe, concentradas na Relatoria do Ministro Luiz Fux, em razão da conexão e prevenção<sup>15</sup> (as demais ações foram apensadas à ADI 4901), há o litisconsórcio passivo entre o Presidente da República e o Congresso Nacional, ambos representados pelo Advogado-Geral da União<sup>16</sup>.

Outros dados importantes sobre estas ações diretas são: (i) o pedido de medida cautelar para a suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados foi indeferido, sob a alegação da

<sup>13</sup> Os legitimados ativos para a propositura de ações diretas constitucionais podem ser divididos em dois tipos, os universais (artigo 103, incisos I, II, III, VI, VII e VIII da Constituição Federal de 1988) e os especiais (artigo 103, incisos IV, V e IX, da Constituição Federal de 1988). Em especial, compõe os legitimados ativos universais o Procurador-Geral da República (vide também o artigo 2º, inciso VI, da Lei nº 9.868/99) e o Partido Político com representação no Congresso Nacional (vide também artigo 2º, inciso VIII, da Lei nº 9.868/99). Diferente dos legitimados especiais, os universais estão eximes da comprovação de pertinência temática para a propositura da ação, pois “são considerados interessados em toda ordem jurídica nacional, com atribuição de zelar pela supremacia constitucional, em razão de suas próprias atribuições constitucionais, pelo que podem provocar a verificação de compatibilidade de qualquer ato normativo federal ou estadual em face da Constituição da República.” (MENEZES, 2012, p. 83) Importante anotar que a pertinência temática funciona como uma espécie de filtro processual-constitucional direcionado aos legitimados ativos, visando coibir proposições abusivas de ADIs tendo como objeto atos normativos que em nada se relacionam com as suas respectivas esferas de atuação e/ou interesse técnico, político, jurídico e social.

<sup>14</sup> O artigo 102, inciso I, alínea a e p, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo, tal como, o pedido de medida cautelar que esta ação possa ter.

<sup>15</sup> Considerando que a propositura das ações foi em data anterior à vigência da atual legislação processual civil (Lei nº 13.105/2015), se fará a remissão ao revogado Código para a explicação dos institutos processuais.

A conexão processual ocorre quando duas ou mais ações, em curso, possuem em comum o objeto ou a causa de pedir (artigo 103 do Código de Processo Civil de 1973). Para compreender a atual regulamentação do instituto, vide o artigo 55, caput do Código de Processo Civil de 2015.

A prevenção processual visa que ações conexas, distribuídas para juízos diferentes, sejam julgadas pelo mesmo juiz, para manter a segurança jurídica nas decisões. Se os juízes forem da mesma competência territorial, o juiz prevento será àquele que despachou primeiro, mas se forem de competência territorial diversa, será aquele que recebeu primeiro a citação válida; deste modo, as demais ações (as que estão em curso ou que ainda serão distribuídas) deverão ser direcionadas ao juiz prevento (artigo 106 e 219 do Código de Processo Civil de 1973). Para compreender a atual regulamentação do instituto, vide o artigo 43 e 59 do Código de Processo Civil de 2015.

<sup>16</sup> Não obstante a autonomia funcional (vide ADI 3916/DF), o Advogado Geral da União, via de regra, tem a sua atuação prelecionada a defender o dispositivo impugnado na ADI, por isso pode ser denominado como o “curador da presunção de constitucionalidade dos atos normativos.” (MENEZES, 2012, p. 468).



necessidade de adoção do procedimento disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999; (ii) foi admitida a intervenção de *amicus curiae*<sup>17</sup>; e (iii) realizada Audiência Pública no dia 18/04/2016.

Os dispositivos do Código Florestal de 2012 questionados nas ações diretas são, na (i) ADI 4901: artigo 12, §§ 4º, 5º, 6º, 7º e 8º; artigo 13, §1º; artigo 15; artigo 48, §2º; artigo 66, §§ 3º e 5º, incisos II, III e IV e §6º; artigo 68. Na (ii) ADI 4902: artigo 7º, §3º; artigo 59, §§ 4º e 5º; artigo 60; artigo 61-A; artigo 61-B; artigo 61-C; artigo 63; artigo 67; artigo 78-A. Na (iii) ADI 4903: artigo 3º, inciso VIII, alínea b, incisos IX, XVII, XIX e parágrafo único; artigo 4º, incisos III, IV, §§ 1º, 4º, 5º, 6º; artigo 5º; artigo 8º, §2º; artigo 11; artigo 62. Na (iv) ADI 4937: artigo 3º, inciso VIII, alínea b; artigo 7º, §3º; artigo 13, §1º; artigo 44; artigo 48, §2º; artigo 59, §§ 2º, 4º e 5º; artigo 61-A; artigo 61-C; artigo 63.

Em síntese, todos os proponentes das ADIs alegam que as normas elencadas nas petições iniciais são inconstitucionais, pois violam o disposto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988. A Procuradora-Geral da República ainda menciona um ultraje ao artigo 5º, *caput* e o artigo 186, incisos I e II, ambos da Constituição Federal de 1988.

A tramitação destas ações diretas foi morosa, diga-se de passagem. Após, aproximadamente, cinco anos (contados da data da protocolização à sentença), no dia 28/02/2018 o Plenário do Supremo Tribunal Federal se reuniu para julgar parcialmente procedentes as ações.

A configuração das decisões ficou, em relação a ADI 4901, da seguinte forma: (a) declarados constitucionais: artigo 12, §§ 4º, 5º, 6º, 7º, 8º; artigo 13, §1º; artigo 15; artigo 28; artigo 66, §§ 3º, 5º, 6º; artigo 67; artigo 68; e (b) dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 48, §2º, “para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica.”

Na ADI 4902, (a) declarados constitucionais: artigo 7º; artigo 17, §3º; artigo 60; artigo 61-A; artigo 61-B; artigo 61-C; artigo 63; artigo 67; artigo 78-A. E (b) dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 59, §§ 4º<sup>18</sup> e 5º<sup>19</sup>.

Para a ADI 4903, foram (a) declarados constitucionais: artigo 3º, inciso XIX; artigo 4º, inciso III, §§ 1º, 4º, 5º, 6º e incisos; artigo 5º; artigo 8º, §2º; artigo 11; artigo 17, §3º; artigo 62. Para (b) dar interpretação conforme a Constituição ao: artigo 3º, incisos VIII e IX<sup>20</sup> e ao inciso XVII<sup>21</sup>; artigo 4º, inciso IV<sup>22</sup>. E (c) declarados inconstitucionais: “as expressões ‘gestão de resíduos’ e ‘instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais’, contidas no artigo 3º, inciso VIII, alínea b; “as expressões ‘demarcadas’ e ‘tituladas’, contidas no artigo 3º, parágrafo”.

Enfim, na ADI 4937, foram (a) declarados constitucionais: artigo 7º, §3º; artigo 13, §1º; artigo 44; artigo 60; artigo 61-A; artigo 61-B; artigo 61-C; artigo 63. Para (b) dar interpretação conforme a Constituição ao: artigo 48, §2º, “para permitir compensação apenas em áreas com identidade ecológica”; artigo 59, §§ 4º<sup>23</sup> e 5º<sup>24</sup>. E (c) declarados inconstitucionais: “as expressões

17 No despacho publicado em 15/08/2013, afirma o Ministro Relator Luiz Fux: “Isso porque, a despeito de sua tradicional qualificação como processo objetivo [ADI], o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade não deve se cingir apenas ao mero cotejo de diplomas normativos, mas também deve considerar o cenário fático sobre o qual incide a norma objurgada, ampliando o acesso à jurisdição constitucional a novos atores que, em alguma medida, sejam afetados em sua esfera jurídica. Com efeito, o telos precípua da intervenção do *amicus curiae* consiste na pluralização do debate constitucional, com vistas a municiar a Suprema Corte dos elementos informativos possíveis e necessários ou mesmo trazer novos argumentos para o deslinde da controvérsia, superando, ou senão amainando, as críticas concernentes à suposta ausência de legitimidade democrática de suas decisões.” (STF, ADI 4901, p. 1)

18 “De modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.07.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no §1º do artigo 60 da Lei nº 12.651/2012, segundo o qual ‘a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva.’”

19 Mesma interpretação dada ao §4º do artigo 59.

20 “De modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP [Área de Preservação Permanente], por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica proposta.”

21 “Para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d’água intermitentes configuram APP.”

22 Mesma interpretação dada ao inciso XVII, do artigo 3º.

23 Mesma interpretação dada ao §4º do artigo 59.

24 Mesma interpretação dada ao §4º do artigo 59.

‘gestão de resíduos’ e ‘instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais’, contidas no artigo 3º, inciso VIII, alínea b.

Há de se destacar que também estava em tramitação, desde 08/04/2016, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) proposta pelo Partido Progressista (PP), que em direção contrária às ações diretas alhures, solicitava a constitucionalidade de todos os dispositivos do Código Florestal impugnados. As mesmas observações realizadas para as ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 (corroborado pelo fato dela ter sido apensada à ADI 4901, em virtude da prevenção), inclusive quanto a decisão de mérito, se estende a essa ADC.

Neste panorama, concentrando-se na Cota de Reserva Ambiental, é possível delimitar a pesquisa às ADIs 4901 e 4937 (sobretudo à última), que confrontaram os dispositivos artigos 13, §1º; 44; 48, §2º; 66, §§ 5º e 6º, que contém maior relação com o instrumento, e que serão analisados de forma geral a seguir.

### 3.1 (Des)pacificação jurisdicional sobre a Cota de Reserva Ambiental

Não obstante o artigo 44 do Código Florestal de 2012, que baliza a Cota de Reserva Ambiental, ter sido unanimemente julgado constitucional pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em 2018, ainda persistem questionamentos (sobretudo, para a aplicação prática) relacionados ao instrumento.

Inclusive é possível extrair das próprias teses levantadas nas ações diretas em comento, as críticas (que se mantém) quanto a interpretação e a implementação da Cota de Reserva Ambiental. E, curiosamente, tais críticas utilizaram argumentos que foram igualmente aduzidos pelas partes contrapostas. Obviamente, cada qual endossando a sua opinião.

É o que se verifica com o (a) *princípio da função socioambiental da propriedade*, isso porque, se, por um lado, a Cota de Reserva Ambiental poderá causar a especulação imobiliária das propriedades rurais; por outro, é mais uma fonte de renda para os proprietários rurais, sobretudo àqueles com pequena propriedade de até quatro módulos fiscais.

Em relação ao (b) *dever geral de proteção e reparação ambiental*, pondera-se que no procedimento de compensação ambiental, via Cota de Reserva Ambiental, o requisito da permutação de áreas do mesmo bioma é insuficiente e a comercialização desses títulos entre Estados diferentes prejudica o meio ambiente regional. De outra parte, o instrumento possibilitará a expansão de grandes áreas de proteção ambiental e o gerenciamento integrado dos espaços ambientalmente protegidos.

E quanto ao (c) *princípio da vedação de retrocesso socioambiental*, constatado de forma mais implícita nos argumentos, haveria indícios de que a atual legislação ambiental é menos protetiva do que a lei revogada, implicando diretamente na normatização da Cota de Reserva Ambiental. No entanto, o título apenas poderá ser emitido sobre o excedente legal de áreas ambientalmente protegidas e para a compensação ambiental de áreas desmatadas até o dia 22/07/2008.

Urge compreender que “a importância da noção de função socioambiental da propriedade se manifesta, sobremaneira, na percepção de que a interferência na propriedade não é interferência no direito de propriedade, quando proveniente da função social, posto que é a própria configuração desse direito” (MANGUEIRA, 2000, p. 233), razão que legitima a interferência do Poder Público na esfera privada, em prol do interesse da coletividade presente e futura.

O artigo 186, incisos I ao IV, da Constituição Federal de 1988, estabelece que a função socioambiental da propriedade rural apenas será configurada se, simultaneamente e

em conformidade com os critérios e graus dispostos em lei, forem cumpridos os requisitos do(a): (i) aproveitamento racional e adequado; (ii) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação da natureza; (iii) observância das normas trabalhistas nas relações empregatícias; (iv) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

Destarte, o proprietário rural possui limitações de ordem pública e coletiva ao direito de uso e exploração de sua propriedade. E no caso de não serem observadas tais condicionantes sociais e ambientais, elas implicarão na necessária regularização ambiental do imóvel, via administrativa ou judicial, que na hipótese de compensação ambiental, dentre os métodos disponíveis, o proprietário poderá utilizar a Cotas de Reserva Ambiental.

Neste ponto, alguns vislumbram que a implementação da Cota de Reserva Ambiental será uma nova fonte de renda para os pequenos proprietários rurais, pois poderão comercializar as florestas e vegetações nativas superavitárias mantidas no imóvel rural, haja vista o disposto no art. 44, §4º do Código Florestal. Frisa-se que conforme os dados do Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR), disponibilizado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), no ano de 2016, contabilizou-se mais propriedades rurais com até 4 módulos fiscais de titularidade privada (total de 5.232.019), do que aquelas na faixa acima de 4 até 600 módulos fiscais (534.523). (INCRA, 2016).

O Código Florestal de 2012 dispensa a pequena propriedade rural<sup>25</sup> do cumprimento integral dos atuais percentuais legais de Área de Reserva Legal, independentemente de adesão ao Programa de Regularização Ambiental. Bem como, de recompô-la, devendo apenas manter o remanescente de vegetação nativa existente em 22/07/2008 e não realizar novas conversões da área para uso alternativo do solo (artigo 3º, parágrafo único e artigo 67, ambos do Código Florestal<sup>26</sup>).

Sobre esta previsão, mister elucidar o Agravo em Recurso Especial nº 1.149.867 - MG (2017/0197092-6), interposto em 25/05/2017, no Superior Tribunal de Justiça, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Embora o Superior Tribunal de Justiça não tenha se debruçado na época a análise do artigo 68 do Código Florestal, é possível extrair que em sede de controle incidental tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pelas razões a seguir destacadas na decisão ministerial.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRELIMINAR. INSTALAÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. REJEIÇÃO. AVERBAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.651, DE 2012. [...] Com efeito, a Corte de origem, ao analisar a controvérsia, asseverou que o art. 67 da Lei 12.651/2012 teve sua inconstitucionalidade declarada, em sede de controle incidental de inconstitucionalidade, considerando **“a existência do direito adquirido em caráter ambiental difuso**, resultante do regime de proteção anterior que estabeleceu a obrigatoriedade da reserva legal como direito subjetivo da coletividade, com base em que **não pode a Lei Nova reduzir o âmbito de proteção a que se**

25 Conceitua o Código Florestal de 2012, no artigo 3º, inciso V, “pequena propriedade ou posse rural familiar: aquela explorada mediante o trabalho pessoal do agricultor familiar e empreendedor familiar rural, incluindo os assentamentos e projetos de reforma agrária, e que atenda ao disposto no art. 3º da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006.”

E conforme a Lei nº 11.326/2006: “Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos: I - não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais; II - utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento; III - tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo; V - dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família.”

26 O Código Florestal dispõe no artigo 3º, parágrafo único, “Para os fins desta Lei, estende-se o tratamento dispensado aos imóveis a que se refere o inciso V deste artigo às propriedades e posses rurais com até 4 (quatro) módulos fiscais que desenvolvam atividades agrossilvipastoris, bem como às terras indígenas demarcadas e às demais áreas tituladas de povos e comunidades tradicionais que façam uso coletivo do seu território.”

E no artigo 67, que “Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo.”

**destina o instituto**” (fl. 299e). Asseverou que o aludido dispositivo legal **“compromete o princípio da proteção** o tratamento dispensado à reserva legal, para os imóveis cuja metragem seja de até quatro módulos fiscais, por consolidar a degradação ambiental já promovida em extensa quantidade de imóveis rurais, em **manifesto retrocesso à tutela ambiental constitucional**” (fl. 299e). Entretanto, tais fundamentos não foram impugnados pela agravante, nas razões do Recurso Especial. Portanto, incide, na hipótese, a Súmula 283/STF (...). (...) 5. Recurso especial conhecido em parte, e, nessa parte, parcialmente provido” (STJ, REsp 1299897/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/05/2013). (STJ – AREsp: 1149867 MG 2017/0197092-6, Relator: Ministra Assusete Magalhães, Data da Publicação: DJ 24/10/2017) (Grifo nosso)

Não obstante os argumentos como os acima demonstrados e outros elencados nas ações diretas, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do artigo 68 do Código Florestal de 2012. Deste modo, frisa-se, o pequeno proprietário rural deverá manter Área de Reserva Legal, mas podendo se valer do quantum ainda existente de vegetação nativa até a data de 22/07/2008, independente se está em percentual menor do que estipulado pelo Código Florestal de 2012 para o bioma do qual a propriedade pertence<sup>27</sup> ou de recuperação da área degradada.

Sem muitas dificuldades, raciocina-se que: Se não há um *quantum* mínimo uniforme a ser resguardado pelas pequenas propriedades rurais para fins de Área de Reserva Legal, não há como mensurar um excedente disponível para futura emissão de Cota de Reserva Ambiental. Inclusive a própria Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados já havia concluído que tal possibilidade “parece um contrassenso, pois esse instrumento pode ser destinado à compensação de reserva legal inexistente em outra propriedade”. (JURAS e GANEM, 2012, p. 161)

E essa incerteza de como se avaliará o “excedente de área ambiental”, para fins de emissão de Cota de Reserva Ambiental, na pequena propriedade rural persiste pós-decisão do Supremo Tribunal Federal, pois a constitucionalidade foi confirmada, sem ressalvas a este ponto.

Outrossim, com a desobrigação do pequeno proprietário rural à regularização ambiental da propriedade na atual configuração protetiva, há o desprivilegio àqueles que corretamente obedeceram aos percentuais legais vigentes a época. Ao passo que a alteração desincentiva a observância da norma por aqueles que a consideravam e, mais ainda, aos que já não a consideravam. Também diminui substancialmente as Áreas de Reserva Legal no país e prejudica os pequenos proprietários rurais a serem potenciais fornecedores de ativos florestais no Mercado de Cotas de Reserva Ambiental.

Aliás, o artigo 68, §1º, do Código Florestal de 2012 instrui como os proprietários ou possuidores rurais poderão provar essas situações consolidadas<sup>28</sup>, seja através de documentos que constem “a descrição de fatos históricos de ocupação da região, registros de comercialização, dados agropecuários da atividade, contratos e documentos bancários relativos à produção, e por todos os outros meios de prova em direito admitidos”. Todavia, incontestemente as dificuldades em se efetivamente comprovar (tecnicamente e de forma menos dispendiosa) que a interferência na Área de Reserva Legal datou até 22/07/2008, estando comprometida uma avaliação precisa da extensão temporal e territorial da alteração antropogênica no meio ambiente local.

<sup>27</sup> Inclusive, dispõe o artigo 68, § 2º, do Código Florestal que “os proprietários ou possuidores de imóveis rurais, na Amazônia Legal, e seus herdeiros necessários que possuam índice de Reserva Legal maior que 50% (cinquenta por cento) de cobertura florestal e não realizaram a supressão da vegetação nos percentuais previstos pela legislação em vigor à época poderão utilizar a área excedente de Reserva Legal também para fins de constituição de servidão ambiental, Cota de Reserva Ambiental - CRA e outros instrumentos congêneres previstos nesta Lei.”

<sup>28</sup> O Código Florestal de 2012 dispõe no artigo 3º, inciso IV que área rural consolidada é a “área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio.”

Destarte não se pode ter uma segurança de que o instrumento realmente auxiliará os pequenos proprietários, por causa dos entraves lógicos que existem e persistem na normatização do instrumento, e igualmente que o meio ambiente local estará protegido, haja vista a dispensa de recomposição da Área de Reserva Legal pelas pequenas propriedades rurais.

Seguindo, outra crítica em torno da Cota de Reserva Ambiental que se pode extrair das discussões nas ações diretas é a de que ela favorecerá a especulação imobiliária. Isso porque se presume que as áreas economicamente improdutivas (desvalorizadas) é que serão utilizadas para comercialização de “florestas em pé”, ao passo que àquelas com maior produtividade, os proprietários excluirão de pronto tal possibilidade. Por conseguinte, estes fatores irão influir diretamente no preço dos imóveis rurais.

A especulação imobiliária não é uma situação inaugurada com a implementação da Cota de Reserva Ambiental. Essa já uma realidade nacional, que pela ausência de uma correta regulamentação e fiscalização estatal, torna o Mercado de Terras um ambiente favorecedor da desigualdade social e da degradação ambiental. Reydon assevera que:

Portanto, o que se faz necessário é regular para orientar parte da especulação, pois esta sempre existirá, o que não pode ser permitido é que, em nome da não-intervenção, apenas poucos se beneficiem de seu uso especulativo e além disso criem problemas econômicos, sociais e ambientais. A partir dessas constatações há necessidade de se regular efetivamente o mercado para seu melhor funcionamento e para coibir os excessos nos processos especulativos. (REYDON, 2007, p. 257)

É preciso reconhecer que a especulação imobiliária das propriedades rurais é uma situação que poderá ou não ser potencializada pela Cota de Reserva Ambiental, mas não por culpa do instrumento em si, mas sim, pela gestão ineficiente do Poder Público para controlar as variações de preço da terra.

Quanto ao *dever geral de proteção e reparação ambiental pelo Poder Público*, uma das alegações mais corriqueiras em desfavor da Cota de Reserva Ambiental está na possibilidade de o instrumento utilizar como requisito geral para a permutação entre as áreas, a identidade do bioma, ou seja, poderá haver contratações entre Município ou Estado diferente daquele que originou a cota. Por outro lado, fomenta a criação e manutenção de grandes espaços florestais e o gerenciamento mais integrado das áreas verdes especialmente tuteladas.

O Supremo Tribunal Federal ao mudar os critérios para a compensação ambiental de Área de Reserva Legal acabou criando aparentemente duas hipóteses de incidência para uma mesma situação. Isso porque, os Ministros decidiram que o critério de identidade entre biomas, disposto no artigo 48, §2º do Código Florestal, era muito amplo, devendo ser utilizada a cota apenas entre áreas com *identidade ecológica*. No entanto, o artigo 66, §5º do Código Florestal<sup>29</sup> estabelece as modalidades de compensação ambiental, dentre elas está a Cota de Reserva Ambiental, e o §6º<sup>30</sup> deste mesmo artigo, declarado constitucional pela Suprema Corte, estabelece como critério de compensação as áreas estarem no mesmo bioma.

Deste modo, se for considerada a lógica do princípio da especialidade (preponderância da norma mais específica no conflito com a norma geral), no caso de compensação ambiental

29 Código Florestal, artigo 66, §5º. “A compensação de que trata o inciso III do caput deverá ser precedida pela inscrição da propriedade no CAR e poderá ser feita mediante: I - aquisição de Cota de Reserva Ambiental - CRA; II - arrendamento de área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal; III - doação ao poder público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária; IV - cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, em imóvel de mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro, com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, desde que localizada no mesmo bioma.”

30 Código Florestal, artigo 66, §6º. “As áreas a serem utilizadas para compensação na forma do § 5º deverão: I - ser equivalentes em extensão à área da Reserva Legal a ser compensada; II - estar localizadas no mesmo bioma da área de Reserva Legal a ser compensada; III - se fora do Estado, estar localizadas em áreas identificadas como prioritárias pela União ou pelos Estados.”

via Cota de Reserva Ambiental, deverá ser utilizado o critério da identidade ecológica – embora ainda não possua uma definição clara.

Em relação a manutenção do critério entre identidades de biomas no procedimento de compensação ambiental - inclusive utilizando Cota de Reserva Ambiental, a ressalva a ser feita é que o questionamento acerca da possibilidade de permutação entre Estados federados persiste.

Todavia, realmente não deve prosperar o óbice inicial quanto a permutação de áreas via Cota de Reserva Ambiental, haja vista que as hipóteses são taxativas (vide por exemplo o artigo 16 e incisos do Decreto nº 8.253/2014<sup>31</sup>) e funcionam como um critério para a gestão ambiental interfronteiras e extrafronteiras de recursos naturais de interesse regional, como se extrai do teor do artigo 66, §7º do Código Florestal<sup>32</sup> (que também teve sua constitucionalidade confirmada).

E mesmo que esta hipótese excepcional apenas possa ocorrer, frisa-se em áreas prioritárias identificadas pela União ou pelos Estados federados (o que já estava previsto no artigo 66, §6º, inciso III, do Código Florestal de 2012 - declarado constitucional), se esbarra, pós-decisão do Supremo Tribunal Federal no que seja considerado *identidade ecológica*.

Há de se ponderar que o termo *identidade ecológica*, por si só, possui um grande grau de imprecisão técnica que conturba a normatização do instrumento, além do mais não há uma definição legal sobre o que abarca esta expressão. De tal modo que este critério fomenta a insegurança jurídica e uma discricionariedade desparametrizada dos órgãos ambientais, seja para a compensação ambiental utilizando a Cota de Reserva Ambiental entre propriedades nos limites territoriais do Estado federal ou do Município, ou fora deles.

Rememorando que o artigo 44 do Código Florestal adverte que a Cota de Reserva Ambiental poderá ser instituída (sem olvidar dos outros critérios) em área com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação, o artigo 46 e incisos estabelece que cada cota corresponderá a um hectare: “I - de área com vegetação nativa primária ou com vegetação secundária em qualquer estágio de regeneração ou recomposição; II - de áreas de recomposição mediante reflorestamento com espécies nativas.”

Realmente é promissora a imposição ao órgão ambiental estadual competente de realizar a vistoria de campo (e não se pautar apenas em declarações feitas pelo proprietário) para analisar o estágio sucessional ou o tempo de recomposição ou regeneração da vegetação nativa. Sobretudo para coibir que a cota seja emitida no local em que a regeneração ou recomposição da área forem improváveis ou inviáveis (conforme o artigo 46, §§ 1º e 2º do Código Florestal). No entanto depreende-se uma sucessão de imprecisões técnicas que impactam diretamente o instrumento.

Isso porque é primordial estipular o que seja estágio mínimo de regeneração ou da recomposição da vegetação secundária capaz de ensejar cota. Deixar a cargo dos órgãos ambientais estaduais a avaliação dessas situações nas áreas ambientais do país, sem qualquer critério geral ou parâmetro legal, torna altamente discricionária a atuação deles.

A não existência de um padrão nacional sobre a definição de estágio mínimo de regeneração ou de recomposição da vegetação secundária, conturba não apenas a Cota de Reserva Ambiental, mas também a aplicação de outros dispositivos do Código Florestal, bem

31 Conforme o artigo 16 e incisos do Decreto nº 8.253/2014, as áreas prioritárias são aquelas (a) definidas pelo Ministério do Meio Ambiente no Projeto de Conservação e Utilização Sustentável da Diversidade Biológica Brasileira (PROBIO), conforme o Decreto nº 5.092, de 21 de maio de 2004; (b) as Unidades de Conservação de domínio público pendentes de regularização fundiária; (c) as áreas que abriguem espécies migratórias ou ameaçadas de extinção, conforme a lista oficial publicada pelos órgãos integrantes do SISNAMA; e (d) aquelas identificadas pelos Estados e Distrito Federal.

32 Código Florestal de 2012, “Art. 66, §7º. A definição de áreas prioritárias de que trata o §6º buscará favorecer, entre outros, a recuperação de bacias hidrográficas excessivamente desmatadas, a criação de corredores ecológicos, a conservação de grandes áreas protegidas e a conservação ou recuperação de ecossistemas ou espécies ameaçados.”

como de diversas legislações esparsas e atos normativos expedidos pelos órgãos ambientais, que utilizam estas expressões.

No âmbito do bioma Mata Atlântica, o artigo 4º da Lei nº 11.428/2006 dispõe que “a definição de vegetação primária e de vegetação secundária nos estágios avançado, médio e inicial de regeneração do Bioma Mata Atlântica, nas hipóteses de vegetação nativa localizada, será de iniciativa do Conselho Nacional do Meio Ambiente”. Frisa-se que o Decreto nº 6.660/2008 regulamenta sobre a utilização e proteção nativa deste bioma.

Não obstante coexistirem aprimoramentos das definições emitidas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), quando a particularidade da região assim impõe, o órgão federal estabelece na Resolução CONAMA nº 10/1993 os parâmetros básicos para análise dos estágios de sucessão de Mata Atlântica.

A vegetação primária deve ser entendida como a “vegetação de máxima expressão local, com grande diversidade biológica, sendo os efeitos das ações antrópicas mínimos, a ponto de não afetar significativamente suas características originais de estrutura e de espécies”. Por sua vez, a vegetação secundária ou em regeneração como a “vegetação resultante dos processos naturais de sucessão, após supressão total ou parcial da vegetação primária por ações antrópicas ou causas naturais, podendo ocorrer árvores remanescentes da vegetação primária” (artigo 2º, incisos I e II, da Resolução CONAMA nº 10/1993). E os estágios de regeneração da vegetação secundária podem ser classificados em inicial, médio e avançado<sup>33</sup>.

Logo, os órgãos ambientais estaduais abrangidos pelo bioma Mata Atlântica deverão observar os critérios (gerais e específicos) estabelecidos pelo CONAMA, embora ainda não esteja claro o que se entende por estágio mínimo de regeneração.

No entanto, nos outros biomas não se vislumbrou leis nacionais ou mesmo Resoluções do CONAMA, que mencionem sobre a definição do estágio de regeneração da vegetação e acerca do que é vegetação primária e secundária. Nestes casos poderá se utilizar analogicamente o regramento do bioma Mata Atlântica, o qual, por óbvio, não está atento as especificidades dos outros grandes biomas nacionais, quais sejam: Cerrado, Amazônia Legal, Caatinga, Pampas e Pantanal.

Portanto, reforça-se que o melhor seria que o Código Florestal definisse ou ao menos estabelecesse critérios gerais acerca do que seja estágio mínimo de regeneração ou de recomposição, bem como do que seja vegetação primária ou secundária, a serem considerados pelos órgãos ambientais estaduais, ao invés de estender esta função (típica) ao órgão ambiental federal.

33 Resolução CONAMA nº 10, de 1 de outubro de 1993: “Art. 3º. Os estágios de regeneração da vegetação secundária a que se refere o artigo 6º do Decreto nº 750/93, passam a ser assim definidos: I - Estágio Inicial: a) fisionomia herbáceo/arbustiva de porte baixo, com cobertura vegetal variando de fechada a aberta; b) espécies lenhosas com distribuição diamétrica de pequena amplitude; c) epífitas, se existentes, são representadas principalmente por líquenes, briófitas e pteridófitas, com baixa diversidade; d) trepadeiras, se presentes, são geralmente herbáceas; e) serapilheira, quando existente, forma uma camada fina pouco decomposta, contínua ou não; f) diversidade biológica variável com poucas espécies arbóreas ou arborescentes, podendo apresentar plântulas de espécies características de outros estágios; g) espécies pioneiras abundantes; h) ausência de subosque.

II - Estágio Médio: a) fisionomia arbórea e/ou arbustiva, predominando sobre a herbácea, podendo constituir estratos diferenciados; b) cobertura arbórea, variando de aberta a fechada, com a ocorrência eventual de indivíduos emergentes; c) distribuição diamétrica apresentando amplitude moderada, com predomínio de pequenos diâmetros; d) epífitas aparecendo com maior número de indivíduos e espécies em relação ao estágio inicial, sendo mais abundantes na floresta ombrófila; e) trepadeiras, quando presentes são predominantemente lenhosas; f) serapilheira presente, variando de espessura de acordo com as estações do ano e a localização; g) diversidade biológica significativa; h) subosque presente.

III - Estágio Avançado: a) fisionomia arbórea, dominante sobre as demais, formando um dossel fechado e relativamente uniforme no porte, podendo apresentar árvores emergentes; b) espécies emergentes, ocorrendo com diferentes graus de intensidade; c) copas superiores, horizontalmente amplas; d) distribuição diamétrica de grande amplitude; e) epífitas, presentes em grande número de espécies e com grande abundância, principalmente na floresta ombrófila; f) trepadeiras, geralmente lenhosas, sendo mais abundantes e ricas em espécies na floresta estacional; g) serapilheira abundante; h) diversidade biológica muito grande devido à complexidade estrutural; i) estratos herbáceo, arbustivo e um notadamente arbóreo; j) florestas neste estágio podem apresentar fisionomia semelhante à vegetação primária; l) subosque normalmente menos expressivo do que no estágio médio; m) dependendo da formação florestal, pode haver espécies dominantes.”

Afinal, a falta de critérios técnicos claros favorece a discricionariedade arbitrária na regulamentação e avaliação pelos próprios órgãos ambientais e de futuras apreciações jurisdicionais no âmbito da cota (que ainda pode ser interestados), causando a insegurança jurídica.

E, embora o artigo 46 do Código Florestal não tenha sido objeto de apreciação jurisdicional, de forma reflexa entende-se que o seu teor foi confirmado ao ser declarado constitucional o artigo 44.

### 3.2 O futuro da Cota De Reserva Ambiental no Brasil e a questão do retrocesso socioambiental

Não há uma certeza de como a Cota de Reserva Ambiental irá afetar o espectro verde nativo do país, mas se prognostica a concentração estratégica de áreas ambientalmente protegidas, em extensões maiores, com a fiscalização do Poder Público e mais assiduamente dos particulares (em razão das contratações), havendo um estímulo a governança ambiental.

Corroborar com este raciocínio os dados a seguir sobre a extensão da cobertura de vegetação nativa no Brasil, elaborados por Britaldo Silveira Soares Filho, professor titular do departamento de cartografia, do Instituto de Geociências da Universidade Federal de Minas Gerais.

Sessenta e dois por cento do território nacional, ou seja, cerca de 530 milhões de hectares (Mha) são cobertos por vegetação nativa. Desse total, 40% se encontra em áreas de conservação de domínio público ou em terras indígenas - sendo que 91% dessa fração se concentra apenas no bioma Amazônia - e os 60% restantes em propriedades privadas ou terras públicas ainda sem designação. Números, portanto, que apontam para a necessidade de esforços de conservação em larga escala dessa vasta cobertura de vegetação nativa que se encontra dispersa em fragmentos de vários tamanhos através de uma miríade de propriedades privadas. (2013?, p. 3)

Assim, através de uma estratégia holística de gerenciamento<sup>34</sup> integrado dos espaços ambientalmente protegidos, as normas e as políticas públicas podem ser (re)formuladas primando pelo equilíbrio entre as demandas ecológicas, econômicas e sociais, aliando as novas tendências protetivas e tecnológicas, sobretudo para manter as florestas em pé, como tenciona a Cota de Reserva Ambiental.

Urge esclarecer que a cota em si não extingue a obrigatoriedade de os proprietários rurais manterem Área de Reserva Legal, quiçá Área de Preservação Permanente<sup>35</sup>. Ademais, ela é uma das opções disponíveis no processo de regularização ambiental e que apenas poderá ser utilizada na compensação ambiental de degradações ocorridas até 22/07/2008 – ou seja, não poderá ser utilizada para presentes e futuras violações ambientais.

Por via reflexa as teses até aqui apresentadas, o argumento do *princípio da vedação* de retrocesso socioambiental estaria presente quando se compara a normatização da Cota de Reserva Ambiental no Código Florestal de 2012 com a da sua antecessora (revogado Código Florestal de 1965). Ao revés desse “retrocesso”, na atual versão, a cota tem condicionantes

<sup>34</sup> Urge diferenciar gerenciamento de gestão ambiental. O primeiro é um “sistema ou modalidade de administrar problemas e interesses relativos ao meio ambiente em escala operacional e no âmbito de assuntos específicos. A gestão ambiental, ao invés, se ocuparia da definição de objetivos e políticas, assim como da chamada governança, da implementação de medidas concretas em casos particulares, valendo-se dos métodos e meios propiciados pelo planejamento que se pratica tanto no setor público, como na iniciativa privada.” (MILARÉ, 2015, p. 638)

<sup>35</sup> Conceitua o Código Florestal de 2012, no artigo 3º, inciso II, “Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.”



próprias e delimitadas que a tornam um potencial instrumento de proteção ao meio ambiente, atingindo principalmente a regularização ambiental das áreas degradadas até o dia 22/08/2008.

Inicialmente urge compreender que o princípio da vedação de retrocesso socioambiental decorre de uma construção histórica de reconhecimento de direitos fundamentais na seara ambiental e social, que no Estado de Direito (Ambiental<sup>36</sup>) devem ser mantidos ou aprimorados. Por conseguinte, o princípio funciona como um coibidor de tentativas regressivas aos direitos fundamentais, impulsionadas por interesses políticos ou jurídicos corruptivos. Sobre o princípio em epígrafe, mister colacionar as ponderações de Sarlet e Fensterseifer:

Em linhas gerais, portanto, é possível afirmar que a garantia da proibição de retrocesso tem por escopo preservar o bloco normativo – constitucional e infraconstitucional – já construído e consolidado no ordenamento jurídico, especialmente naquilo em que objetiva assegurar a fruição dos direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais. (2010, p. 10)

A atuação do Poder Público deve estar em consonância com os pressupostos constitucionais e legais aliados ao princípio da vedação de retrocesso ecológico (que tem estreita relação com a proteção da dignidade humana). Sendo conclusivo que o Poder Legislativo não deve escorar-se indevidamente no princípio democrático para utilizar de maneira arbitrária a discricionariedade que lhe é peculiar na elaboração de normas.

Adverte Prieur (2012, p. 18) que em matéria ambiental, o retrocesso é inimaginável, “[n]ão se pode considerar uma lei que, brutalmente, revogue normas antipoluição ou normas sobre a proteção da natureza; ou, ainda, que suprima, sem justificativa, áreas ambientalmente protegidas”.

É importante compreender que o princípio da vedação de retrocesso não estanca a dinamicidade própria da sociedade, ou seja, ele leva em consideração as constantes transformações sociais, políticas, jurídicas, ambientais, econômicos e avanços tecnológicos. Por outro lado, impõe que no processo de atualização (ou melhor, correspondência) do ordenamento jurídico com a atual conjuntura social, este seja feito com critérios e respeito a todo o conjunto de direitos e obrigações basilares consolidados. Neste sentido, explica Prieur:

A não regressão vai, assim, se situar num cursor entre a maior despoluição possível – que evoluirá no tempo, graças aos progressos científicos e tecnológicos – e o nível mínimo de proteção ambiental, que também evolui constantemente. O recuo hoje não seria o mesmo recuo de ontem, como se pode notar das palavras de Naim Gesbert (2011, p. 28), para quem a não regressão permite uma adaptação “evolutiva, em espiral ascendente”, do Direito Ambiental. (2012, p. 24-25)

O limite material ao princípio da vedação de retrocesso é a preservação do mínimo existencial socioambiental, que é o núcleo essencial dos direitos fundamentais que abrange “o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável, ou seja, de uma vida que corresponda a padrões qualitativos mínimos.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010, p. 18)

Não obstante haver uma flexibilização na regulamentação da Cota de Reserva Ambiental no Códex florestal vigente e que o instrumento precisa de adequações pós-decisão do Supremo

36 Carvalho (2017, p. 113-114) explica que “o Estado democrático ambiental tem por escopo a formação de um ‘Estado de justiça ambiental’, proibindo-se iniquidade e qualquer espécie de discriminação, tidas através de quaisquer decisões, seleções, práticas administrativas ou ações materiais que digam respeito à tutela ambiental ou à transformação do território e que onerem de forma injusta determinados grupos, comunidades, minorias, indivíduos, em vista de sua raça, situação econômica ou localização geográfica”. Ademais, urge destacar que o “Estado Ambiental terá de ser, por evidente, um Estado de Direito, desprezando-se qualquer autoritarismo ou fundamentalismo ambiental”. (CARVALHO, 2017, p. 114) Ou seja, na análise de causas ambientais, o autor deve manter a racionalidade jurídica em consonância com a realidade, mas sem se subverter ao ativismo ambiental ou econômico.

Tribunal Federal, o núcleo essencial de proteção e manutenção do meio ambiente ecológico via cotização de áreas verdes nativas ainda está preservado. Logo não deve prosperar a tese de que neste caso há violação ao princípio da vedação de retrocesso socioambiental.

Outrossim ao analisar a instituição da Cota de Reserva Ambiental no Brasil, o Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM) apontou alguns benefícios ambientais com essa estratégia, tais como:

Com a instituição das CRAs, se preserva o que já existe, com a vantagem de que a área sobre a qual foi instituída, além de ficar protegida, ainda recebe um incentivo financeiro para a sua conservação. Assim, em vez de um proprietário recuperar uma floresta mais pobre em biodiversidade e serviços ecossistêmicos enquanto outro desmata uma floresta mais rica, mantém-se em pé a floresta rica e diversa. Além disso, a instituição das CRAs pode ajudar a financiar a recuperação da vegetação nativa em áreas degradadas que não tenham boas possibilidades produtivas. (2015, p. 9)

Destarte, sem olvidar dos outros instrumentos e medidas para a preservação das florestas nacionais e que caberá ao órgão ambiental competente avaliar qual a melhor estratégia a ser utilizada, a Cota de Reserva Ambiental destaca-se por ser um novo método (teoricamente promissor) de reconhecimento àqueles que mantêm áreas verdes superavitárias em suas propriedades e de gerenciamento florestal.

Outro ponto de merecer ser destacado é a importância da fixação de uma data para a utilização da Cota de Reserva Ambiental, pois faz com que o instrumento seja exequível, transparente e criterioso.

O artigo 66 do Código Florestal de 2012 estabelece que os proprietários de imóveis rurais poderão utilizar a compensação ambiental, via Cota de Reserva Ambiental, para regularizar as áreas de vegetação natural devastadas até o dia 22/07/2008. Esta data se refere à promulgação do Decreto presidencial nº 6.514<sup>37</sup>.

Não obstante o Supremo Tribunal Federal ter se posicionado pela constitucionalidade deste artigo, insiste-se que o mais acertado teria sido a utilização da Medida Provisória nº 2.166-67/2001<sup>38</sup>, como marco temporal.

Primeiro porque, como bem assevera Carvalho (2017, p. 46), os atos normativos no Brasil possuem hierarquia funcional, balizada no artigo 59 da Constituição Federal de 1988, que sem olvidar da supremacia da Constituição, dispõe a seguinte ordem decrescente: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

A Medida Provisória é um ato normativo com força de lei<sup>39</sup>, que poderá ser expedida em caso de relevância e urgência pelo Presidente da República, a qual deverá ser submetida imediatamente ao Congresso Nacional (artigo 62 da Constituição Federal de 1988). Por outro lado, o Decreto presidencial é um ato administrativo formal, que deve vir a complementar ou

37 Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, o processo administrativo federal para apuração destas infrações, dentre outras providências.

38 Expedida pelo Chefe maior do Poder Executivo nacional, esse decreto foi responsável por ter modificado o revogado Código Florestal, estabelecendo que deveria ser mantido a título de Área de Reserva Legal o percentual mínimo de 80% na propriedade rural situada no bioma Amazônia Legal; 35% se estivesse no Cerrado localizado na Amazônia Legal, sendo no mínimo 20% na propriedade e 15% na forma de compensação ambiental em outra área localizada na mesma microbacia hidrográfica; 20% se estivesse em área de florestal, em outras formas de vegetação nativa ou em Campos Gerais.

39 O Supremo Tribunal Federal pacificou o seguinte entendimento: “O que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao poder público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio periculum in mora que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa. (...) É inquestionável que as medidas provisórias traduzem, no plano da organização do Estado e na esfera das relações institucionais entre os Poderes Executivo e Legislativo, um instrumento de uso excepcional. A emanação desses atos, pelo presidente da República, configura momentânea derrogação ao princípio constitucional da separação dos Poderes. [ADI 221 MC, rel. min. Moreira Alves, voto do min. Celso de Mello, j. 29-3-1990, P, DJ de 22-10-1993].”

regulamentar uma lei, e não suprimir a competência material<sup>40</sup> de um ato legislativo. Logo, a Medida Provisória possui *status* hierárquico normativo superior ao do Decreto.

Segundo porque, este novo marco temporal iria acrescer em mais de sete anos de degradação ambiental causados no interior das propriedades rurais do país absorvidos pelo Decreto presidencial nº 6.514/2008, e que, por conseguinte, deveriam ser regularizados pelos métodos comuns.

O retrocesso socioambiental quanto à possibilidade de usar a Cota de Reserva Ambiental para compensar áreas ambientais deterioradas até 22/07/2008 e a desobrigação das pequenas propriedades rurais não são vícios constitucionais do instrumento em si. Mas sim de dispositivos conexos, que também inferem em outros institutos do Código Florestal, os quais mesmo pós-decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda conturbam a real efetivação do instrumento e a consubstanciação de seus impactos positivos.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sistemática do direito promocional aliada ao princípio do protetor-recebedor exteriorizado no Sistema de Pagamento por Serviços Ambientais, possibilita ao Poder Público uma nova concepção para a gestão ambiental, com a promoção e bonificação pelas ações positivas (em detrimento das puramente sancionatórias) para a efetiva proteção e ampliação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Raciocínio que intensifica o mandamento constitucional de corresponsabilidade à defesa do meio ambiente natural, evidenciado nas áreas rurais do país, que prescinde de um entrelaçamento maior do Poder Público com os proprietários rurais (haja vista que possui uma parcela resistente ao ecologismo), viabilizando mais interações particulares – ainda que sob a verniz econômico - em prol da coletividade (intergeracional).

Ante o exposto, é possível deduzir que a Cota de Reserva Ambiental, como título de crédito (nominativo), (a) é uma alternativa factível para que os imóveis rurais deficitários ambientalmente, sejam adequados aos ditames constitucionais e legais de proteção da natureza; (b) apresenta um novo nicho mercadológico relacionado à proteção ambiental; (c) promove o reconhecimento e o estímulo econômico aos próprios proprietários rurais para manterem áreas ambientais nativas, até mesmo, em percentuais superavitários.

Não obstante as intenções com a implantação da Cota de Reserva Ambiental serem positivas para a manutenção e ampliação de áreas verdes ecológicas, bem como para auxiliar o proprietário de imóvel rural deficitário ambientalmente à regularizá-lo, incontestemente que o instrumento possui alguns direcionamentos do *agrobusiness*.

E não há como não se concluir que a avaliação técnica-jurídica do Supremo Tribunal Federal, em muitos pontos, tornou a regulamentação e a aplicação deste instrumento ainda mais conturbada. Por isso é preciso analisá-lo e o operar com cautela, tendo como base a engenharia constitucional (regras e princípios) de proteção ambiental.

Com a utilização da Cota de Reserva Ambiental, em sua atual normatização, é imprescindível a maturação técnica, jurídica e política do instrumento, para que efetivamente seja uma boa estratégia a ser usufruída pela sociedade do século XXI, levando-se em

<sup>40</sup> “Em matéria ambiental, não raras as vezes, há um processo de verdadeira ampliação das restrições a direitos subjetivos por meio de instrumentos normativos infralegais, tais como resoluções, portarias ou instruções normativas. Como é sabido, os decretos legislativos têm a função exclusiva de regulamentar determinada norma legal, tendo, portanto, a ‘estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.’ De tal maneira, os regulamentos [e as demais espécies infralegais expedidas, sobretudo, pelo Poder Executivo] não podem transformar ou ampliar o caráter restritivo aos direitos subjetivos, sob pena de violação ao Princípio da Legalidade, como elemento estruturante do Estado de Direito.” (CARVALHO, 2017, p. 46-47).

consideração a prevalência do princípio do protetor-recebido, em razão da pouca eficácia da simples punição do poluidor. O desenvolvimento sustentável, neste sentido, demanda um repensar quanto aos clássicos mecanismos e ideologias de tutela dos bens ambientais. A futura geração depende de propostas mais efetivas desenvolvidas no presente, dentre elas, a utilização da Cota de Reserva Ambiental sob à égide de uma preservação e recuperação do meio ambiente inteligente e socioeconomicamente viável.

## REFERÊNCIAS

ALTMANN, Alexandre. Princípio do preservador-recebido: contribuições para a consolidação de um novo princípio de direito ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. p. 125 - 161. In: **Princípios do Direito Ambiental: Atualidades**. v. 1. SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da (Org.). Caxias do Sul: EDUCS, 2012. Disponível em: <[http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/institucional/esgc/biblioteca\\_eletronica/livros/principios\\_direito\\_ambiental\\_EDUCS\\_ebooks.pdf](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/institucional/esgc/biblioteca_eletronica/livros/principios_direito_ambiental_EDUCS_ebooks.pdf)>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa, 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01º fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965**. Institui o novo Código Florestal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm)>. Acesso em: 09 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo em Recurso Especial 1149867 MG 2017/0197092-6**. Relator: Ministra Assusete Magalhães. Data da Publicação: DJ 24/10/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=im%F3vel+rural+com+%E1rea+de+at%E9+o4+%28quatro%29+m%F3dulos+fiscais+est%E1+desonerado+de+constitui%E7%E3+da+averba%E7%E3+da+reserva+legal&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.901 – DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Protocolo: 13 jan. 2013. Data da Autuação: 21 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4355097>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.937 – DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Protocolo: 04 abr. 2013. Data da Autuação: 04 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4388129>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CARVALHO, Delton Winter de. Estado de Direito Ambiental. *In: Gestão Jurídica Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). **Resolução nº 10, de 1 de outubro de 1993**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=135>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

FRENTE PARLAMENTAR DA AGROPECUÁRIA (FPM). **Integrantes**. 2018?. Brasília. Disponível em: <<http://fpagropecuaria.org.br/integrantes/todos-os-integrantes/>>. Acesso em: 18 maio 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA AMBIENTAL DA AMAZÔNIA (IPAM). **Cotas de Reserva Ambiental (CRA) para a conservação e o desenvolvimento sustentável: informações básicas para tomadores de decisão nos Estados/Elaboração**. AZEVEDO, Andrea A.; STABILE, Marcelo C. C.; REIS, Tiago N. P. (Coord.). Brasília: IPAM, 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA). **Consulta de Imóveis Rurais-Brasil**. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/estrutura-fundiaria/estat-sticas-de-im-veis-rurais-/brasil\\_cadastro\\_imoveis\\_rurais\\_geral\\_pub\\_e\\_priv.pdf](http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/estrutura-fundiaria/estat-sticas-de-im-veis-rurais-/brasil_cadastro_imoveis_rurais_geral_pub_e_priv.pdf)>. Acesso em: 18 maio 2018.

JURAS, Ilidia da Ascensão Garrido Martins; GANEM, Roseli Senna. **Código Florestal: Tabela comparativa dos textos da Câmara, do Senado e Redação final**. Elaborado pela Consultoria Legislativa. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, abr. de 2012. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/9048>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

LEHFELD, Lucas de Souza; CARVALHO, Nathan Castelo Branco de; BALBIM, Leonardo Nassif. **Código Florestal comentado e anotado: artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MANGUEIRA, Carlos Otaviano de M. Função Social da Propriedade e Proteção ao Meio Ambiente: Notas sobre os Espaços Protegidos nos Imóveis Rurais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 37, n. 146, 2000.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. As partes na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Direta de Constitucionalidade. *In: Normatividade Jurídica: Curso de Constitucional. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, Rio de Janeiro, p. 78-91, mai. 2012. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica\\_78.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_78.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Tradução de José Antônio Tietzmann e Silva. *In: O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília-DF: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA), 2012. p. 11-54. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

RAJÃO, Raoni. **Cotas de reserva ambiental (CRA):** viabilidade econômica e potencial do mercado no Brasil. *In: RAJÃO, Raoni; SOARES FILHO, Britaldo Silveira (Coord.)*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora IGC/UFMG, 2015. Disponível em: <[http://csr.ufmg.br/cra/Rajao\\_Soares\\_15\\_CRA%20no%20Brasil\\_hires.pdf](http://csr.ufmg.br/cra/Rajao_Soares_15_CRA%20no%20Brasil_hires.pdf)>. Acesso em: 09 abr. 2018.

REYDON, Batiann Philip. A regulação institucional da propriedade da terra no Brasil: uma necessidade urgente. *In: Dimensões do agronegócio brasileiro: políticas, instituições e perspectivas*. RAMOS, Pedro (Org.). Brasília: Nead Estudos, 2007. p. 226-262. Disponível em: <[http://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Agronegocios/Dimensoes\\_do\\_agronegocio\\_brasileiro.pdf](http://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Agronegocios/Dimensoes_do_agronegocio_brasileiro.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria (socio)ambiental**. 2010. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org/biblioteca-virtual/artigos-juridicos/notas-sobre-os-deveres-de-protecao-do-estado-e-a-garantia-da-proibicao-de-retrocesso-em-materia-socioambiental>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

SOARES FILHO, Britaldo Silveira. **Impacto da revisão do Código Florestal: como viabilizar o grande desafio adiante?** Brasil: Secretaria de Assuntos Estratégicos, 2013?. Disponível em: <[https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/artigo-codigo-florestal\\_britaldo\\_soares\\_sae\\_2013pdf.pdf](https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/artigo-codigo-florestal_britaldo_soares_sae_2013pdf.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **A Constituição e o Supremo: Artigo 62**. Brasília: 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

DOS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE PARA A  
PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO DAS  
CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

FELIPE MONTENEGRO VIVIANI GUIMARÃES  
ODONE SANGUINÉ

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019

# DOS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE PARA A PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

## THE VALIDITY PRESUPPOSITIONS FOR THE PUBLIC INTEREST PROROGATION OF PUBLIC SERVICE CONCESSIONS

Recebido: 04/10/2019  
Aprovado: 12/12/2019

Felipe Montenegro Viviani Guimarães<sup>1</sup>  
Odone Sanguiné<sup>2</sup>

### RESUMO:

Este artigo trata da prorrogação das concessões de serviço público por meras razões de conveniência e oportunidade das partes (ou prorrogação por interesse público). Seu objetivo é verificar os pressupostos de validade para a realização dessa espécie de prorrogação. O método de abordagem do tema é o dedutivo, e o método de pesquisa, o bibliográfico. Por fim, a principal conclusão deste artigo é que os pressupostos de validade da prorrogação por interesse público são: (i) previsão em lei; (ii) outorga precedida de licitação; (iii) previsão no edital de licitação; (iv) concessão em vigor; (v) não realização de prorrogação por interesse público anteriormente; (vi) fiel cumprimento do contrato pela concessionária; (vii) vantajosidade da medida; (viii) consenso entre as partes; e (ix) qualificação no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Serviço público. Concessão. Prorrogação. Pressupostos de validade.

### ABSTRACT:

This article deals with the prorogation of public service concessions for mere reasons of convenience and opportunity of the parties (or public interest prorogation). Its purpose is to verify the validity presuppositions for the realization of this species of prorogation. The method of approach of the theme is the deductive, and the research method, the bibliographic. Finally, the main conclusion of this article is that the validity presuppositions of the public interest prorogation are: (i) provision in law; (ii) grant preceded by public bidding; (iii) provision in the bid notice; (iv) concession in force; (v) non realization of public interest prorogation previously; (vi) faithful fulfillment of the concession contract by the concessionaire; (vii) advantage of the measure; (viii) agreement between the parties; and (ix) qualification in the Investment Partnership Program – PPI.

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica – SP. Advogado. Email: felipemvg@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutor pela Universitat Autònoma de Barcelona, Espanha. Pós-doutorado pela Washington University School of Law in St. Louis (MO), EUA e Universiteit Utrecht, Holanda. Professor Associado, classe D, nível 04, da Faculdade de Direito da UFRGS. Coordenador da Especialização em Direito Penal e Política Criminal: sistema constitucional e Direitos Humanos da UFRGS. Advogado. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). Email: odonesang@hotmail.com



**Keywords:** Administrative law. Public service. Concession. Prorogation. Validity presuppositions.

## INTRODUÇÃO

No presente artigo, nós analisaremos o instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público, mais especificamente a prorrogação por meras razões de conveniência e oportunidade das partes ou, simplesmente, prorrogação por interesse público.

A referida análise justifica-se por diversas razões. Em primeiro lugar, porque a prorrogação por interesse público de inúmeras concessões foi autorizada, recentemente, no Brasil, por diversos atos normativos, de modo que o interesse teórico e prático pelo tema realmente é muito grande neste momento em nosso País<sup>3</sup>. Em segundo lugar, porque a prorrogação por interesse público constitui questão de monta, que afeta a vida de milhares de usuários, em geral por muitos anos, merecendo, pois, estudo acurado. E, em terceiro lugar, porque existem poucos artigos tratando, especificamente, da prorrogação por interesse público das concessões de serviço público, razão pela qual o presente trabalho buscará contribuir para o aprofundamento dos conhecimentos científicos sobre esse instituto do Direito Administrativo.

Assim sendo, nosso objetivo consiste em verificar os pressupostos de validade para a realização da prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. E nossa hipótese de pesquisa é que esses pressupostos são bastante rígidos, dado o caráter excepcional do instituto da prorrogação.

O método de abordagem do tema é o dedutivo. E o método de pesquisa, o bibliográfico, consubstanciado na interpretação das diversas normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais) que regulam o instituto da prorrogação no Brasil, à luz da jurisprudência e da doutrina.

Por fim, o presente artigo está dividido, basicamente, em duas seções. Na primeira, nós apresentaremos as espécies de prorrogação das concessões de serviço público, com vistas a determinarmos as características específicas da prorrogação por interesse público. Na segunda, nós verificaremos os pressupostos de validade para a realização dessa espécie de prorrogação. Ao final, exporemos, resumidamente, nossas principais conclusões.

## 1. ESPÉCIES DE PRORROGAÇÃO

Em nível constitucional, o fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público reside na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), art. 175, par. ún., I, a qual estabelece que a lei disporá, dentre outras matérias, sobre a “prorrogação” dessas concessões.

No exercício da competência legislativa acima, foram editadas diversas leis ordinárias (gerais e setoriais) regulando a prorrogação das concessões de serviço público. Exemplo: (i) a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões), art. 18, XIV; 23, XII; e 42, §§ 2.º e 3.º; (ii) a Lei 11.079/04 (Lei de Parcerias Público-Privadas), art. 3.º, *caput* e § 1.º; 5.º, *caput* e I; e 11; (iii) a Lei 12.783/13 (Lei de Prorrogação do Setor Elétrico), art. 1.º a 16; 21, III; e 26; (iv) a Lei 12.815/13 (Lei do Setor Portuário), art. 57, 62, 66 e 67; e (v) a Lei 13.448/17 (Lei de Prorrogação dos Setores Rodoviário e Ferroviário), art. 1.º a 11; 22; 24 a 27; 30; e 32.

A interpretação sistemática das diversas leis gerais e setoriais sobre a matéria permite-nos concluir que a prorrogação das concessões de serviço público – ou seja, o prolongamento

<sup>3</sup> Cf., no âmbito do Estado de São Paulo, a recente Lei 16.933/19, art. 1.º a 7.º; 16; e 17.

de seu prazo de vigência – pode ser classificada, basicamente, em três espécies; a saber: (i) a prorrogação por emergência; (ii) a prorrogação por reequilíbrio; e (iii) a prorrogação por interesse público, que se subdivide, por sua vez, em: (a) prorrogação comum; e (b) prorrogação antecipada<sup>4e5</sup>.

Vejamos, então, quais são as características específicas dessas espécies de prorrogação, especialmente da última delas.

### 1.1 Prorrogação por emergência

A prorrogação por emergência visa a garantir a continuidade da prestação do serviço público concedido. Ela é realizada quando, próximo ao final da concessão, o Poder Concedente verifica que não tem condições de prestar, diretamente, o serviço público concedido nem tempo suficiente para realizar a licitação pública para nova outorga da atividade. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo tempo necessário para o Poder Concedente preparar-se para prestar, diretamente, o serviço público ou realizar a licitação pública para nova outorga da atividade – em regra, de seis a vinte e quatro meses.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras, na Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu art. 32, que, se houver “estudo ou licitação em andamento”, e se não houver “tempo hábil para que o vencedor do certame assuma o objeto do contrato”, o Poder Concedente poderá “estender o prazo do contrato, justificadamente, por até vinte e quatro meses, a fim de que não haja descontinuidade na prestação do serviço”<sup>6</sup>.

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. Com efeito, no AgRg no AREsp 481.094/RJ, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que, para evitar a “paralisação na prestação do serviço de transporte”, “em completa afronta ao princípio da continuidade”, uma permissão de serviço público pode ser prorrogada pelo prazo necessário à “conclusão do procedimento licitatório” (no caso, foi autorizada a prorrogação por “até um ano”), se, “em razão da desmobilização da infraestrutura estatal”, for verificada a “impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação do referido serviço” ao término da outorga (BRASIL, 2014).

Por fim, a doutrina também admite a prorrogação por emergência das concessões de serviço público. De fato, Dallari (1988, p. 83-88) ensina que, “com fundamento no princípio da continuidade do serviço público”, e com vistas a “evitar a interrupção abrupta e instantânea

4 Propomos as expressões “prorrogação por emergência”, “prorrogação por reequilíbrio” e “prorrogação por interesse público” (“comum” ou “antecipada”) para denominar as espécies de prorrogação das concessões de serviço público por sua relativa clareza e concisão. Nada obstante, reconhecemos que a expressão “prorrogação por interesse público” não é ideal, mas, apenas, utilitária, já que toda prorrogação visa, ao fim e ao cabo, a promover o interesse público – ademais, como toda medida administrativa destina-se a fazê-lo (finalidade genérica). Apesar desse problema de “rótulo”, buscaremos demonstrar, nas seções abaixo, que as espécies de prorrogação das concessões de serviço público possuem características específicas inconfundíveis. Por fim, vale destacar que ainda existe grande divergência na doutrina acerca da terminologia adequada para nomear as espécies de prorrogação. Por exemplo, para denominar a prorrogação por emergência, Souto (2004, p. 404-406) utiliza a expressão “prorrogação emergencial”; Borges (2001, p. 861), a expressão “prorrogação excepcional”; e Nascimento (2017, p. 56), a expressão “prorrogação extraordinária”. Para designar a prorrogação por reequilíbrio, Schwind (2015, p. 495) faz uso da expressão “prorrogação-reequilíbrio”; Torgal (2011, p. 232), da expressão “prorrogação correctora”; e Canto e Guzela (2017, p. 212), da expressão “prorrogação extraordinária”. Por fim, para nomear a prorrogação por interesse público, Andrade (2015, p. 215-216) lança mão da expressão “prorrogação por motivos de conveniência e oportunidade”; Freitas (2017, p. 178), da expressão “prorrogação premial”; e Guimarães (2017, p. 58), da expressão “prorrogações ordinárias”.

5 Algumas leis setoriais utilizam as expressões “prorrogação contratual” e “prorrogação antecipada” para denominar as subespécies de prorrogação por interesse público. Exemplo: a Lei 12.815/13, art. 57; e a Lei 16.933/19, art. 3.º, I. Todavia, a nosso sentir, a expressão “prorrogação contratual” merece crítica. É que, tanto a “prorrogação não antecipada”, quanto a “prorrogação antecipada” prorrogam um contrato de concessão de serviço público, podendo, pois, ser chamadas de “prorrogação contratual”. Eis a razão pela qual, sem desconhecer a terminologia legal (e, principalmente, sem deixar de informá-la ao leitor), preferimos, para designar as subespécies de prorrogação por interesse público, fazer uso das expressões “prorrogação comum” e “prorrogação antecipada”, as quais, a nosso juízo, denotam, mais corretamente, seu objeto.

6 Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 12.783/13, art. 9.º; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 16.

de um determinado serviço” público (“que, por definição, é essencial”), “o Poder Público pode determinar ao concessionário que permaneça executando esse serviço por mais algum tempo”, “até a sua integral regularização, o que se dará mediante a celebração de novas concessões, precedidas do indispensável procedimento licitatório”<sup>7</sup>.

## 1.2 Prorrogação por reequilíbrio

A prorrogação por reequilíbrio visa a recompor a relação inicial entre os encargos e a remuneração da concessionária sem a elevação do valor das tarifas, a redução das obrigações da concessionária e/ou o comprometimento de recursos públicos. Ela é realizada em caso de desequilíbrio econômico-financeiro da concessão, causado pela concretização de risco compreendido no conceito de álea extraordinária (administrativa ou econômica), atribuído, contratualmente, ao Poder Concedente – nomeadamente, a alteração unilateral do contrato, o fato do príncipe, o fato da Administração, as sujeições imprevistas e o caso fortuito ou força maior. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo prazo necessário à integral recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial da outorga.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outros, no Decreto 7.624/11, o qual, ao dispor sobre as condições para a exploração do serviço público aeroportuário pela iniciativa privada em regime de concessão, estabelece, em seus art. 6.º e 18, II, que o prazo da outorga será definido pelo Poder Concedente, “podendo ser prorrogado uma única vez, por até cinco anos, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da efetivação de riscos não assumidos pela concessionária no contrato”<sup>8</sup>.

A propósito, a jurisprudência já afirmou a juridicidade da prorrogação por reequilíbrio. Com efeito, no Acórdão 774/16, que respondeu à consulta formulada pela Secretaria de Portos da Presidência da República, suscitando dúvida sobre a aplicação do instituto da prorrogação por reequilíbrio, o Tribunal de Contas da União (TCU) disse, “em conclusão”, que a “recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário [que muito se assemelham aos contratos de subconcessão de serviço público<sup>9</sup>] poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual” (BRASIL, 2016).

Por derradeiro, a doutrina também apoia a prorrogação por reequilíbrio das concessões de serviço público. De fato, Amaral (2012, p. 16-30) leciona que a prorrogação por reequilíbrio busca “corrigir eventual desequilíbrio econômico-financeiro” da concessão, tendo lugar – “independentemente de constar do contrato cláusula de prorrogação” – em razão de “desequilíbrio econômico-financeiro” causado pela concretização de “risco contido na álea extraordinária”, pelo prazo “estritamente necessário ao reequilíbrio”<sup>10</sup>.

## 1.3 Prorrogação por interesse público

A prorrogação por interesse público visa a promover a prestação adequada do serviço público. Ela é realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que os pressupostos de validade da medida estejam presentes<sup>11</sup> e a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas) propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem

7 Cf., ainda: CÂMARA, 2014, p. 347; MORAIS, 1957, p. 447-457.

8 Cf., ainda: no âmbito federal, Resolução ANTAQ 3.220/14, art. 14, III; no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 4.º, § 2.º; 5.º, par. ún.; e 7.º, § 1.º, 8.

9 MOREIRA NETO; FREITAS, 2015, p. 83-84 e 88.

10 Cf., ainda: JUSTEN FILHO, 2016, p. 128-129 e 131-134; SANTOS, 2006, p. 108-110.

11 Os pressupostos de validade da prorrogação por interesse público serão apresentados na seção 2 abaixo.

da prorrogação *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade<sup>12</sup>. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo prazo previsto em lei ou no próprio ajuste.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras, na Lei 9.472/97, a qual dispõe, em seu art. 99, que o prazo de vigência das concessões do serviço público de telecomunicações será, no “máximo”, de “vinte anos”, podendo ser prorrogado “uma única vez, por igual período”, desde que a concessionária “tenha cumprido as condições da concessão” e aceite os “condicionamentos” propostos pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em vista das circunstâncias vigentes à época – dentre outros, o “pagamento” pelo prolongamento da outorga do “direito de exploração do serviço”<sup>13</sup>.

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. Com efeito, no Acórdão 2.200/15, o TCU decidiu que a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário “não afronta o princípio de índole constitucional de prévia licitação para a celebração de contratos”, desde que: (i) a celebração de tais ajustes tenha sido precedida de “regular procedimento licitatório”; e (ii) a prorrogação seja condicionada à realização de “novos investimentos” na infraestrutura portuária (BRASIL, 2015b).

E, no Acórdão 2.253/15, o TCU considerou “constitucional” a prorrogação simultânea de quarenta e três concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica com vencimento até 2017 (desde que as concessionárias aceitassem as novas metas de qualidade e de gestão econômico-financeira definidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica), porque entendeu caracterizadas “situações de exceção” que justificavam a não realização de licitação pública (BRASIL, 2015a)<sup>14</sup>.

Por fim, a doutrina também admite a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. De fato, Mello, C. (2009, p. 57) ensina que as concessões de serviço público podem ser prorrogadas “por simples convicção da conveniência e oportunidade administrativa da extensão de seu prazo”, neste caso, desde que haja: (i) “previsão legal autorizadora”; (ii) “possibilidade [...] acolhida no edital”; (iii) “bom desempenho do concessionário”; e (iv) “interesse de ambos na continuidade daquele vínculo”<sup>15</sup>.

### 1.3.1 Subespécies de prorrogação por interesse público

Segundo o momento em que é realizada, a prorrogação por interesse público pode ser classificada em: (i) prorrogação comum; e (ii) prorrogação antecipada<sup>16</sup>.

Vejamos, então, no que consiste cada uma delas.

#### 1.3.1.1 Prorrogação comum

Prorrogação comum é aquela realizada ao final da concessão.

12 Exemplo: (i) o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) a realização de novos investimentos na concessão; e (iii) a extinção do caráter de exclusividade da outorga.

13 Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 9.074/95, art. 19 c.c 25; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 3.º, I e II.

14 Outro precedente importante será a decisão do TCU sobre a prorrogação da concessão da Rumo-Malha Paulista, *leading case* em matéria de prorrogação antecipada de concessões ferroviárias na Corte. A propósito, a Agência Nacional de Transportes Terrestres já aprovou a referida prorrogação, que agora aguarda o aval da Corte de Contas. O TCU ainda não tem data para decidir sobre a matéria. Mas o Ministério Público de Contas apresentou, recentemente, parecer recomendando a “rejeição” da medida “em razão da ausência de vantagem na prorrogação do contrato em relação à realização de nova licitação”.

15 Cf., ainda: GARCIA, 2015, p. 416-426; MARQUES NETO, 2015, p. 167-171.

16 Guimarães e Gaggiano (2017, p. 12) também entendem que “[a] distinção entre elas [ou seja, entre a prorrogação comum e a prorrogação antecipada] é mais cronológica do que de essência”, sendo certo que “[o] que distingue as duas medidas é o momento de implementação”.

Essa subespécie de prorrogação por interesse público está prevista, dentre outras, na Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu art. 4.º, I, que a prorrogação comum das concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário é aquela realizada ao “término da vigência do ajuste”<sup>17</sup>.

### 1.3.1.2 Prorrogação antecipada

Prorrogação antecipada é aquela realizada antes do final da concessão, respeitado, porém, o limite máximo de antecipação previsto em lei ou, subsidiariamente, no próprio ato de outorga<sup>18</sup>.

Essa subespécie de prorrogação por interesse público está prevista, dentre outras, na Lei 12.783/13, a qual estabelece, em seu art. 12, que o Poder Concedente poderá “antecipar os efeitos da prorrogação” das concessões do serviço público de energia elétrica, respeitado o limite máximo de antecipação de “até 60 (sessenta) meses do advento do termo contratual”<sup>19</sup>.

Vistas as características específicas da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada), vejamos, agora, seus pressupostos de validade.

## 2. PRESSUPOSTOS

Pressupostos são as circunstâncias sem as quais a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) não pode ser realizada validamente.

A nosso sentir, esses pressupostos são: (i) previsão em lei; (ii) outorga precedida de licitação; (iii) previsão no edital de licitação; (iv) concessão em vigor; (v) não realização de prorrogação por interesse público anteriormente; (vi) fiel cumprimento do contrato pela concessionária; (vii) vantajosidade da medida; (viii) consenso entre as partes; e (ix) qualificação no PPI.

Vejamos, então, o fundamento de cada um deles.

### 2.1 Previsão em lei

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, primeiro, que a possibilidade de prorrogação esteja prevista em lei.

É o que extraímos não apenas da reserva de lei estabelecida pela CRFB/88, art. 175, *caput* (que exige autorização legislativa para a delegação de serviços públicos – e, coerentemente, para a prorrogação dessa delegação), mas também da Lei 8.666/93, a qual prevê, em seu art. 92 c.c 124, que a “prorrogação” das concessões de serviço público “sem autorização em lei” constitui crime.

A propósito, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe autorização em lei. De fato, Meirelles (1982, p. 405-413) ensina que, “[p]ara a concessão originária, sua renovação ou prorrogação ou nova concorrência do mesmo serviço, haverá, sempre, necessidade de autorização por lei, regulamentação por decreto e transferência da execução por contrato”, já que a regra é a prestação direta do serviço público; e arremata: “Toda

---

<sup>17</sup> Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 9.472/97, art. 99; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 3.º, I.

<sup>18</sup> O limite máximo de antecipação varia caso a caso conforme a(s) finalidade(s) específica(s) da prorrogação antecipada, sendo balizada sua fixação pelo princípio da proporcionalidade (CRFB/88, art. 1.º).

<sup>19</sup> Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 12.815/13, art. 57; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 3.º, II.

prorrogação de concessão de serviço público depende de autorização legislativa ao término de cada período contratual<sup>20</sup>.

Por fim, é preciso dar destaque ao presente pressuposto, porquanto ele serve para distinguir, de um lado, a prorrogação por interesse público e, de outro, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio. Com efeito, entendemos que, diferentemente da prorrogação por interesse público, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio podem ser realizadas sem expressa permissão em lei, uma vez que elas têm lugar diante de situações excepcionais, imprevisíveis no momento da outorga, respectivamente: a proximidade do término da concessão, sem que o Poder Concedente tenha condições de prestar, diretamente, o serviço público concedido nem tempo suficiente para realizar a licitação pública para nova outorga da atividade; e o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão causado pela concretização de risco compreendido no conceito de álea extraordinária<sup>21</sup>.

## 2.2 Outorga precedida de licitação

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a outorga da concessão de serviço público tenha sido precedida de licitação pública.

É o que extraímos não apenas da CRFB/88, art. 175, *caput*, que estabelece que toda concessão de serviço público será precedida, “sempre”, de “licitação”, mas também das Leis 8.987/95, art. 14, e 11.079/04, art. 10, que reafirmam essa exigência.

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu que concessão de serviço público outorgada sem prévia licitação pública – mesmo antes da entrada em vigor da CRFB/88 – não pode ser prorrogada. De fato, no ARE 869.007/DF-ED-AgR, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que, “nos termos do art. 175, *caput*, da Constituição Federal, é imprescindível prévia licitação para a concessão ou a permissão da exploração de serviços públicos”, razão pela qual “são inconstitucionais as prorrogações de concessão e de permissão que vão de encontro à referida premissa, inclusive as de contratos formalizados antes de 5 de outubro de 1988” (BRASIL, 2017).

Por derradeiro, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe outorga precedida de licitação. Com efeito, Rocha (1996, p. 60-61) leciona que, “[p]ara durar além do termo inicialmente estabelecido, urge, em primeiro lugar, que a concessão tenha sido contratada segundo o Direito”, pois “a prorrogação não é fórmula mágica permissiva de convalidação de vícios havidos na outorga da concessão, nem alarga, no tempo futuro, o que não pode existir no Direito vigente em determinado momento”<sup>22</sup>.

## 2.3 Previsão no edital de licitação

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a possibilidade de prorrogação esteja prevista no edital de licitação.

É o que extraímos não apenas do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Leis 8.987/95, art. 14; e 11.079/04, art. 12), mas também da Lei 8.666/93, a qual estabelece, em

<sup>20</sup> Cf., ainda: BARCELLOS, 2017, p. 177; CLÈVE, 2012, p. 10 e 29.

<sup>21</sup> Cf. FREITAS; RIBEIRO, 2017, p. 297-298.

<sup>22</sup> Cf., ainda: AMORIM, 2013, p. 58; TORGAL, 2011, p. 234-235.

seu art. 92 c.c 124, que a prorrogação das concessões de serviço público “sem autorização [...] no ato convocatório da licitação” constitui crime.

A propósito, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe autorização no edital de licitação – uma vez que tal circunstância possui aptidão para alterar as propostas dos licitantes (a simples a previsão/não previsão da possibilidade de prorrogação por interesse público no edital de licitação torna a concessão, enquanto atividade econômica, financeiramente mais ou menos atraente para os investidores). De fato, Mello, C. (2009, p. 57) ensina que a prorrogação por interesse público “depende de expressa previsão legal e contratual”, sob pena de “burla ao princípio da licitação, já que outros, se soubessem, antecipadamente, de tal possibilidade aberta pela lei e acolhida no edital, poderiam ter ocorrido ao certame ou, os que ocorreram, poderiam ter feito oferta distinta da que fizeram”<sup>23</sup>.

Por fim, é preciso realçar o presente pressuposto, porquanto ele também serve para distinguir, de um lado, a prorrogação por interesse público e, de outro, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio. Com efeito, entendemos que, diferentemente da prorrogação por interesse público, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio podem ser realizadas sem permissão no edital de licitação, uma vez que, além de não terem aptidão para alterar as propostas dos licitantes, tais espécies de prorrogação têm lugar diante de situações excepcionais, imprevisíveis no momento da outorga, como visto na seção 2.1 acima<sup>24</sup>.

## 2.4 Concessão em vigor

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a concessão esteja em vigor.

É o que extraímos, dentre outras, da Lei 12.815/13, a qual estabelece, em seu art. 57, que somente os contratos de arrendamento portuário “em vigor” poderão ser prorrogados.

Não fosse o bastante, é o que colhemos, ainda, da natureza jurídica do instituto sob análise. De fato, a prorrogação por interesse público possui natureza jurídica de negócio acessório, ou seja, não tem existência própria, pressupondo a do negócio principal, e seguindo a sorte deste. Assim sendo, extinta a concessão de serviço público, a prorrogação por interesse público torna-se juridicamente impossível por falta de objeto.

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu que concessão de serviço público extinta não pode ser prorrogada. Com efeito, na AMS 0000274-24.2004.4.03.6104/SP, o Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região decidiu que a “Lei 10.684/03”, que prorrogara as concessões e permissões do serviço público de armazenagem e movimentação de mercadorias em estação aduaneira interior vigentes em “30.05.2003”, não se aplicava a uma permissão finda em “23.05.2003”, “pois, afinal, não se prorroga contrato inexistente” (BRASIL, 2010).

Por sua vez, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe concessão em vigor. De fato, Meirelles (2002, p. 228-230) leciona que, nos “contratos que se extinguem simplesmente ao término do prazo” (como a “concessão de serviço público”), “[a] expiração do prazo de vigência sem prorrogação opera, de pleno direito, a extinção do contrato”, sendo certo que “[o] contrato extinto não se prorroga nem se renova: é refeito e formalizado em novo instrumento, inteiramente desvinculado do anterior”; por fim, o autor acrescenta: “[s] e a prorrogação não foi providenciada pela Administração antes de vencido o prazo contratual [...] será considerado irregular o instrumento de prorrogação feito posteriormente”, inclusive, “para a responsabilização dos agentes públicos envolvidos”<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Cf., ainda: SAADI; SANTOS NETO, 2016, p. 87 e 105; SCHWIND, 2015, p. 502-505.

<sup>24</sup> Cf. MELLO, R., 2014, p. 212 e 218-220.

<sup>25</sup> Cf., ainda: FARIA, 1999, p. 385; TELLES, 2000, p. 240.

Neste momento, é preciso considerar o entendimento de Beznos (1991, p. 268), para quem a prorrogação por interesse público pode ser realizada depois do término da concessão, desde que o “pedido de prorrogação” tenha sido protocolado pela concessionária “com antecedência [...] do termo final da avença”, já que “[t]al tempestiva manifestação de vontade [...] revela-se suficiente para fazer integrar ao seu patrimônio o direito à prorrogação, não se podendo penalizá-la com a demora administrativa para a formalização da mesma prorrogação”.

Sem desprestigiar, de modo algum, tão eminente administrativista, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento. Com efeito, afora a impossibilidade jurídica de prorrogação de concessão extinta, entendemos que a prorrogação por interesse público também possui natureza jurídica de negócio bilateral, formando-se, pois, a partir de um acordo de vontades entre Poder Concedente e concessionária de serviço público. Assim sendo, não nos parece que a simples manifestação de vontade da concessionária seja “suficiente para fazer integrar ao seu patrimônio o direito à prorrogação” antes de o Poder Concedente verificar a conveniência e oportunidade da medida administrativa.

Em verdade, entendemos que o Poder Concedente deve servir-se da prorrogação por emergência, se, protocolado o pedido de prorrogação pela concessionária, ele verificar que não terá tempo suficiente para decidir sobre a matéria antes da extinção da concessão, valendo-se, posteriormente, da prorrogação por interesse público, caso constate a conveniência e oportunidade da medida.

## 2.5 Não realização de prorrogação por interesse público anteriormente

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a concessão de serviço público não tenha sido prorrogada anteriormente por meras razões de conveniência e oportunidade das partes.

É o que extraímos, dentre outras:

- (i) da Lei 9.472/97, a qual estabelece, em seu art. 99, que as concessões do serviço público de telecomunicações só poderão ser prorrogadas “uma única vez”;
- (ii) da Lei 12.815/13, a qual dispõe, em seu art. 57, que a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário só terá lugar, se “ainda não realizada”; e
- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 5.º, § 3.º, que as concessões rodoviárias e ferroviárias poderão ser prorrogadas “uma única vez”, “desde que já não tenham sido prorrogadas anteriormente”.

Em verdade, entendemos que o pressuposto sob análise decorre da própria Constituição Federal. Explicamos. Ao tratar do prolongamento do prazo de vigência das concessões de serviço público por meras razões de conveniência e oportunidade das partes, a CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e 223, recorreu aos institutos da “prorrogação” e da “renovação”, atribuindo, coerentemente, regimes jurídicos distintos a eles. A possibilidade de prolongamentos sucessivos é uma das características específicas do regime jurídico do instituto da renovação (CRFB/88, art. 223, § 2.º). A nosso sentir, as características específicas do regime jurídico do instituto da renovação não podem ser replicadas nas leis que regulam o instituto da prorrogação por interesse público, sob pena de igualar-se aquilo que o legislador constituinte originário intencionalmente diferenciou. Assim sendo, concluímos, a partir da interpretação sistemática da CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e 223, que as concessões dos demais serviços públicos (que não o de radiodifusão) não podem ser prolongadas por períodos sucessivos<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Neste momento, vale a pena fazer uma brevíssima digressão para dizer que, a nosso sentir, a possibilidade de prolongamentos sucessivos das concessões de radiodifusão só foi admitida pelo legislador constituinte de 1988 (que amargara o autoritarismo da ditadura militar) em razão da especial relevância do serviço público de radiodifusão para o exercício da cidadania (CRFB/88, art.



É claro que poderíamos chegar à mesma conclusão – isto é, à proibição de prorrogações sucessivas – por outro caminho constitucional, mais precisamente, recorrendo ao dogma jurídico da inalienabilidade das competências públicas e aos princípios da isonomia/impeccabilidade (CRFB/88, art. 5.º e 37), moralidade/probidade (CRFB/88, art. 37) e eficiência/economicidade (CRFB/88, art. 37 e 70), que vedam a perpetuação de outorgas de serviço público e impõem ao Estado o dever de relicitar, de tempos em tempos, o direito de exploração da atividade econômica consubstanciada no serviço público – isto é, de convidar o mercado a concorrer, mais uma vez, pelo referido direito. Todavia, a nosso sentir, a interpretação sistemática da CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e 223, permite reconhecer, com maior concretude, o pressuposto sob exame.

A propósito, a jurisprudência já reconheceu que a prorrogação por interesse público não pode ser realizada de maneira sucessiva. De fato, no REsp 912.402/GO, o STJ decidiu que, conquanto a Lei 8.987/97 não estabeleça “limitação do prazo de prorrogação” das concessões ou permissões do serviço público de “loteria”, tais outorgas não podem ser prorrogadas de maneira “sucessiva”, sem a abertura de novo procedimento licitatório, uma vez que “[a] prorrogação indefinida do contrato é forma de subversão às determinações legais e constitucionais que versam sobre o regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos” (BRASIL, 2009).

E, no Acórdão 574/06, que tratou da prorrogação sucessiva dos contratos de franquia celebrados entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e as Agências de Correio Franqueadas, o TCU decidiu que era “flagrante a inconstitucionalidade” da Lei 10.577/02, que prorrogara “por mais 5 anos” os referidos ajustes, uma vez que: (i) a CRFB/88, art. 21, X, classifica o serviço postal como “serviço público”; (ii) a CRFB/88, art. 175, estabelece que a prestação indireta de serviços públicos pelo Estado far-se-á, “sempre, através de licitação”; e (iii) “[d]e vigência inicialmente prevista para 1998, os contratos foram por diversas vezes prorrogados, até que esta última Lei os elasteceu até 2007, ou 9 anos a mais” (BRASIL, 2006).

Por sua vez, diversos doutrinadores de escol também afirmam que a prorrogação por interesse público pressupõe a não realização de prorrogação por conveniência e oportunidade anteriormente. Com efeito, Clève (2012, p. 13, 21 e 30) ensina que “há disposição constitucional expressa admitindo a existência de prorrogação”; mas “o prazo da concessão deve ser, de outra parte, determinado, não sendo admissíveis sucessivas prorrogações, notadamente para evitar que as concessões eternizem-se, perpetuem-se, ensejando burla e fraude ao requisito da prévia licitação”; e acrescenta: “Convém lembrar que, com razão, têm sido objeto de severa crítica doutrinária [...] as concessões outorgadas sem prévia licitação, as concessões que permitem inúmeras prorrogações, as concessões cujas prorrogações são arbitrárias e/ou vinculadas a exigências subjetivas”<sup>27</sup>.

Nada obstante, é preciso dizer que alguns doutrinadores admitem a prorrogação sucessiva das concessões de serviço público, desde que prevista em lei e no edital de licitação/contrato de concessão. Dentre outros, é o caso de Sundfeld e Câmara (2013, p. 64-65), para quem a Lei de Concessões “foi aberta em relação à prorrogação desses contratos”: “indicou a necessidade de tratar contratualmente o assunto, mas não fez qualquer determinação sobre o conteúdo a ser estabelecido sobre essa matéria”; por isso, “[o]s requisitos para a prorrogação, inclusive o número de vezes em que será admitida, devem ser disciplinados no próprio

1.º, II). De fato, a radiodifusão é relevante para a cidadania, porque possibilita a transmissão de informações políticas e sociais de interesse geral com penetração social (em número e variedade de público) maior do que qualquer outro meio de comunicação; e a renovação sucessiva é relevante para a radiodifusão, porque, ao estabilizar a outorga, ela possibilita a transmissão livre e veraz dessas informações. Assim sendo, a possibilidade de renovações sucessivas das outorgas de radiodifusão faz parte de um microsistema jurídico de proteção da liberdade de informação, o qual busca evitar que as emissoras de televisão e de rádio que transmitam informações ou manifestem pontos de vista contrários aos interesses dos poderosos em geral sejam afastadas, facilmente, do Setor de Radiodifusão, em prejuízo da sociedade. Cf., ainda: FAGUNDES, 1961, p. 51-53; MARQUES NETO, 2015, p. 225-226; RODRIGUES JUNIOR, 2005, p. 245-246.

27 Cf., ainda: BARROSO, 2007, p. 272.; MARQUES NETO, 2015, p. 169-170.

contrato”; por fim, os autores afirmam que, no “Setor de Radiodifusão”, a própria “Constituição Federal assegura a continuidade do vínculo, autorizando – e, até, incentivando – a prorrogação sucessiva das concessões”.

Sem desprestigiar, de modo algum, tão eminentes administrativistas, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento. De fato, entendemos, a partir das razões normativas (constitucionais e infraconstitucionais), jurisprudenciais e doutrinárias acima, que, ao contrário da renovação das concessões de radiodifusão, a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) das demais concessões de serviço público só pode ser realizada uma única vez, vedada, portanto, a possibilidade de prorrogações sucessivas – mesmo que tal possibilidade esteja prevista em lei e no edital de licitação/contrato de concessão (previsões que, a nosso sentir, são inválidas).

Em verdade, parece-nos que a prorrogação sucessiva das concessões de serviço público por razões de conveniência e oportunidade das partes é uma contrafação administrativa real<sup>28</sup> de renovação das concessões de radiodifusão, tomada a CRFB/88, art. 223, como parâmetro.

## 2.6 Fiel cumprimento do contrato pela concessionária

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a concessionária de serviço público esteja cumprindo, fielmente, seu contrato de concessão – e, por conseguinte, prestando serviço adequado aos usuários.

É o que extraímos, dentre outras, da Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu art. 6.º, § 2.º, II, que a prorrogação antecipada das concessões do serviço público ferroviário pressupõe a “prestação de serviço de transporte ferroviário adequado” pela concessionária, entendendo-se, como tal, “o cumprimento [...] das metas de produção e de segurança definidas no contrato”<sup>29</sup>.

Em verdade, parece-nos que o pressuposto sob análise decorre da própria Constituição Federal, a qual estabelece, em seu art. 175, par. ún. I e IV, que a lei disporá sobre a “prorrogação” das concessões de serviço público, sem prejuízo da “obrigação [do Estado] de manter serviço adequado”.

Sobre ponto, a jurisprudência já reconheceu que as concessões de serviço público só podem ser prorrogadas, se a concessionária estiver cumprindo seu contrato de concessão. De fato, no recente Acórdão 1.171/18, que tratou da prorrogação antecipada do contrato de arrendamento portuário celebrado entre a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) e o Grupo Libra, o TCU decidiu que tal prorrogação era “irregular” em razão do histórico de descumprimentos contratuais da arrendatária – a saber: (i) a “Libra não pagou integralmente à Codesp os valores do arrendamento portuário”; e (ii) “a arrendatária nunca atingiu a movimentação projetada para os terminais” (BRASIL, 2018b).

Por derradeiro, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe o fiel cumprimento do contrato de concessão pela concessionária. Com efeito, Nascimento (2017, p. 52 e 55) leciona que “há de se ter em mente que a simples boa conduta do concessionário não pode ser condição para a prorrogação, mas, sim, em todos os casos, um requisito para definir se vale a pena considerar o prolongamento da relação entre o Concedente e o concessionário”; e acrescenta: “o comportamento pretérito – serviço adequado – é requisito de admissibilidade da prorrogação como opção a ser considerada e deve ser aferido por critérios objetivos indicados no contrato original”<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> MARTINS, 2016, p. 117-119 e 127-128.

<sup>29</sup> Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 9.472/97, art. 99; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 7.º, § 2.º.

<sup>30</sup> Cf., ainda: ARAGÃO, 2013, p. 554; AZEVEDO; ALENCAR, 1998, p. 101-102.

## 2.7 Vantajosidade da medida

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que se verifique uma situação excepcional, caracterizadora da vantajosidade da medida *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade – situação essa avaliada pelo Poder Concedente com base em um juízo de conveniência e oportunidade (discricionariedade administrativa).

É o que extraímos, dentre outras, da Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu art. 8.º, que o Poder Concedente deve demonstrar, por meio de “estudo técnico prévio”, a “vantagem” da prorrogação das concessões rodoviárias e ferroviárias “em relação à realização de nova licitação para o empreendimento”<sup>31</sup>.

Em verdade, entendemos que o pressuposto sob análise também decorre da própria Constituição Federal. Explicamos. A CRFB/88, art. 175, par. ún., I, estabelece, expressamente, que a prorrogação das concessões de serviço público possui “caráter especial”. Etimologicamente, a palavra “especial” significa aquilo “que não é geral” (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 814). No contexto da prorrogação por interesse público, isso significa, a nosso sentir, que o prolongamento de prazo tem lugar, apenas e tão somente, diante de situação especial (ou melhor, excepcional), caracterizadora da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* às alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade ao final da concessão (CRFB/88, art. 175, *caput*).

A propósito, a jurisprudência já reconheceu que a prorrogação por interesse público só pode ser realizada, se for vantajosa para o Poder Concedente. De fato, no Acórdão 2.200/15, que tratou da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, o TCU decidiu que “a prorrogação [...] demanda a demonstração prévia e inequívoca de que as condições do contrato em vigor permanecem vantajosas para a Administração, quando comparadas com o que se poderia obter no mercado por meio de nova licitação” (BRASIL, 2015b).

Por fim, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe a vantajosidade da medida. Com efeito, Torgal (2011, p. 229-230) ensina que a prorrogação por interesse público só tem lugar, quando, a partir de uma “ponderação”, o Poder Concedente concluir pela “existência [...] de interesse em permitir ao concessionário o exercício dos direitos outorgados pelo contrato por um período adicional”, juízo que só será positivo, quando “se verificar que a actuação pretérita do co-contratante justifica um renovado voto de confiança” e, sobretudo, quando “se estimar que, tudo ponderado, essa solução prossegue, mais cabalmente, o interesse público do que as alternativas de exercício pela Administração das actividades em causa ou de abertura de um procedimento concorrencial visando à escolha de uma nova proposta para o efeito”<sup>32</sup>.

## 2.8 Consenso entre as partes

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que haja consenso entre Poder Concedente e concessionária.

É o que extraímos, dentre outras, da Lei 9.472/97, a qual estabelece, em seu art. 99, que as concessões do serviço público de telecomunicações poderão ser prorrogadas, “desde que a concessionária manifeste expresse interesse na prorrogação”, sendo certo que, nesse caso,

<sup>31</sup> Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 8.666/93, art. 57, II (por analogia); e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 7.º.

<sup>32</sup> Cf., ainda: CANTO; GUZELA, 2017, p. 212; GARCIA, 2015, p. 593-594.

a Anatel decidirá sobre a matéria a seu “critério [...] tendo em vista as condições vigentes à época”<sup>33</sup>.

Não fosse o bastante, é o que colhemos, ainda, da natureza jurídica do instituto sob análise. De fato, na seção 2.4 acima, vimos que a prorrogação por interesse público tem natureza jurídica de negócio bilateral, formando-se, pois, a partir do acordo de vontades entre Poder Concedente e concessionária de serviço público. Assim sendo, ela não pode ser imposta, unilateralmente, pelo Poder Concedente, nem exigida pela concessionária.

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu que a prorrogação por interesse público possui caráter bilateral, pressupondo, pois, o consenso entre as partes. Com efeito, no RMS 34.203/DF, o STF deixou dito que a “bilateralidade” é uma “característica” da prorrogação por interesse público, pelo que existe, sempre, “a necessidade de manifestação das concessionárias quanto ao interesse de permanecer sob a contratação” (BRASIL, 2018a).

Por sua vez, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe consenso entre Poder Concedente e concessionária. Com efeito, Garcia (2015, p. 601-602) leciona que “[p]onto incontestado é que a prorrogação do prazo não é uma daquelas cláusulas exorbitantes que podem ser unilateralmente impostas pela Administração Pública ou, mesmo, no caso de recusa da sociedade empresária contratada, resultar em aplicação de qualquer sanção administrativa”; e acrescenta: “Trata-se de ato bilateral e convencional, que assegura ao contratado o direito de não permanecer no vínculo contratual além daquele prazo originalmente fixado, salvo por expressa vontade própria”<sup>34</sup>.

Por fim, é preciso dar destaque ao presente pressuposto, porquanto ele também serve para distinguir, de um lado, a prorrogação por interesse público e, de outro, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio. De fato, entendemos que, diferentemente da prorrogação por interesse público, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio podem ser impostas, unilateralmente, pelo Poder Concedente à concessionária de serviço público: a primeira, com fundamento no princípio da continuidade dos serviços públicos (CRFB/88, art. 175, par. ún., IV); e a segunda, com base no princípio da proporcionalidade (CRFB/88, art. 1.º), na vertente do cumprimento do dever de recompor o equilíbrio econômico-financeiro da concessão do modo menos oneroso para o Poder Concedente<sup>35</sup>.

## 2.9 Qualificação no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI

Por derradeiro, especificamente em relação à prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) das concessões rodoviárias e ferroviárias, a Lei 13.448/17, art. 2.º, estabelece que somente poderão ser prorrogadas as concessões dessa espécie previamente “qualificados para esse fim no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI”.

A propósito, vale ressaltar que o referido programa de governo foi criado pela Medida Provisória 727/16, posteriormente convertida na Lei 13.334/16, com vistas a promover a execução (estruturação e/ou a liberação) de empreendimentos de infraestrutura públicos ou privados considerados prioritários para o País (art. 1.º, 5.º e 21). E que a qualificação (leia-se: a inclusão) de um empreendimento de infraestrutura no PPI é feita por decreto do Presidente da República, ouvido, previamente, o Conselho do PPI (art. 4.º, II c.c 7.º, I).

Apresentados os pressupostos da prorrogação por interesse público, vejamos, agora, as principais conclusões deste artigo.

<sup>33</sup>Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 13.448/17, 4.º; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 3.º, I e II; e 4.º, § 1.º.

<sup>34</sup> Cf., ainda: CRETELLA JÚNIOR, 1996, p. 168; GONÇALVES, 1999, p. 328.

<sup>35</sup> Cf. REALE, 1969, p. 65; TORGAL, 2011, p. 255-256.

## CONCLUSÃO

Ao fim deste artigo, expomos, resumidamente, nossas principais conclusões:

- (i) em nível constitucional, o fundamento do instituto da prorrogação das concessões de serviço público reside na CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e, em nível infraconstitucional, em diversas leis e regulamentos;
- (ii) a prorrogação das concessões de serviço público – isto é, o prolongamento de seu prazo de vigência – pode ser classificada, basicamente, em três espécies; a saber: (a) a prorrogação por emergência; (b) a prorrogação por reequilíbrio; e (c) a prorrogação por interesse público;
- (iii) prorrogação por interesse público é aquela realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que os pressupostos de validade da medida estejam presentes e a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas) propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade;
- (iv) as subespécies de prorrogação por interesse público são: (a) a prorrogação comum; e (b) a prorrogação antecipada;
- (v) prorrogação comum é aquela realizada ao final da concessão; e prorrogação antecipada, aquela realizada antes do final da concessão, respeitado, porém, o limite máximo de antecipação previsto em lei ou, subsidiariamente, no próprio ato de outorga;
- (vi) dado o caráter excepcional do instituto da prorrogação, a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) está sujeita a rígidos pressupostos de validade, ou seja, circunstâncias sem as quais ela não pode ser realizada validamente; e
- (vii) com base nas razões normativas, jurisprudenciais e doutrinárias apresentadas, os pressupostos de validade da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) são: (a) previsão em lei; (b) outorga precedida de licitação; (c) previsão no edital de licitação; (d) concessão em vigor; (e) não realização de prorrogação por interesse público anteriormente; (f) fiel cumprimento do contrato pela concessionária; (g) vantajosidade da medida; (h) consenso entre as partes; e, exclusivamente para a prorrogação das concessões rodoviárias e ferroviárias, (i) qualificação no PPI.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos: considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). **Estudos de contratação pública**. v. 4. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 19-77.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de serviços públicos**: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. **Direito da Infraestrutura**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 173-213.

BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: OLIVEIRA, Farlei M. Riccio de (Coord.). **Direito Administrativo Brasil – Argentina**: estudos em homenagem a Agustín Gordillo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 245-280.

BEZOS, Clovis. Concessão de serviço público, prorrogação, vícios do edital de licitação. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 24, n. 97, p. 263-271, jan./mar. 1991.

BORGES, Alice Gonzalez. Arrendamento de áreas portuárias, contrato de prorrogação, licitação, obrigatoriedade. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 17, n. 11, p. 858-863, nov. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 481.094/RJ**. Agravante: Linave Transportes Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. 21 de maio de 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35273953&tipo=91&nreg=201400429861&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140521&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que reconheceu que a prorrogação por interesse público pressupõe outorga precedida de licitação pública, bem assim a não realização de prorrogação por interesse público anteriormente. **Recurso Especial nº 912.402/GO**. Recorrente: Gerplan Gerenciamento e Planejamento Ltda. Recorridos: Ministério Público do Estado de Goiás Estado de Goiás. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. 19 de agosto de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=5621759&tipo=91&nreg=200700024535&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090819&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu que a prorrogação por interesse público pressupõe consenso entre as partes. **Recurso em Mandado de Segurança nº 34.203/DF**. Recorrente: Cemig Geração e Transmissão S/A. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. 19 de março de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu que a prorrogação por interesse público pressupõe outorga precedida de licitação pública. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 869.007/DF**. Agravante: Viação Paraíso Ltda. Agravados: Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Dias Toffoli. 26 de maio de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12955430>>. Acesso em 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. **Acórdão nº 2.253/15**. Interessados: Ministério de Minas e Energia e Agência Nacional de Energia Elétrica. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. 9 de setembro de 2015. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2253%2520ANOACORDAO%253A2015%2520RELATOR%253A%2522JOS%25C3%2589%2520MUCIO%2520MONTEIRO%2522%2520COLGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/o/%20?uid=4d054560-8a3d-11e](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2253%2520ANOACORDAO%253A2015%2520RELATOR%253A%2522JOS%25C3%2589%2520MUCIO%2520MONTEIRO%2522%2520COLGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/o/%20?uid=4d054560-8a3d-11e)>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público, bem assim que tal espécie de prorrogação pressupõe a vantajosidade da medida. **Acórdão nº 2.200/15**. Interessadas: Secretaria dos Portos da Presidência da República e Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Relatora: Ministra Ana Arraes. 2 de setembro de 2015. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/o/%20?uid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/o/%20?uid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f)>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu que a prorrogação por interesse público pressupõe a não realização de prorrogação por interesse público anteriormente. **Acórdão nº 574/06**. Interessado: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Relator: Lincoln Magalhães da Rocha (Conv.). 19 de abril de 2006. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A574%2520ANOACORDAO%253A2006/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/o/%20?uid=c845a050-dfbd-11e9-95f1-d3be58ccd055](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A574%2520ANOACORDAO%253A2006/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/o/%20?uid=c845a050-dfbd-11e9-95f1-d3be58ccd055)>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu que a prorrogação por interesse público pressupõe o fiel cumprimento do contrato de concessão pela concessionária. **Acórdão nº 1.171/18**. Interessada: Libra Terminais S/A. Entidades: Companhia Docas do Estado de São Paulo, Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Relatora: Ministra Ana Arraes. 23 de maio de 2018. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1171%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/o/%20?uid=49474b90-de06-11e9-af7d-799ced588129](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1171%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/o/%20?uid=49474b90-de06-11e9-af7d-799ced588129)>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. **Acórdão nº 774/16**. Interessada: Secretaria dos Portos da Presidência da República. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 6 de abril de 2016. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A774%2520ANOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIA DO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20odesc,%20NUMACORDAOINT%20odesc/o/%20?uuiid=ed4bobao-8a3c-11e9-910](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A774%2520ANOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIA DO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20odesc,%20NUMACORDAOINT%20odesc/o/%20?uuiid=ed4bobao-8a3c-11e9-910)>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região. Acórdão de decisão que reconheceu que a prorrogação por interesse público pressupõe concessão em vigor. **Apelação/Reexame Necessário nº 0000274-24.2004.4.03.6104/SP**. Apelante: Armazéns Gerais Colômbia S/A. Apelada: União Federal. Relator: Juiz Federal Valdeci dos Santos (Conv.). 6 de julho de 2010. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/697528>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 339-353.

CANTO, Mariana Dall'Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 207-221.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Lei municipal que regula a concessão do serviço público de transporte coletivo e exigência constitucional de prévia licitação pública. **Revista dos Tribunais online**, São Paulo, v. 2, p. 239-288, ago. 2012. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad82d9a0000016d4a81a378b91bfb8d&docguid=lcd5752doe82d11e1b70f010000000000&hitguid=lcd5752doe82d11e1b70f010000000000&spos=1&epos=1&td=70&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#noteDTR.2012.450427-n36>>. Acesso em: 19 set. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito da concessionária à continuação do desempenho do serviço público. In: CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo perante os tribunais**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. cap. 9.

DALLARI, Adilson Abreu. Transporte coletivo: concessão de serviço público: impossibilidade de prorrogação. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 88, p. 79-88, out./dez. 1988.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O regime legal do rádio e da televisão em face da Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 65, p. 49-63, jul./set. 1961.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo positivo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Emenda Constitucional n. 20/98 e a Medida Provisória n. 1.795/99. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.



FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 283-300.

GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias público-privadas**: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 579-608.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**: uma aplicação da técnica concessória. Coimbra: Almedina, 1999.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752: perguntas e respostas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 47-59.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. Concessão de serviço público: prorrogação. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de Direito Público**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 405-414.

\_\_\_\_\_. **Licitação e contrato administrativo**: de acordo com as Leis 8.666, de 21.6.1993, 8.883, de 8.6.1994, e 9.648, de 27.5.1998. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (Org.). **Contratos de concessão de rodovias**: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009. p. 51-65.

MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014.

MORAIS, Antão de. Serviço telefônico, expiração do prazo da concessão, fixação, fiscalização e revisão de tarifas, taxa de expansão do serviço. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 49, p. 445-464, jul./set. 1957.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A nova regulação portuária**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NASCIMENTO, Carlos Fernando do. **A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas de transporte terrestre em uma visão luso-brasileira**. 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017.

REALE, Miguel. Mutabilidade dos contratos administrativos. In: REALE, Miguel. **Direito Administrativo**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense. 1969. p. 45-66.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Da renovação das concessões e permissões de serviços de radiodifusão em face do arquivamento por órgão camerário do Congresso Nacional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 241-249, abr./jun. 2005.

SAADI, Mário; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Prorrogação antecipada de prazo de contratos de concessão. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 27, p. 79-107, nov./dez. 2016.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 85-111, jul./ago. 2006.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Direito portuário brasileiro**: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SOUTO, Marcos J. Villela. **Direito Administrativo contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013.

TELLES, Antonio A. Queiroz. **Introdução ao Direito Administrativo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

CUSTOS, INSEGURANÇA JURÍDICA E TERCEIRIZAÇÃO:  
PERCEPÇÃO DAS EMPRESAS

GLAUCO BRAGA DIAS  
LUIZ RICARDO MATTOS TEIXEIRA CAVALCANTE

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019

## CUSTOS, INSEGURANÇA JURÍDICA E TERCEIRIZAÇÃO: PERCEPÇÃO DAS EMPRESAS

### COSTS, LEGAL UNCERTAINTY AND OUTSOURCING: PERCEPTION OF FIRMS

Recebido: 18/10/2018  
Aprovado: 13/12/2019

Glauco Braga Dias<sup>1</sup>  
Luiz Ricardo Mattos Teixeira Cavalcante<sup>2</sup>

#### RESUMO:

Objetiva analisar os custos e a insegurança jurídica relacionados à terceirização no Brasil após a promulgação das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 (reforma trabalhista), que disciplinaram esse instituto no país. Em particular, analisam a percepção das empresas prestadoras de serviços à Caixa Econômica Federal (CEF). A análise fundamenta-se *i*) nas planilhas de composição de custos de 121 contratos de prestação de serviços mantidos pela CEF entre 2013 e 2018; e *ii*) em entrevistas semiestruturadas com gestores das empresas contratadas pela CEF. Demonstra-se que ainda não houve reduções de custos e de insegurança jurídica nos contratos analisados e que os reflexos das inovações legislativas devem ser verificados após a consolidação dos entendimentos jurisprudenciais sobre a terceirização (possivelmente a partir de 2020). Conclui-se, assim, que as inovações legislativas ocorridas em 2017 tenderão a favorecer a terceirização nas empresas no Brasil, porém de forma diferida.

**Palavras-chave:** Terceirização. Reforma trabalhista. Custo do trabalho. Insegurança jurídica. Lei nº 13.467/2017.

K31

#### ABSTRACT:

Aims to analyze costs and legal uncertainty related to outsourcing in Brazil after the enactment of Laws 13.429/2017 and 13.467/2017 (Labor Reform), which disciplined this institute in the country. In particular, we analyze the perception of the companies contracted by the Caixa Econômica Federal (CEF). The analysis is based on *i*) the cost composition sheets of 121 contracts maintained by the CEF between 2013 and 2018; and *ii*) semi-structured interviews with ten managers of companies contracted by CEF. We show that both the cost and the legal uncertainty reductions have not yet been observed and that the impact of the legislative innovations shall be verified after the period for the consolidation of jurisprudential understandings about outsourcing in Brazil (possibly after 2020). We conclude that the legislative innovations shall create incentives for outsourcing in Brazil, although in a deferred way *diferida*.

**Keywords:** Outsourcing. Labor reform. Labor cost. Juridical insecurity. Law nº 13.467/2017.

<sup>1</sup> Mestre em Administração Pública, IDP. Especialista em Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes, UCAM. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Barra Mansa, UBM. Advogado. Email: gbragad@gmail.com

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Administração pela UFBA. Professor do Professor do Mestrado em Administração Pública do IDP. Consultor Legislativo do Senado Federal. Email: luiz.ricardo.teixeira.cavalcante@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

A terceirização é um instituto amplamente utilizado e essencial para a competitividade das empresas em todo o mundo. Com efeito, tanto empresas privadas quanto estatais se valem largamente desse instituto para se tornar mais ágeis, eficientes e eficazes, bem como para obter aumento de qualidade e especialização, podendo culminar em incremento na competitividade de seus produtos no mercado (QUEIROZ, 1992). No Brasil, pesquisa realizada com 2.330 empresas industriais revela que quase 70% delas contratam serviços terceirizados atualmente ou os contrataram nos últimos três anos (CNI, 2014).

Contudo, embora alguns aspectos relativos à terceirização tenham sido objeto de normatização já na década de 1960, não havia, até recentemente, regulamentação consolidada sobre o assunto no país. Devido à inércia do Poder Legislativo, o instituto foi durante bastante tempo regido pelas Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho (TST) nº 239, nº 256, nº 257 e nº 331 (CASTRO, 2000). A Súmula do TST nº 331, em particular, somente permitia, na esfera privada, a terceirização de atividades-meio (proibindo, *contrário sensu*, a terceirização de atividades-fim), e determinava que a empresa contratante de serviços tem responsabilidade subsidiária por eventuais verbas devidas pelo empregador a seu trabalhador (CNI, 2016). Em meio a um debate jurídico pautado na diferenciação de atividades-meio e atividades-fim, surgiram a Lei nº 13.429/2017 e a Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista), que atualmente regulamentam o instituto no país.

Esse novo marco legal pode, em tese, contribuir para a redução dos custos e da insegurança jurídica relacionados à terceirização. Isso tende a ocorrer porque, com a nova legislação, os contornos do instituto tornam-se mais delineados, o que possivelmente irá contribuir para a diminuição do passivo trabalhista decorrente dos entendimentos divergentes sobre o tema. Contudo, embora essas consequências sejam esperadas, não há, ainda, uma avaliação do impacto efetivo da Lei nº 13.429/2017 e da Lei nº 13.467/2017 sobre essas variáveis.

O objetivo deste trabalho é, portanto, analisar os custos e a insegurança jurídica relacionados à terceirização no Brasil após a promulgação da Lei nº 13.429/2017 e da Lei nº 13.467/2017, que disciplinaram esse instituto no país. Em particular, busca-se analisar esse tema no âmbito de uma empresa pública – a Caixa Econômica Federal (CEF) –, que está sujeita a restrições adicionais em relação às empresas privadas no que diz respeito à possibilidade de contratação de serviços terceirizados. A fundamentação teórica do trabalho ampara-se em uma discussão sobre custos do trabalho e insegurança jurídica, em uma revisão do conceito de terceirização sob os pontos de vista da administração e do direito e em uma discussão sobre a reforma trabalhista ocorrida no Brasil em 2017. A análise empírica fundamenta-se *i)* nas planilhas de composição de custos de 121 contratos de prestação de serviços mantidos pela CEF entre 2013 e 2018; e *ii)* em entrevistas semiestruturadas com gestores das empresas contratadas pela CEF, por meio das quais se buscou capturar sua percepção sobre o tema. Embora as entrevistas tenham se limitado a gestores de empresas contratadas pela CEF, os resultados obtidos neste trabalho podem ser facilmente extrapolados, uma vez que os prestadores de serviços atuam também em diversas outras empresas nas esferas Federal, Estadual e Municipal. O trabalho trata de um tema relevante para as empresas, porém pouco discutido na produção teórica em administração no Brasil e tem um caráter claramente interdisciplinar, uma vez que não é possível discutir a terceirização no Brasil com base em elementos puramente gerenciais ou econômicos, em vista dos aspectos legais envolvidos. O artigo está segmentado em mais quatro seções além desta introdução. Na seção 2, discutem-se o conceito de terceirização e a reforma trabalhista que ocorreu no Brasil em 2017. Em seguida, na terceira seção, estão descritos os procedimentos metodológicos adotados. Os resultados

estão registrados na quarta seção e, na seção 5, destacam-se as principais conclusões do trabalho.

## 2. FUNDAMENTOS: TERCEIRIZAÇÃO E REFORMA TRABALHISTA

Nesta seção, reúnem-se os fundamentos que amparam a análise dos custos e da insegurança jurídica relacionados à terceirização no Brasil após a reforma trabalhista. Esses fundamentos são segmentados em três subseções: *i*) custos do trabalho e insegurança jurídica; *ii*) terceirização; e *iii*) reforma trabalhista.

### 2.1 Custos do trabalho e insegurança jurídica

Os custos do trabalho podem ser segmentados em quatro grandes blocos (*INTERNATIONAL CONFERENCE OF LABOUR STATISTICIANS [ICLS]*, 1966; *BUREAU OF LABOUR STATISTICS [BLS]*; 2012, CAVALCANTE, 2015): *i*) pagamento pelo tempo trabalhado; *ii*) benefícios pagos diretamente; *iii*) gastos previdenciários dos empregadores e outros tributos relacionados ao trabalho; e *iv*) custos de formação profissional e de serviços de bem-estar e custos do trabalho não classificados em outras rubricas. Os passivos trabalhistas, que envolvem vários tipos de indenizações, compõem as rubricas do terceiro bloco, que “absorve, – ao menos em tese – os custos associados à insegurança jurídica usualmente mencionada ao se analisar a legislação trabalhista do país” (CAVALCANTE, 2015, p. 14).

Pinheiro (2014) relata que a insegurança jurídica aumenta o risco e os custos das transações econômicas, distorcendo em especial o sistema de preços e o custo dos negócios, além de desestimular investimentos. De acordo com esse autor, a segurança jurídica se traduz “por uma norma jurídica estável, certa, previsível e calculável, não apenas no que tange às relações jurídicas entre particulares, mas principalmente naquelas de que participa o Estado” (PINHEIRO, 2014, p. 152). Além disso, a segurança jurídica pressupõe o respeito a preceitos gerais na interpretação e na aplicação das normas jurídicas, em especial pelo Judiciário.

Ações judiciais são caras, importam em custos com advogados e com o Judiciário, além de requererem o tempo e a atenção das partes. Em particular, em um contexto marcado por maiores níveis de insegurança jurídica e no qual não se pode antever qual será o entendimento do Judiciário sobre as condutas adotadas (por exemplo, no que diz respeito à contratação de empresas prestadoras de serviços terceirizados), os custos do trabalho tendem a aumentar.

No caso da prestação de serviços terceirizados, em tese, uma redução da insegurança jurídica motivaria uma redução das provisões para passivos trabalhistas futuros e poderia ser revertida *i*) em favor dos salários; *ii*) para a margem de lucro; ou *iii*) para o custo total do serviço. A definição do beneficiário dessa redução da insegurança jurídica dependeria, em grande medida, das condições de concorrência: nas circunstâncias em que o mercado de trabalho está aquecido ou em que os sindicatos têm mais força para negociar, essas reduções tendem a se reverter em aumentos de salários. Se houver um pequeno número de ofertantes do serviço, é provável que as margens de lucro aumentem. Nas circunstâncias em que o mercado de trabalho esteja desaquecido e que haja um grande número de ofertantes, é provável que eventuais reduções de custos se revertam para reduções do preço da prestação do serviço.

## 2.2 Terceirização

O conceito de terceirização tem contornos distintos, a depender do ramo doutrinário em é analisado. Neste trabalho, importam os vieses fornecidos pelas cadeiras da administração e do direito.

Para a administração, terceirização é uma forma de gestão do processo produtivo por meio da qual é atribuída uma operação interna da organização a outra, que o fará melhor e mais barato, de modo a reduzir a estrutura organizacional, trazer mais flexibilidade e agilidade à empresa e transformando custos fixos e variáveis (CHIAVENATO, 2014). Amato Neto (1995, p. 36) conceitua a terceirização como “o ato de transferir a responsabilidade por um determinado serviço ou operação/fase de um processo de produção ou de comercialização, de uma empresa para outra(s), neste caso conhecida(s) como terceira(s)”. Hindle (2008, p. 143) adota uma definição bastante abrangente, segundo a qual “terceirização é um termo usado para descrever praticamente qualquer atividade corporativa gerenciada por um fornecedor externo [...]”.

Do ponto de vista gerencial, diversos fatores influenciam a decisão quanto à terceirização ou não de uma determinada atividade requerida para o processo de produção. Por um lado, ao terceirizar determinadas atividades, a empresa contratante pode se beneficiar de menores custos (que podem decorrer, por exemplo, da especialização ou dos ganhos de escala da empresa contratada ao desempenhar a tarefa). Por outro lado, a terceirização pode também retirar da empresa a capacidade de coordenação de seus processos de produção, uma vez que pode motivar o estabelecimento de relações de desconfiança entre as partes envolvidas. Isso explica por que, no início do século XX, as etapas de produção da indústria automobilística, por exemplo, tendiam a ser concentradas em única empresa. Por outro lado, modelos de produção mais modernos – que se beneficiam das tecnologias da informação e comunicação para estabelecer uma ligação mais sólida entre fornecedores e compradores – são fundamentados em redes de produção nas quais se recorre amplamente à terceirização (WOMACK; JONES; ROSS, 1992).

Heikkilä e Cordon (2002) apontam que a decisão pela terceirização permite que o ente empresarial foque seus esforços em outras atividades e confere flexibilidade a sua estrutura. Isso explica por que empresas como a Honda, a DuPont e a Nokia em diversas ocasiões optaram por terceirizar a produção de componentes relevantes ou mesmo de produtos inteiros comercializados com suas marcas. Para esses autores, a decisão quanto à terceirização ou não dependerá da análise concreta do caso.

Além disso, a insegurança jurídica pode ser de desestímulo à terceirização. Com efeito, um ambiente de incertezas leva as partes envolvidas a instituírem maior número de salvaguardas que, por sua vez, aumentam o custo de transação. Santos (2010) destaca que “importa avaliar se o custo de contratar via integração vertical possui um custo de transação menor, considerando que o nível de incerteza nessa hipótese é naturalmente menor, porquanto o padrão seja hierárquico”.

De qualquer forma, conforme se pode observar, em discussões sobre esse tema em outros países, não mencionam restrições legais à terceirização como um eventual impedimento para a adoção desse modelo. Trata-se, em grande medida, de uma idiosincrasia do Brasil, uma vez que não se observam restrições como aquelas colocadas no Brasil para a terceirização (ainda que, em alguns casos, se observem restrições à intermediação de mão de obra em alguns países).

A Teoria do Direito brasileira, ao definir terceirização, via de regra o faz ressaltando que é a atribuição das atividades-meio de uma empresa à outra, para que a primeira possa se centrar em suas atividades-fim (MARTINEZ, 2012).



Embora o Código Civil de 1916 já fizesse referência à “locação de serviços”, as primeiras referências normativas de forma direta e explícita à terceirização surgiram no Brasil com o Decreto-Lei nº 200/1967 e com a Lei nº 5.645/1970, mas em ambos os casos, voltados apenas para a Administração Pública (BARBOSA, 2016). O Decreto-Lei nº 200/1967 estatui que “a execução das atividades da Administração federal deverá ser amplamente descentralizada” (art. 10, *caput*) e “induz a administração estatal a desobrigar-se da realização de tarefas executivas, instrumentais, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta”. Já a Lei nº 5.645/1970 apenas exemplificou as atividades que deveriam ser, preferencialmente, objeto de execução mediante a norma mencionada anteriormente, relacionando: “atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas” (art. 3º, parágrafo único).

Foi por meio da Lei nº 6.019/1974 que o Brasil passou a contar com alguma menção à terceirização no campo privado (DELGADO, 2009). A referida norma veio tratar especificamente do trabalho temporário e mereceu críticas de juristas, por prever regras menos favoráveis do que aquelas previstas aos empregados. Esse é, por exemplo, o ponto de vista de Delgado (2009), para quem “a Lei n. 6.019, de 1974, ao gerar a figura do trabalho temporário, pareceu querer firmar tipicidade específica, inteiramente afastada da clássica relação de emprego”. Esse mesmo autor argumenta que “a jurisprudência trabalhista, entretanto, ao longo das décadas desde 1974, buscou construir um controle civilizatório sobre essa figura jurídica excepcional, trazendo-a, ao máximo, para dentro das fronteiras juslaborativas”.

Posteriormente a Lei nº 7.102/1983, apesar de instituir sistemática de terceirização permanente, estipulando que a vigilância ostensiva e o transporte de valores poderiam ser executados tanto por empresa especializada contratada como pelo próprio estabelecimento financeiro (art. 3º), o fez com abrangência reduzida, para abarcar apenas a categoria dos vigilantes e o transporte de valores. Finalmente, surgiu a Lei nº 8.949/1994, que acrescentou o parágrafo único ao art. 442 da CLT que aparentemente introduziu uma nova hipótese de terceirização ou ao menos fez surgir uma maciça onda de terceirizações (DELGADO, 2009). Estipulava a então inovação legislativa que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela” (art. 442, parágrafo único), que foi, novamente, rebatido pela justiça trabalhista.

Foi nesse vácuo legislativo que o TST decidiu os rumos da terceirização no Brasil, primeiramente coibindo-a, por meio do Enunciado nº 256, e posteriormente legitimando-a para atividades não essenciais, por meio da Súmula nº 331 (BIAVASCHI; DROPPA, 2011). O Enunciado nº 256 foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 1986 e dispôs que “salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância [...], é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços” (Brasil, 1986).

Impulsionado por um acirramento da pressão pela flexibilização do mercado de trabalho, que deu força à terceirização, e em meio a uma atribulada disputa entre Ministério Público do Trabalho (MPT) e Banco do Brasil (BB), quanto à necessidade ou não de realização de concurso público para atividades de limpeza e conservação, que serão tratados mais à frente, o TST foi levando a uma revisão do Enunciado em 256 em 1993 e, posteriormente, em 2000, à edição da Súmula nº 331 (BIAVASCHI; DROPPA, 2011, p. 8). Essa Súmula, utilizada como parâmetro normativo ante à ausência de regulamentação legal, somente permitia, na esfera privada, a terceirização de atividades-meio (proibindo, *contrário sensu*, a terceirização de atividades-fim), criando uma especificidade no caso brasileiro sem um paralelo de comparação internacional. A ausência de uma definição quanto àquilo que seria efetivamente atividade-meio e àquilo que

seria atividade-fim gerou uma enorme insegurança jurídica, uma vez que caberia ao judiciário arbitrar, nos casos concretos, se a terceirização poderia de fato ser implementada ou não.

De qualquer modo, pautado por uma necessidade fática e ante a um vácuo legislativo, o TST atuou, no que se refere à terceirização, na qualidade de legislador desde 1986. Conforme destaca Saha (2010), a Teoria do Preenchimento do Vácuo, que visa justificar o ativismo judicial, defende que, frente a inatividade de um poder, fica conferida legitimidade à atuação do Poder Judiciário. Não obstante, o ativismo judicial vem sofrendo críticas por parte da doutrina, tanto por não se coadunar com o princípio da separação de poderes quanto por evitar mudanças. Com efeito, Becattini (2015) argumenta que os magistrados que desejam atuar de maneira ativa carecem de legitimidade, visto que, ao contrário dos legisladores, não são eleitos para representação popular indireta. Assim, “a adoção de uma atitude ativista por parte dos magistrados configuraria um grave erro, capaz de abalar a segurança institucional, criando conflitos entre os poderes do Estado” (BECATTINI, 2015).

No caso da Administração Pública, os princípios do concurso público e da licitação limitam a terceirização de serviços. No primeiro caso, busca-se atender ao comando constitucional de impessoalidade, de modo que não é possível terceirizar na Administração Pública a prestação de serviços relacionados à atividade-fim do órgão, conforme doutrina e jurisprudência sobre o tema. Entende-se, inclusive, que caso um trabalhador preste serviço terceirizado à Administração Pública, não será reconhecido o vínculo de emprego, ainda que presentes todos os requisitos, ante à ausência do concurso público (Súmula 363 TST). No que se refere às licitações públicas, a Administração possui, em regra, o dever de licitar e, na maioria dos casos, o certame ocorrerá na modalidade de pregão eletrônico do tipo menor preço, visto sua aplicabilidade cogente no que se refere à serviços comuns. Neste caso, será declarado vencedor aquele detentor do menor lance global, que tiver condições de habilitação (CARVALHO FILHO, 2011, p. 304-309). A Lei nº 13.303/2016 manteve os principais dispositivos de dispensa e inexigibilidade de licitação, mencionados acima, e trouxe inúmeras inovações. Contudo, o pregão continua sendo a modalidade licitatória preferencial para a aquisição de bens e serviços comuns, ou seja, aqueles produtos ou serviços “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (BRASIL, 2016).

No caso específico da CEF – cujos contratos são o objeto empírico deste trabalho –, delegam-se a terceiros os serviços considerados complementares, mediante licitação, executando seu *mister* principal por meio de seus empregados concursados. Entretanto, considerando o novo regramento dado pelo Decreto nº 9.507/2018, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, a situação tende a ser alterada. Certamente o debate ainda está longe de terminar porque, na análise de uma regra, sempre deve ser considerado todo o sistema jurídico pátrio.

### 2.3 Reforma Trabalhista

Reformas trabalhistas são um tema estreitamente relacionado aos padrões de regulação do mercado de trabalho. Trata-se de um mercado no qual as chamadas falhas de mercado (situações excepcionais que geram ineficiência) são recorrentes em virtude, por exemplo, do poder de barganha inerentemente desigual entre ofertantes (trabalhadores) e demandantes (empregadores). A presença de falhas dessa natureza torna, assim, o mercado de trabalho um objeto da intervenção estatal (YEUNG, 2017). O debate que frequentemente se coloca é sobre

os níveis ideais de regulação: um mercado de trabalho excessivamente regulamentado tende a reduzir a demanda por mão de obra e a criar impedimentos para os ganhos de produtividade, ao passo que um mercado de trabalho pouco regulamentado tende a colocar os trabalhadores em posição de vulnerabilidade social.

Esse debate permeia a discussão sobre reformas trabalhistas em todo o mundo. No caso da União Europeia, as reformas trabalhistas, de acordo com Machado (2017) estão na ordem do dia desde 1980 e as recentes movimentações reformistas buscaram enfrentar o desemprego, modernizar as leis do trabalho ou, ainda, enfrentar a crise de 2008, primando pela forte flexibilidade e desregulação de direitos. Ainda segundo Machado (2017), as reformas europeias podem ser agrupadas em quatro grandes temáticas: *i*) tempo de trabalho; *ii*) modalidades de despedida; *iii*) contratos de trabalhos atípicos (prazo determinado, tempo parcial e trabalho intermitente); e *iv*) negociação coletiva e representação coletiva. Esse autor destaca ainda uma forte tendência à “desjuridicização da regulação da organização do trabalho em prol da negociação coletiva” (MACHADO, 2017, p. 245).

Já no caso do Brasil, as principais alterações decorrentes da Lei nº 13.476/2017 podem ser sintetizadas nos seguintes pontos: *i*) prevalência do negociado sobre o legislado; *ii*) fim da ultratividade dos instrumentos coletivos; *iii*) exclusão do cômputo das horas *in itinere* na jornada de trabalho; *iv*) regulamentação do teletrabalho e do trabalho intermitente; e *v*) previsão de que a contribuição sindical passa a ser facultativa (CNI, 2017).

Ainda no caso do Brasil, restrições idiossincráticas à terceirização a colocaram, também, no foco das discussões sobre a reforma trabalhista. Com o advento da Lei nº 13.429/2017, o Brasil passou a contar com uma definição legal sobre terceirização porque seu art. 2º acrescentou o art. 4º-A à Lei de Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/1974) que, a partir de então, também passou a definir a terceirização sob ótica subjetivista, segundo a qual: “empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos” (LIMA; LIMA, 2017, p. 167).

Não obstante, o art. 2º da Lei nº 13.467/2017 já alterou o art. 4º-A acrescido à Lei nº 6.019/1974 pela Lei nº 13.429/2017, e trouxe uma definição objetivista, ou seja, baseada na atividade:

Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (LIMA; LIMA, 2017, p. 168).

A distinção entre os aspectos definidores da terceirização para a Administração e para o Direito pode ser explicada quando se analisam os objetos sobre os quais se debruçam seus estudiosos. Enquanto os doutrinadores da Administração preocupam-se em estudar como a terceirização pode gerar eficiência e otimização de recursos para a empresa tomadora, os juristas se empenham, via de regra, em limitar a aplicação do instituto a fim de evitar a precarização do direito dos empregados.

Com o novo regramento, o Brasil passou a acompanhar o padrão adotado nos demais países no que se refere à possibilidade de terceirização de atividade-fim, encerrando (em tese) essa discussão. Não há dúvida de que as empresas privadas podem agora terceirizar suas atividades-fim no país.

Na recentemente decisão do STF, publicada em 12/9/2017, a dualidade de tratamento dado às atividade-meio e atividade-fim voltou à discussão, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, no Recurso Extraordinário nº 760.931, onde se registra que “a dicotomia entre ‘atividade-fim’ e ‘atividade-meio’ é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, [...]”. Nessa

mesma decisão, pondera que “a cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, [...]”.

Ainda assim, a reforma trabalhista foi e tem sido duramente criticada pela imprensa, por doutrinadores de Direito do Trabalho e associações atuantes na Justiça do Trabalho. Em Nota Técnica apresentada ao Senado, quando a reforma trabalhista ainda era conhecida por Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 38, de 2017, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), em conjunto com outras entidades trabalhistas como a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), a Associação Nacional dos Advogados Trabalhistas (Abrat) e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait), expressou seu inconformismo com as alterações. Delgado e Delgado (2017), ao examinarem as modificações introduzidas (permissão de terceirização de atividade-fim e possibilidade de tratamento salarial diferenciado entre trabalhadores da prestadora e da tomadora de serviços) chegam a fazer referência ao “viés anti-humanístico e antissocial da nova legislação”.

A despeito da decisão do STF, que ratificou a validade da terceirização de atividade-fim, ante ao clamor por inconstitucionalidade de diversos trechos da nova legislação, possivelmente haverá no Brasil um grande número de recursos judiciais contrários à reforma. A tendência é que se observe, nos debates o “referente pendular” que oscila entre as extremidades mencionadas por Barbosa (2016): *i*) “o princípio da proteção, pois o sentido da existência do Direito do Trabalho está profundamente ligado à proteção do trabalhador como parte hipossuficiente nas relações de trabalho”; e *ii*) “as discussões no âmbito da sociedade sobre a necessidade de aumentar a competitividade das empresas e estimular o desenvolvimento econômico via flexibilização do Direito do Trabalho”. Assim, é provável que haja, em um primeiro momento, uma fase de aumento do risco jurídico, até que se estabilize a jurisprudência sobre o tema e que se possa verificar de fato o impacto definitivo da reforma trabalhista. No âmbito da Administração Pública, é também provável que a discussão permaneça acirrada, visto que, mesmo com a publicação Decreto nº 9.507/2018, haverá forte pressão por atendimento ao dever constitucional de realizar concurso público.

### 3. METODOLOGIA

Para analisar os custos e a insegurança jurídica relacionados à terceirização de serviços pela CEF após a promulgação da Lei nº 13.429/2017 e da Lei nº 13.467/2017 foram utilizados, no presente trabalho, dados quantitativos e qualitativos.

Os dados quantitativos foram extraídos das planilhas de composição de custos de 121 contratos de prestação de serviços de recepção (34 contratos), copeiragem (44) e atendimento telefônico (43) mantidos pela CEF entre 2013 e 2018. Todos os contratos analisados foram repactuados até 2017 e estão expressos em Reais constantes daquele ano, de modo que estão atualizados na mesma base monetária, não tendo sido necessária a aplicação de deflatores. O universo amostral foi definido com base nos contratos ativos em fevereiro de 2018. As vistas aos processos administrativos onde se encontram as planilhas analisadas foram formalmente solicitadas e autorizadas pela CEF. Nove desses contratos (três para cada tipo de serviço) foram assinados em data posterior à vigência das novas normas e serviram de comparação com os custos verificados anteriormente.

Os dados qualitativos foram obtidos por meio de entrevistas semiestruturadas com dez gestores com contratos ativos de prestação dos serviços de recepção, copeiragem e atendimento telefônico à CEF. A abrangência geográfica das empresas e a experiência dos gestores entrevistados está indicada na Tabela 1:

Tabela 1 – Abrangência de atuação das empresas e experiência dos gestores entrevistados

<b>Empresa</b>	<b>Estados onde possui contratos ativos atualmente</b>	<b>Tempo de experiência do gestor entrevistado</b>
A	TO, MA, PI, CE, RN, PB, PE, AL, SE, BA, DF, GO e MG (12 estados + DF)	8 anos
B	PE, AL, SE, BA, DF, GO, MG e SP (7 estados + DF)	21 anos
C	BA, DF, MG, SP, ES e RJ (5 estados + DF)	30 anos
D	AC, AM, RR, RO, AP, PA, TO, MA, RN, PB, PE, AL, SE, BA, MT, MS, DF, GO, MG, SP, ES, RJ, PR, SC e RS (24 estados + DF)	20 anos
E	MT, DF, GO, MG, SP e ES (5 estados + DF)	13 anos
F	PA, PI, RN, PE, AL, SE e BA (7 estados)	12 anos
G	DF	13 anos
H	AC, AM, RR, RO, AP e PA (6 estados)	4 anos
I	AC, AM, PA, TO, MA, PI, CE, RN, PB, PE, AL, SE, BA, MT, MS, DF, GO, MG, SP, ES, RJ, PR, SC e RS (23 estados + DF)	20 anos
J	AP, PA, MA, BA, MG, SP, ES e PR (8 estados)	20 anos

Fonte: elaboração própria.

Legenda: a identificação das empresas entrevistadas foi mantida em sigilo, mas todas prestam ou prestaram serviços terceirizados, de natureza continuada, à CEF e a outros órgãos do governo.

Por meio dessas entrevistas buscou-se capturar sua percepção sobre a reforma trabalhista e sobre as questões relacionadas ao instituto da terceirização. Embora as entrevistas tenham se limitado a gestores de empresas contratadas pela CEF, os resultados obtidos neste trabalho podem ser facilmente extrapolados, uma vez que os prestadores de serviços atuam também em diversas outras empresas nas esferas Federal, Estadual e Municipal. A escolha dos entrevistados se deu de modo a propiciar representatividade de todas as regiões do Brasil. O contato se deu via telefone, no mês de agosto de 2018, com o compromisso de anonimato do entrevistado.

## 4. RESULTADOS

Nesta seção, indicam-se os resultados obtidos com base na análise das planilhas de composição de custos dos contratos de prestação de serviços mantidos pela CEF entre 2013 e 2018 (subseção 4.1) e com base nas entrevistas com gestores de empresas que atuam nesse ramo (subseção 4.2).

### 4.1 Análise das planilhas de composição de custos

A Tabela 2 registra, para os 121 contratos analisados, a composição média dos custos dos postos de recepção, copeiragem e atendimento telefônico. A tabela registra os valores médios, mas há grandes variações regionais nos valores observados. Dessa forma, os dados

individualizados indicam que a região Nordeste invariavelmente possui o menor custo de mão de obra terceirizada, enquanto nas regiões Sudeste, Sul e Centro Oeste encontram-se os valores mais elevados, respectivamente, para os serviços de recepção, copeiragem e atendimento telefônico.

Tabela 2 – Composição média dos custos dos postos de recepção, copeiragem e atendimento telefônico

	Recepção		Copeiragem		Atendimento telefônico	
	Valor	Part.	Valor	Part.	Valor	Part.
Salário	1.108,24	39,36%	970,60	39,86%	1.185,16	43,12%
Adicionais	99,30	3,53%	198,94	8,17%	347,74	12,65%
Encargos sociais e trabalhistas	954,67	33,90%	946,17	38,86%	887,89	32,30%
Benefícios mensais	369,82	13,13%	407,68	16,74%	262,26	9,54%
Insumos diversos	25,00	0,89%	15,33	0,63%	18,32	0,67%
Lucro do empresário	16,05	0,57%	23,17	0,95%	31,16	1,13%
Despesas	29,31	1,04%	22,70	0,93%	51,42	1,87%
Tributos	243,00	8,63%	206,89	8,50%	243,29	8,85%
Total	2.815,92	100,00%	2.434,78	100,00%	2.748,76	100,00%

Fonte: elaboração própria.

Legenda: os valores estão expressos em Reais correntes de 2017.

Conforme se pode observar, os encargos sociais e trabalhistas representam de 32,30% a 38,86% dos custos totais (entre 74,92% e 97,48% do salário contratual). Esses percentuais são consistentes com os valores registrados na produção bibliográfica sobre o tema, com destaque para o Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho (Cesit) da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) (Unicamp/Cesit, 1994 como citado em Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos [Dieese], 2007) e para a análise de Pastore (1996 como citado em Dieese, 2007). A margem de lucro do empresário (que varia entre 0,57% e 1,13%), embora não seja uma medida da rentabilidade do capital, parece reduzida. Eventuais passivos trabalhistas (decorrentes, inclusive, da insegurança jurídica relativa à terceirização) estariam embutidos nas despesas (que não chegam a representar 2% dos custos totais) ou no lucro do empresário. Contudo, somente uma análise detalhada da forma como os empresários efetivamente geram essas planilhas poderia evidenciar como esses passivos são transferidos para a contratante e identificar as razões que explicam as margens de lucro aparentemente reduzidas. Essa análise pode ser objeto de trabalhos futuros, mas extrapola os propósitos do presente artigo.

Os dados coletados revelam ainda que a região Nordeste invariavelmente possui o menor custo de mão-de-obra terceirizada, enquanto nas regiões Sudeste, Sul e Centro Oeste encontram-se os valores mais elevados, a depender do tipo de posto. Os encargos trabalhistas oneram o contrato em torno de 35%, enquanto os tributos correspondem a aproximadamente 8,6% do valor do posto.

A Tabela 3 registra o número de contratos analisados e os custos dos postos de recepção, copeiragem e atendimento telefônico relativos aos períodos anterior e posterior à reforma trabalhista. No primeiro caso, em função do razoável número de contratos, registra-se também o desvio padrão.

Tabela 3 – Número de contratos e custos dos postos de recepção, copeiragem e atendimento telefônico (total, antes e depois da reforma trabalhista)

	<b>Recepção</b>	<b>Copeiragem</b>	<b>Atendimento telefônico</b>
<b>Total</b>			
Número de contratos	33	45	43
Custo (R\$ correntes de 2017)	2.815,92	2.434,78	2.748,76
Desvio padrão (R\$ correntes de 2017)	560,94	333,58	411,60
<b>Antes da reforma trabalhista</b>			
Número de contratos	30	42	40
Custo (R\$ correntes de 2017)	2812,04	2433,12	2763,04
Desvio padrão (R\$ correntes de 2017)	572,48	339,25	421,18
<b>Depois da reforma trabalhista</b>			
Número de contratos	3	3	3
Custo (R\$ correntes de 2017)	2.817,21	2.617,71	2.658,13

Fonte: elaboração própria.

Legenda: os valores estão expressos em Reais correntes de 2017.

Ao se examinar a Tabela 3, não se encontram evidências de diferenças estatisticamente significativas entre os custos totais antes e depois da reforma trabalhista. Isso ocorre porque o desvio padrão é muito elevado. Com efeito, não se pode afirmar, mesmo em uma margem de confiança muito reduzida, que os custos médios posteriores à reforma seriam inferiores ou superiores àqueles observados antes dela. As grandes variações inter-regionais de custos de mão de obra explicam os desvios padrão elevados. Com efeito, a comparação dos custos médios antes e depois da reforma trabalhista precisaria levar em conta o local onde os postos de trabalho fossem ocupados. No caso dos postos de recepção e copeiragem, cujos valores médios posteriores à reforma são maiores do que os valores médios anteriores a ela, é possível uma maior presença de regiões onde os custos são maiores nos contratos firmados após a reforma. De maneira análoga, o menor custo médio do posto de atendimento telefônico após a reforma não é estatisticamente diferente do custo anterior à reforma e pode decorrer de uma maior presença de regiões onde esses custos são menores na formação da média.

Dessa forma, não é possível verificar, neste momento, qualquer redução significativa de custos dos postos de trabalhos terceirizados. Por essa razão, foram realizadas entrevistas com gestores de empresas que prestam serviço nesse ramo de atuação para verificar se, na percepção de quem vivencia essa relação contratual, há uma expectativa em relação à reforma trabalhista.

## 4.2. Entrevistas

As entrevistas visavam a capturar a percepção dos gestores das empresas prestadoras de serviços à CEF sobre a reforma trabalhista e sobre as questões relacionadas ao instituto da terceirização.

No que se refere aos impactos advindos da reforma trabalhista, a percepção dos entrevistados pode ser resumida, de forma geral, nos pontos discutidos a seguir.

A possibilidade de imputar honorários de sucumbência ao empregado foi o benefício mais citado, por mais de 70% dos entrevistados, segundo os quais já foi possível verificar uma

redução entre 50% e 68% no número de novas ações. Trata-se de alteração na regra da gratuidade da justiça, que agora, nos termos trazidos pela Reforma Trabalhista, prescinde de comprovação de salário igual ou inferior a 40% do limite máximo do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Argumenta-se que, a partir dessa alteração, os advogados dos reclamantes pensam mais profundamente acerca da real existência dos direitos pedidos, visto que seus clientes serão compelidos a pagar pela parcela denegada.

Os entrevistados mencionaram também a jornada intermitente como um dos benefícios da reforma. Os gestores alegam que a relação de trabalho era muito engessada, pois muitas vezes o empregado não é necessário por oito horas diárias, mas só existia essa possibilidade de contratação. Agora não mais, pois é possível contratar até por hora trabalhada.

A ausência de necessidade de homologação sindical no caso de rescisão do contrato de trabalho e o aumento dos requisitos de equiparação salarial também foram citados, mas em menos de 30% das entrevistas.

Os gestores entrevistados argumentam, de forma geral, que a permissão de terceirização de atividade-fim trará melhoria para a qualidade do serviço público, pois, de maneira geral, as empresas privadas, com sua visão empreendedora, prestam serviço com mais qualidade do que os agentes públicos.

Foi unânime, entre os gestores entrevistados, a percepção de que as inovações legislativas vieram no sentido de reduzir o risco jurídico das relações decorrentes da prestação de serviços terceirizados. Não obstante, é pacífico entre eles também que as mudanças não serão sentidas de maneira imediata. Faz-se necessário um período de estabilização da jurisprudência, visto que todos os gestores mencionaram receio na aplicação dos novos institutos trazidos pela reforma trabalhista até que os juízes se posicionem. O prazo previsto de estabilização da jurisprudência verificado nas entrevistas variou bastante (entre um e vinte anos).

O reflexo financeiro decorrente da redução do risco jurídico suscitou opiniões divergentes. Todos concordam que, ao minimizar o risco, ao menos em tese, o custo de prestação de serviços deveria diminuir. Além disso, contou-se que:

- Para 30% dos entrevistados, não há espaço para que a redução de risco seja refletida no custo. Isso se deve ao fato de que a margem de lucro das empresas prestadoras de serviços terceirizados está reduzida ao máximo, devido à alta concorrência verificada nos certames licitatórios.
- Para a maioria (70%), haverá uma redução nos custos de prestação de serviços. Argumentou-se que de fato há uma alta competição entre as empresas que prestam serviços terceirizados para o governo e que não há campo específico para provisionamento do risco jurídico nas planilhas de composição de custos. No entanto, ponderou-se que o custo da equipe jurídica (assim como dos processos judiciais) está alocado no item de despesas administrativas, que será reduzido se diminuírem o número de ações. Ademais, foi mencionado que normalmente há contratos bons e contratos ruins (que geram muitos litígios), de modo que um contrato acaba compensando o outro. No que se refere ao custo permanente com despesa administrativa, o entrevistado da empresa I mencionou que há hoje uma equipe de 18 advogados dedicados a tratarem de reclamações trabalhistas.

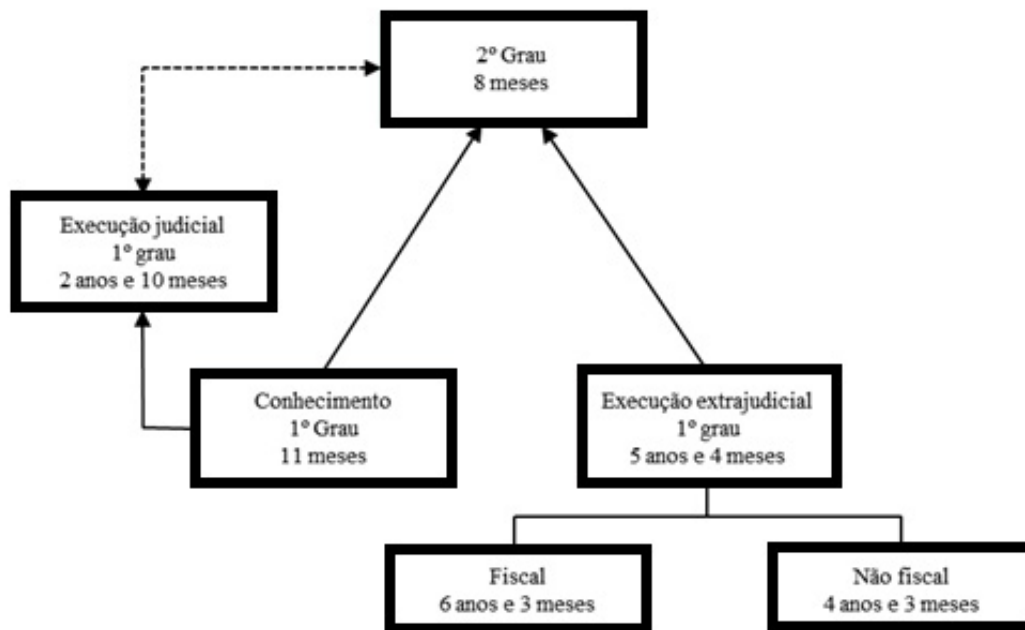
Não obstante, mesmo tendo havido expressiva maioria no sentido de que haverá redução do custo da prestação de serviços, isto não deve ocorrer rapidamente. O mesmo argumento foi apresentado por entrevistados de duas empresas que prestam serviços em quase todo o território nacional. Segundo estes gestores, os trabalhadores terceirizados raramente acionam judicialmente as empresas enquanto estão com seus contratos de trabalho vigentes, fazendo-o



apenas quando têm seus contratos rescindidos. O *turnover* dessas duas empresas situa-se entre 36 e 18 meses, respectivamente.

A esse período soma-se o tempo necessário para que os processos sejam julgados na Justiça do Trabalho. Segundo dados do CNJ, um processo trabalhista leva, em média, 11 meses no primeiro grau e 8 meses no segundo (Figura 1).

Figura 1 – Tempo médio do processo baixado na Justiça do Trabalho

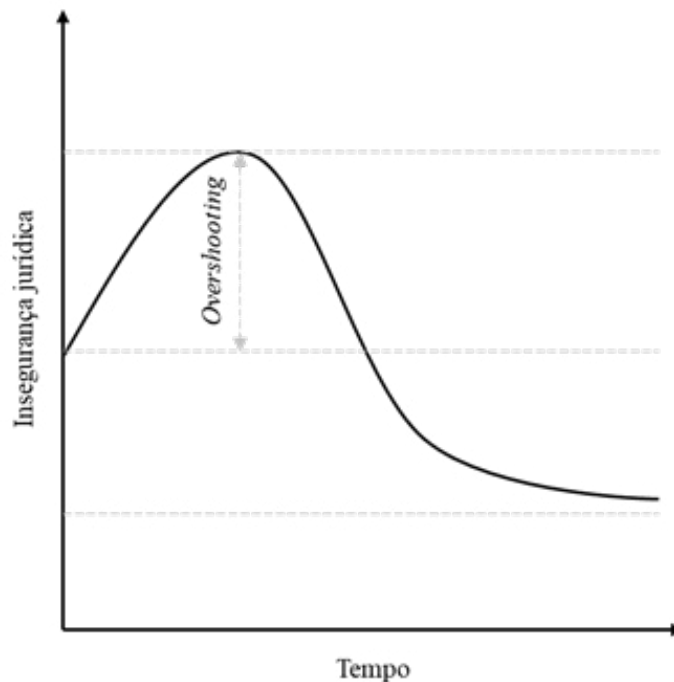


Fonte: recuperado de “Justiça em números 2018” do Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 38.

Assim, considerando o início da vigência da Lei da reforma trabalhista em julho de 2017, faz-se premente aguardar o surgimento das primeiras controvérsias, que normalmente surgem após o término do contrato laboral (*turnover*), e computar o prazo processual de primeiro e segundo grau. Destarte, tendo em vista o relatado nas entrevistas e o tempo médio estimado pelo CNJ, os impactos são esperados entre 37 e 55 meses, ou seja, entre 2020 e 2022. Dessa forma, embora ainda não tenha havido reduções de custos e de insegurança jurídica nos contratos analisados, os reflexos das inovações legislativas devem ser verificados após a consolidação dos entendimentos jurisprudenciais sobre a terceirização (possivelmente a partir de 2020).

As entrevistas indicam que, possivelmente haverá uma fase de aumento do risco jurídico, até que haja a estabilização da jurisprudência sobre o tema e que se possa verificar de fato o impacto definitivo da reforma trabalhista. Trata-se de um cenário parecido com a curva indicada na Figura 2.

Figura 2 – Insegurança jurídica relacionada ao instituto da terceirização após a reforma trabalhista



Fonte: elaboração própria.

Desta forma, considerando que um ambiente de incertezas leva as partes envolvidas a instituírem maior número de salvaguardas que, por sua vez, aumentam o custo de transação, num primeiro momento após a reforma trabalhista, é possível supor que não haverá redução dos valores pagos como remuneração à prestação de serviços terceirizados. Tais reflexos financeiros apenas serão efetivamente percebidos quando a incerteza reduzir e o mercado, sentindo essa estabilização e sendo naturalmente mais eficiente, conseguir revisar sua precificação.

Os entrevistados indicaram, ainda, os principais assuntos que foram objeto de demanda de seus empregados junto ao Judiciário Trabalhista:

- Equiparação salarial, motivada por desvios de função praticados pela Contratante ou por auxiliares que buscam igualdade de salário com o do profissional responsável;
- Horas extras; e
- Adicionais de periculosidade e insalubridade.

Pelo exposto, verifica-se que a reforma trabalhista decerto não irá mitigar os problemas trazidos pelos gestores entrevistados. O regime protetivo das MPE encontra-se em legislação que não foi alterada, enquanto que a declaração de inexecutabilidade de preços, a elaboração de repactuação e a ingerência dependem de atuação por parte dos agentes públicos, enquanto que a proibição de lançamento do CSLL e IRPJ encontra-se pacificada na doutrina do TCU. Não obstante, a pesquisa foi contundente quanto ao aspecto positivo das inovações trazidas pelo novo diploma legal no que se refere à redução do risco jurídico para as empresas prestadoras de serviço terceirizado.

## 5. CONCLUSÃO

Este trabalho objetivou analisar os aspectos relacionados aos custos e à insegurança jurídica ligados à terceirização no Brasil buscando, em particular, discutir os impactos da Lei nº 13.429/2017 e da Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista) nessas variáveis. A hipótese que norteou a elaboração do trabalho é que as inovações legislativas produzidas em 2017 podem contribuir para diminuir tanto a insegurança jurídica quanto o custo da prestação de serviços terceirizados no país. Para verificar essa hipótese, analisaram-se as planilhas de composição de custos de 121 contratos de prestação de serviços mantidos pela CEF entre 2013 e 2018 e realizaram-se entrevistas semiestruturadas com dez gestores das empresas contratadas pela CEF, por meio das quais se buscou capturar sua percepção sobre o tema.

O trabalho trata de um tema relevante, porém pouco discutido na produção teórica em administração no Brasil e tem um caráter claramente interdisciplinar. Além disso, seus resultados podem ser facilmente extrapolados, uma vez que os prestadores de serviços analisados atuam também em diversas outras empresas.

O instituto da terceirização apenas veio a ser positivado no Brasil em 2017, o que ocasionou um grande ativismo judicial até então. A Lei nº 13.429/2017 trouxe a definição do instituto ao ordenamento legal do país, mas não avançou em sua regulamentação. Já a Lei nº 13.467/2017 estipulou diversas regras que dividem opiniões, sendo acusada, de um lado, de promover a precarização do trabalho e, de outro, sendo defendida por aqueles que entendem que trouxe equilíbrio para a relação judicial e auxiliará na abertura de novas vagas de emprego.

De qualquer forma, com o novo regramento, o Brasil passou a acompanhar o padrão adotado nos demais países no que se refere à possibilidade de terceirização de atividade-fim, encerrando (em tese) essa discussão. Não parece haver dúvida de que as empresas privadas podem agora terceirizar suas atividades-fim no país. Contudo, no que se refere à Administração Pública, provavelmente a discussão permanecerá acirrada, visto que, mesmo com a publicação Decreto nº 9.507/2018, haverá forte pressão por atendimento ao dever constitucional de realizar concurso público.

Com base nas planilhas de composição de custos, constatou-se que ainda não há evidência de que as inovações legislativas tenham impactado os custos da prestação de serviços à CEF. Com base nas entrevistas, contudo, foi possível observar que o risco jurídico existente, que seria combatido com a positivação do instituto, tende a aumentar em primeiro momento. Isso decorre da resistência de doutrinadores e de associações de classes que atuam na Justiça do Trabalho (como a Anamatra), que expressaram seu descontentamento com as alterações que foram trazidas pela reforma trabalhista. Esse embate judicial foi citado nas entrevistas como um dos maiores temores dos empresários ligados ao setor, que devem aguardar um período de estabilização até que haja a aplicação plena das inovações trazidas ao cenário nacional. Após a consolidação dos entendimentos jurisprudenciais, acredita-se que as empresas deverão ajustar seu aparelhamento de resposta às reclamações trabalhistas e os provisionamentos de risco jurídico, de modo que as despesas tenderão a se reduzir e a economia poderá ser repassada ao usuário final. Dessa forma, os reflexos das inovações legislativas devem ser verificados de maneira diferida, principalmente em decorrência do período para a consolidação dos entendimentos jurisprudenciais pelas Cortes Superiores.

## REFERÊNCIAS

AMATO NETO, J. Reestruturação industrial, terceirização e redes de subcontratação. **Revista de Administração de Empresas**, v. 35, n. 2, p. 33-42, 1995.

BARBOSA, A. M. S. Terceirização: Um Objeto de Luta Político-Cognitiva no Campo Jurídico Brasileiro. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v. 59, n. 2, p. 481-516, 2016.

BECATTINI, S. R. B. **Dilemas da atuação do poder judiciário**: Ativismo judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

BIAVASCHI, M. B.; DROPPA, A. A história da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. **Mediações**, v. 16, n. 1, p. 124-141, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 24 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Enunciado nº 256, de 30 de setembro de 1986. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 24 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BUREAU OF LABOUR STATISTICS. International comparisons of hourly compensation costs in manufacturing, 2012. Disponível em <<http://www.bls.gov/news.release/pdf/ichcc.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CASTRO, R. F. **A terceirização no direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAVALCANTE, L. R. **Custos do trabalho**: uma análise da indústria brasileira no período 1996-2012. Rio de Janeiro: Ipea, 2015. [Texto para discussão 2050].

CHIAVENATO, I. **Introdução à teoria geral da administração**. Rio de Janeiro: Campus, 2014.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). Terceirização: o imperativo das mudanças. Brasília: CNI, 2014. Disponível em: <[www.portaldaindustria.com.br](http://www.portaldaindustria.com.br)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). Terceirização: Principais pontos em debate no Brasil comparativamente à realidade de outros países. Brasília: CNI, 2016. Disponível em: <[www.portaldaindustria.com.br](http://www.portaldaindustria.com.br)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). Modernização trabalhista: Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017: panorama anterior e posterior à aprovação (atualizado com as modificações da MP 808/2017). Brasília: CNI, 2017. Disponível em: <[www.portaldaindustria.com.br](http://www.portaldaindustria.com.br)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2018. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). Relações e condições de trabalho no Brasil. São Paulo: DIEESE, 2007.

HEIKKILÄ, J.; CORDON, C. Outsourcing: a core or non-core strategic management decision? **Wiley InterScience**, p. 183-192, 2002.

HINDLE, T. The Economist Guide to Management Ideas and Gurus. **London: The Economist Newspaper**, 2008.

INTERNATIONAL CONFERENCE OF LABOUR STATISTICIANS. Resolution concerning statistics of labour cost. In: International Conference of Labour Statisticians, 11. Geneva: ICLS, 1966.

LIMA, F. M. M.; LIMA, F. P. R. M. **Reforma trabalhista**: entenda ponto a ponto. São Paulo: LTr, 2017.

MACHADO, S. A reforma trabalhista no Brasil a partir de uma perspectiva comparada das reformas na União Europeia. **Revista TST**. São Paulo, v. 83, n. 3, jul/set 2017, p. 239-250.

MARTINEZ, L. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, A. C. A justiça e o custo Brasil. **Revista USP**, n. 101, p. 141-158, 2014.

QUEIROZ, C. A. R. S. **Manual de terceirização**: onde podemos errar no desenvolvimento e na implantação dos projetos e quais são os caminhos do sucesso. São Paulo: STS, 1992.

SAHA, A. Judicial activism in India: a necessary evil. **Jodhpur (Índia): National Law University**, 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1156979>>. Acesso em 24 jun. 2018.

SANTOS, D. P. F. **Terceirização de serviços pela administração pública**: estudo da responsabilidade subsidiária. São Paulo: Saraiva, 2010.

WOMACK, J. P.; JONES, D. T.; ROSS, D. **A máquina que mudou o mundo**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

YEUNG, L. L. **Pró-devedor ou pró-credor?** Medindo o viés dos juízes brasileiros. São Paulo: FEA-RP/USP, 2010. Disponível em: <[https://www.fearp.usp.br/images/pesquisa/Anexos/Publicacoes/Textos\\_discussao/REC/2010/TD-E13-2010.pdf](https://www.fearp.usp.br/images/pesquisa/Anexos/Publicacoes/Textos_discussao/REC/2010/TD-E13-2010.pdf)>. Acesso em 24 jun. 2018.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O INVESTIMENTO-ANJO COMO INSTRUMENTO DE  
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO BRASIL

KHAREN KELM HERBST  
EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019

## O INVESTIMENTO-ANJO COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO BRASIL

## THE ANGEL INVESTMENT AS AN INSTRUMENT OF ECONOMIC DEVELOPMENT IN BRAZIL

Recebido: 24/10/2019  
Aprovado: 21/11/2019

Kharen Kelm Herbst<sup>1</sup>  
Eduardo Oliveira Agostinho<sup>2</sup>

### RESUMO:

Diante dos arranjos institucionais brasileiros, dependentes de sua trajetória, o empreendedorismo se depara com diversos obstáculos que representam riscos e desestímulos à inovação, entre eles a dificuldade para acessar recursos financeiros bancários. Neste cenário, o investimento-anjo despontou como uma alternativa promissora. Observada a sua progressiva relevância no mercado, cabe ao Estado proporcionar as instituições jurídicas que garantam maior segurança para a transação. O objetivo deste artigo, então, é analisar de que forma as instituições foram formalizadas para mitigar os riscos dessas operações de investimento, e se asseguram a eficiência de potencializar esse mecanismo de desenvolvimento econômico no Brasil. Através da técnica bibliográfica e método dedutivo, foram aplicados os fundamentos da Nova Economia Institucional, desvendando os resultados esperados da interseção entre instituições jurídicas e econômicas no contexto do investimento-anjo.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento. Nova economia institucional. Investimento-anjo. Dependência de trajetória. Empreendedorismo.

**JEL:** K20. K00

### ABSTRACT:

Considering the institutional arrangements existing in Brazil as a result of the path dependence, entrepreneurship faces many obstacles discouraging innovation, including the difficulty of raising financial resources through banks. In this scenario, angel-investment has emerged as a promising alternative. Due to its progressive relevance in the market, the state must provide proper legal institutions to ensure legal certainty for these transactions. The purpose of this paper, therefore, is to analyze how the legal institutions and regulation are being formalized to mitigate risk on these investment operations, and ensure the efficiency of potentializing this mechanism of economic development in Brazil. Through the bibliographical technique and deductive method, the foundations of the New Institutional Economics are applied, unveiling the results of the interaction between legal and economic institutions in the context of the angel investment.

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento - PPGD da PUCPR. Advogada . Email: kharen\_k@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria. Professor Titular de Direito Empresarial no Curso de Graduação em Direito da PUCPR e Decano da Escola de Direito da PUCPR. Professor Convidado da FAE. Leciona em Cursos de Pós-Graduação lato sensu da PUCPR, Esmafé e ABDCONST. Email: eduardo.agostinho@pucpr.br



**Keywords:** Development. New institutional economics. Angel investment. Path dependence. Entrepreneurship.

## 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico depende diretamente da dinâmica empresarial do país, que aumenta a geração de empregos, a criação de inovações, a produtividade e circulação de recursos como um todo. A dinâmica empresarial, por sua vez, depende dos arranjos institucionais vigentes, da interação entre instituições jurídicas e instituições econômicas.

Ocorre que os arranjos institucionais são determinados pela trajetória histórica, social e cultural, que torna enraizados alguns aspectos da conduta dos agentes e o *modus operandi* da economia, especialmente no âmbito regulatório e nas formas de intervenção estatal através de políticas públicas variadas.

No Brasil, a presença do Estado na economia sempre foi pujante, onde assume os papéis de empresário, fomentador, regulador e fiscalizador. No sistema financeiro não é diferente. Os bancos públicos financiam grande parte dos investimentos de risco e de longo prazo de maturação. Entretanto, não têm sido suficientes para propiciar um ambiente de inovações, que aceleraria o desenvolvimento econômico nacional.

Diante da insuficiência do Estado de prover estes recursos, o setor privado vislumbrou oportunidades de importar para o Brasil a modalidade de investimento-anjo. O investimento-anjo é uma alternativa que traz grandes benefícios para ambas as partes – o investidor e a empresa investida – pois se trata de *smart money*, que combina os recursos financeiros com o *know-how* e mentoria do empresário mais experiente para o principiante. Esta transação reduz os riscos de insucesso para a empresa, diante da possibilidade de contar com orientações e rede de contatos de empresários tarimbados. Por outro lado, o investidor pode ampliar sua carteira de negócios sem correr riscos societários, tributários e trabalhistas enquanto a empresa ainda está em fase experimental. A estrutura societária e de capital da empresa é reajustada conforme o negócio evolui.

Dessa forma, o investimento-anjo torna-se um meio para contornar a trajetória brasileira de dependência do setor público para inovações e financiamentos corporativos, fortalecendo a parceria entre agentes privados.

Nesta conjuntura, é imprescindível que as instituições jurídicas acompanhem o movimento da economia, mitigando os pontos que podem gerar uma insegurança na transação, para, então, permitir que o investimento-anjo atinja o potencial máximo no Brasil, como um verdadeiro fomentador do desenvolvimento econômico, ampliando capacidades e oportunidades do empreendedorismo e inovações no país.

Diante disso, o presente artigo inicia com uma análise acerca de como os arranjos institucionais interferem diretamente no desenvolvimento econômico, ao definir as bases do ambiente negocial. Passa-se, em seguida, para uma observação do atual cenário brasileiro, como decorrente da trajetória institucional. Dentre as diversas instituições jurídicas e econômicas, identifica-se, então, quais se aplicam ao contexto do investimento-anjo e são primordiais para a eficiência dessas transações, que se apresentam como um efetivo instrumento de viabilização do desenvolvimento econômico.

Realizou-se pesquisa teórica, através da técnica bibliográfica e do método dedutivo, utilizando fundamentos da Nova Economia Institucional, compreendendo os custos de transação e problemas de agência envolvidos no investimento-anjo, para concluir que instituições jurídicas eficientes oportunizam resultados positivos quando são capazes de

umentar os níveis de confiança mútua nas transações econômicas, sem retirar o espaço de flexibilidade negocial que uma sociedade em constante evolução impõe.

## 2. INSTITUIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Os estudos sobre o desenvolvimento econômico tornam-se cada vez mais relevantes e aprofundados na esfera jurídica diante das concepções de que não se restringe apenas ao aumento da riqueza, mas abrange também questões sociais e de qualidade de vida para a população, e de que o Estado não é necessariamente um obstáculo ao mercado, é sobretudo uma das entidades que o viabilizam (REIS, 2011, p.20).

Segundo Moreira (1978, p.11-12), o capitalismo não é apenas um fato econômico, é também um fato jurídico e político, e um sistema social. No *modus vivendi* do capitalismo contemporâneo, o Estado é responsável pelo curso da economia, através de políticas e regulações. Estado e mercado, portanto, funcionam em profunda simbiose.

Sendo assim, a forma como o Estado intervém – ou se abstém de intervir – nas relações entre os agentes econômicos, pode acelerar ou frear o desenvolvimento da nação.

O desenvolvimento econômico supõe uma sociedade capitalista organizada na forma de um estado-nação onde há empresários e trabalhadores, lucros e salários, acumulação de capital e progresso técnico, um mercado coordenando o sistema econômico e um estado regulando esse mercado e complementando sua ação coordenadora. (BRESSER-PEREIRA, 2007, p.1)

Essa dinâmica ocorre a partir das instituições que delimitam e organizam o papel dos agentes públicos e privados nas sociedades. As instituições, conforme a linha teórica da Nova Economia Institucional, são as *regras do jogo*, ou, as estruturas que coordenam as interações e a alocação de recursos, funcionando “como um tipo de contexto de racionalidade, que emerge das interações humanas e simultaneamente as governa. [...] as instituições não apenas definem e delimitam o conjunto de ações disponíveis para os indivíduos; elas simultaneamente são moldadas pelos indivíduos e tornam suas interações possíveis” (SJOSTRAND, 1995, p.19).

Para Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, as instituições estabelecem “um complexo de ações possíveis, que devem ser consideradas como parte de um sistema, e que compõem o sistema formal de instituições, quando incorporadas pelo direito, e o informal, na hipótese de não incorporação” (RIBEIRO e GALESKI, 2009, p. 186).

Inicialmente, as instituições formais basilares do capitalismo consistiam na propriedade privada e no contrato (MOREIRA, 1978, p.12). Atualmente, existe um universo de muitas e diversas regras às quais se submetem os agentes econômicos, como a legislação trabalhista, societária, tributária, concorrencial, as regras que regem o mercado financeiro, e outras.

Para Ronald Coase, a eficiência do mercado e, portanto, seu pleno desenvolvimento, depende das instituições de um país – o sistema legal, o sistema político, o sistema de educação, a cultura. Estas instituições governam o desempenho do sistema econômico (COASE, 1999, p. 04).

Da eficiência das instituições depende a produtividade, que varia de acordo com as diferenças tecnológicas, os processos e o ambiente em que a produção de bens ou serviços ocorre, abrangendo o conhecimento adequado dos recursos limitados e seus métodos de utilização para gerar a maior quantidade de bens e serviços, com qualidade proporcional, em um determinado período de tempo; o nível de investimentos nacionais e estrangeiros, que variam de acordo com os incentivos e condições presentes nas empresas e no país onde

se pretende investir; entre outros fatores determinantes para o desenvolvimento econômico nacional ou mesmo de um setor específico do mercado.

Os caminhos para o desenvolvimento, portanto, implicam a escolha das instituições mais apropriadas, que decorrem, “num primeiro momento, das combinações acertadas de Estado e de mercado” (REIS, 2011, p.19).

Isso ocorre porque, ao contrário do que preconiza o pensamento econômico liberal (BUTLER, 2015, p.74), a realização de negócios exclusivamente por meio do mercado, sem intervenção estatal, não conduz invariavelmente aos melhores resultados, havendo situações em que há custos de transação – estes, compostos pelos custos de procura, de negociação, de decisão, de monitoramento e de sanção – que podem ser mitigados por uma regulação adequada, que também pode prevenir os comportamentos oportunistas e consequências de racionalidade limitada por parte dos agentes envolvidos (COASE, 1960, p.15).

Ou seja, “os custos de transação referem-se não ao custo das mercadorias, bens e serviços em si mesmos ou aos custos de produção, mas aos custos, como o próprio nome indica, da transação” (GONÇALVES e RIBEIRO, 2015, p. 464). Por isso, normas e instituições jurídicas impactam fortemente na esfera econômica e empresarial quando, através de mecanismos de controle legais ou contratuais, aumentam ou reduzem a complexidade do ambiente negocial e alteram as perspectivas das tomadas de decisões dos agentes envolvidos (GONÇALVES e RIBEIRO, 2015).

Na ausência de instituições eficientes, dada a incerteza, os custos de transação tornam-se muito altos e os negócios podem não se consumir, inviabilizando que o mercado atinja o seu potencial máximo (SCHAPIRO, 2010, p.217).

Os ensinamentos de Douglass North (1990 e 1994), igualmente, colocam o Estado nesta posição central, esclarecendo que as soluções econômicas repousam menos nos avanços tecnológicos e na acumulação de capital do que nos arranjos institucionais que estimulam ou inibem as atividades neste sentido. Ou seja, “o que a literatura econômica considera causas do crescimento nada mais são do que consequências de uma dada matriz institucional específica” (GALA, 2003, p.93).

North, então, abarca os preceitos de Coase, ao resumir que “*when it is costly to transact, institutions matter*” (NORTH, 1990, p.12).

Conforme a sociedade evolui, as instituições se reinventam com a finalidade de atender às necessidades do convívio social. Especialmente no que tange à esfera econômica, não são raras as vezes em que a ordem dos acontecimentos é, primeiramente, de surgimento de instituições informais, que posteriormente são formalizadas pelo Direito, como é o caso de novos modelos de negócios e novos formatos de relações comerciais que emergem, e que, em seguida, passam a ser regulados para proporcionar segurança jurídica.

Atualmente, há maior desenvolvimento econômico nos países onde há maiores possibilidades de inovar de forma bem-sucedida. Neste ponto, instituições jurídicas podem interferir estimulando o potencial desenvolvimento, criando leis que aprimoram o funcionamento das empresas e dos mercados, que são as instituições econômicas (COOTER e SCHAFFER, 2013, p.22).

Enquanto já não mais se discute acerca da possibilidade das instituições jurídicas produzirem bons resultados econômicos, prevalece o debate acerca de quais seriam as regras jurídicas ideais, levando em conta o seu impacto nas empresas, em setores específicos do mercado e, ainda, na sociedade como um todo. Sendo certo que não há garantias de que as instituições que tiveram bons resultados em um país desenvolvido, necessariamente surtirão os mesmos efeitos em um país em desenvolvimento, sendo imprescindível analisar fatores históricos, culturais e políticos que estão firmados onde serão aplicadas as regras jurídicas. As

instituições e, sobretudo, as mudanças institucionais são dependentes da trajetória nacional (TREBICOOK e DAVIS, 2009).

### 3. A DEPENDÊNCIA DE TRAJETÓRIA BRASILEIRA NAS FORMAS DE FINANCIAMENTO CORPORATIVO

Cada país é um sistema singular, com características que foram moldadas pelo seu processo de formação histórica, de forma que as soluções também devem ser singulares, assimilando a realidade existente (RISTER, 2007, p.14). A regulação econômica para o desenvolvimento, portanto, varia de acordo com os sistemas de valores, as condições e as estruturas vigentes em uma determinada sociedade e em um determinado momento, e deverá, por essa mesma razão, ser constantemente reformulada e adaptada de acordo com as mudanças que ocorrem nessa sociedade.

As instituições, portanto, não são transplantáveis de um país para outro, de viés *one size fits all*. Deve haver uma consistência com a trajetória histórica vivenciada pelos arranjos nacionais (SCHAPIRO, 2010). North (1990) esclarece que, para além da noção de que *institutions matter*, não se pode olvidar que *history matters*.

A evolução do capitalismo nos diversos países não se deu de forma igual. Há países dominantes e países dominados (MOREIRA, 1978). Para Nasser (2005), uma regulação eficiente é o produto final obtido em uma equação que envolve muito mais do que apenas normas, convenções, costumes e regras. Trata-se de uma estratégia estatal que tenta conciliar necessidades e interesses, a partir de sua posição na ordem mundial.

A evolução um pouco mais tardia do capitalismo no Brasil determinou a sua condição de país semiperiférico da economia mundial (ALCOFORADO, 2006), que somente pode ser superada através de instituições e políticas públicas acertadas, sobretudo aquelas que incentivam empreendedorismo, confiança no ambiente negocial e inovação – sendo esta entendida por Cooter e Schafer (2013), como o principal catalisador do crescimento econômico.

No caso dos países em desenvolvimento, houve uma tendência a privilegiar a industrialização através de investimentos realizados ou regulados pelo Estado, notadamente através de empresas estatais e de programas de investimento no setor público (FIANI, 2001).

Durante o período de industrialização brasileiro, havia poucos mecanismos de investimentos privados e pouco capital acumulado, sendo necessário voltar-se para o apoio de instituições internacionais, captando empréstimos através das empresas estatais que, pelo orçamento público, obtinham melhores condições de crédito do que as empresas privadas (ALMEIDA, 2003).

Desde então, financiamentos de atividades de maior risco têm contado com os bancos públicos, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e o Banco do Brasil, que se estabeleceram como os dominantes financiadores do desenvolvimento econômico (SCHAPIRO, 2010).

A opção por bancos públicos, entretanto, é uma espécie de *second best* institucional, isto é, uma solução alternativa introduzida por governos que são incapazes de estabelecer um ambiente institucional adequado, e, diante das fragilidades da organização jurídica, o Estado compensaria as incertezas dos investidores privados, retraídos em razão da debilidade do ambiente institucional. Os bancos públicos, até os dias atuais, permanecem desempenhando um papel-chave na economia brasileira, sendo responsáveis pela maior parte dos financiamentos corporativos (SCHAPIRO, 2010).

Estas escolhas que foram realizadas no momento de formação das instituições capitalistas brasileiras e suas políticas, ainda exercem um efeito de constrangimento sobre o desenvolvimento presente e futuro, em razão da tendência inercial das instituições que dificulta subsequentes mudanças, mesmo diante de ineficiências (BERNARDI, 2012). A dependência de trajetória não é absoluta ou permanente (TREBICOOK e DAVIS, 2009), mas as mudanças exigem grande esforço:

A dependência da trajetória é conceitualizada [...] como processos dinâmicos contingentes não-reversíveis, cujo conteúdo central se refere à ideia da história como um processo de ramificação (*branching*) irreversível, no qual os custos de transição para uma alternativa previamente descartada se acumulam com o tempo, tornando tal mudança cada vez menos provável por mais que a alternativa escolhida mostre-se menos eficiente que algumas das opções antes (ou ainda) disponíveis. (BERNARDI, 2012, p.142)

Existe um autorreforço institucional, onde a reprodução de uma instituição acontece porque os agentes consideram-na legítima e, assim, optam voluntariamente por sua continuidade, ou seja, a instituição existente é favorecida porque é vista como legítima, mas o seu favorecimento é que reforça sua legitimidade (BERNARDI, 2012).

Embora as opções de financiamentos tenham sido diversificadas no país – contando com o aprimoramento do mercado de capitais, *venture capital* e investimentos-anjo –, o cenário econômico brasileiro requer, ainda, uma mudança cultural, que depende do fortalecimento da confiabilidade no entorno institucional de promoção e segurança jurídica das transações e investimentos de risco entre agentes privados, para atender as expectativas de crescimento e modernização econômica.

Na década de 1990, reformas jurídico-institucionais foram promovidas com o objetivo de privatizar bancos e impulsionar o ambiente financeiro nacional, expandindo a concorrência, inclusive permitindo a entrada de *players* estrangeiros, na intenção de reduzir custos de captação de recursos e diversificar fontes privadas de financiamento corporativo, ampliando a proteção jurídica a investidores e credores, aprimorando mecanismos de governança (SCHAPIRO, 2010):

A premissa de análise é a de que em um ambiente inseguro, dotado de uma proteção deficiente dos direitos de investidores, ou notabilizado por regras imprecisas e sujeitas a ampla margem de controvérsias, os investidores tendem a restringir a sua disposição em prover recursos monetários, o que, enfim, pode comprometer o volume de capital disponível para as atividades de financiamento corporativo. (SCHAPIRO, 2010, p.224)

Essas reformas jurídicas consistem em tentativas de mitigar custos de transação que podem desencorajar os investimentos. Mas, apesar dos esforços, estas reformas tiveram como ponto central o financiamento corporativo através do mercado de capitais, privilegiando alterações na Lei das Sociedades Anônimas (através da Lei 10.303 / 2001) e a criação de novos mercados autorregulados na Bovespa, com regras rígidas de governança corporativa (Novo Mercado, Nível 1 e 2 e Bovespa Mais).

Neste ponto, algumas peculiaridades do setor empresarial brasileiro precisam ser observadas: “Em sua maioria, as empresas brasileiras são de médio e pequeno porte, são constituídas como sociedades limitadas (empresas de capital fechado) e não têm acesso às bolsas de valores” (BUAINAIN, et al., 2017, p.103). O tipo societário mais utilizado no Brasil é das sociedades limitadas, e não das sociedades anônimas, principalmente devido ao alto custo de manutenção de uma S.A. no país (EID JUNIOR, 2012); e, neste universo das sociedades limitadas, mais de 70% possuem capital social na faixa de R\$ 50 mil ou menos (MATTOS FILHO, Et al. 2014). Isso significa que as reformas jurídico-institucionais promovidas nos anos 1990 não foram capazes de alcançar a realidade da grande maioria das empresas brasileiras,

que não se enquadram nos requisitos de capital e garantias exigidas para acessar as fontes de financiamento formais e tradicionais.

A alternativa buscada por essas empresas, considerada mais informal, que despontou do próprio mercado e que vem ganhando espaço rapidamente no Brasil, é a do investimento-anjo. Seguindo a lógica das instituições informais que são incorporadas pelo direito, a regulação vem sendo formalmente instituída com a finalidade de balizar esta forma de transação já previamente aclamada pelo mercado.

#### 4. INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E ECONÔMICAS NO CONTEXTO DO INVESTIMENTO-ANJO

Douglass North trata da eficiência adaptativa, segundo a qual uma sociedade será mais eficiente quanto maior for sua capacidade de se adaptar às mudanças que ocorrem ao longo do tempo (GALA, 2003). As mudanças são profundas e rápidas na esfera econômica, e demandam dos reguladores uma agilidade para esta eficiência adaptativa.

A evolução permeada por tentativas e erros ao longo de inúmeras gerações possibilitaram algum aprendizado sobre aspectos que funcionam e são essenciais, e sobre outros que não funcionam na economia (NORTH, 1994). Embora cada país constitua um sistema complexo de variáveis, há fatores reconhecidamente fundamentais em todo o mundo para o desenvolvimento, sendo que a existência de parâmetros de confiança no ambiente negocial e entre os agentes privados é imprescindível.

Segundo Cooter e Schafer (2013, p. 05), o crescimento econômico é mais acelerado em países que já são ricos, se comparado com os países mais pobres, dificultando o *catch up* destes em relação àqueles. Os investimentos em inovações são os mais determinantes para essa aceleração. Entretanto, inovar envolve assumir riscos e despende de grande quantidade de capital; portanto, para que seja possível, é preciso resolver o dilema da confiança mútua e atrair os investidores.

A confiança é uma questão jurídica, promovida a partir da redução dos problemas de agência e assimetrias informacionais. Isso significa que a dependência da trajetória pode ser vencida quando há acertos nas instituições jurídicas neste âmbito.

Compete, então, ao direito o papel de aumentar os custos à adoção de comportamentos oportunistas e predatoriamente autointeressados dos agentes econômicos, e estimular a realização de transações mutuamente benéficas para atingir um ponto de equilíbrio, quando todos os sujeitos envolvidos estão maximizando os próprios interesses simultaneamente.

O conceito-chave para o entendimento da prosperidade proposta por North é o de instituições eficientes. O autor define [...] um arranjo institucional deste tipo: capaz de igualar o retorno privado ao retorno social das atividades econômicas dos agentes de uma dada sociedade. Uma matriz institucional eficiente será aquela capaz de estimular um agente ou organização a investir numa atividade individual que traga retornos sociais superiores a seus custos sociais. (GALA, 2003, p.97)

Para Schapiro (2010), os instrumentos regulatórios devem estabelecer mecanismos de governança bem desenhados e efetivos, para incentivar os administradores a perseguirem os seus objetivos de modo compatível com os interesses dos investidores. Se houver sensação de vulnerabilidade institucional, os investidores tendem a desempenhar comportamentos de autopreservação, tendo a sua participação em empreendimentos desencorajada.

Para a maioria das empresas iniciantes e sociedades limitadas, os recursos financeiros, em um primeiro momento, vêm dos fundadores, familiares e amigos (fase dos 3Fs) – mas estes recursos costumam ser insuficientes para escalas maiores, impondo-se a necessidade de buscar investimentos externos; a captação de recursos em bancos públicos e privados enfrenta altas taxas de *spread* bancário; e os investimentos feitos por fundos de *venture capital* estão em patamares de US\$ 2.000.000, que nem sempre são condizentes com a realidade ou as necessidades da empresa que está buscando o financiamento. A alternativa mais atraente passa a ser do investimento-anjo (WILSON, 2015, p. 05).

Os investidores-anjos, frequentemente, são empresários já experientes, que possuem uma fonte de capital próprio para investir em empresas que tenham potencial de crescimento, prescindindo da intermediação de um banco público ou privado. O que torna esta transação empresarial ainda mais atrativa, é o fato de não ser exclusivamente financeira, tendo em vista que o investidor-anjo poderá contribuir também apoiando o empreendedor transmitindo e compartilhando o seu *know-how*, experiências e rede de relacionamentos, aumentando as chances de sucesso do negócio.

Os principais riscos que podem ser evitados através de instituições jurídicas eficientes são a assimetria informacional e os problemas de agência. A assimetria informacional ocorre quando os agentes envolvidos detêm níveis de informação (quantitativa ou qualitativamente) diversos em relação ao outro que participa da mesma transação, abrindo espaço para comportamentos oportunistas diante de ações ou intenções ocultas que podem causar desvantagens nas tomadas de decisões ou negociações. O oportunismo, na definição de Williamson (1985, p.47), seria o comportamento estratégico de uma das partes para distorcer informações de modo a aumentar as suas vantagens frente a outra parte em uma transação.

No contexto dos investimentos-anjo, a confiança mútua, segundo Cooter e Schafer (2013, p.19), procede do princípio que o investidor deverá confiar que o empreendedor não irá se apropriar do capital mas não entregar os resultados esperados, enquanto o empreendedor deve confiar que o investidor não irá se apropriar da sua ideia e disseminá-la ou aplicá-la em um empreendimento próprio.

Após a realização do investimento, emergem os custos de agência, que têm como fato gerador os possíveis conflitos de interesse entre o administrador da empresa e o investidor, devendo haver um monitoramento mútuo a fim de verificar e fazer cumprir, da maneira mais eficiente, os objetivos pretendidos por cada um na transação. Na delegação de tarefas, é comum que haja divergência de interesses (FONSECA e DOMINGUES, 2018, p.329).

Assimetria informacional e problemas de agência são inevitáveis, pois decorrem da própria natureza humana de racionalidade limitada, entretanto, direito e economia interagem na criação de soluções para mitigar riscos mantendo a atratividade desta modalidade de investimentos.

Os mecanismos de controle e governança – transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa (OECD, 2015) –, favorecem o cumprimento das promessas entre os agentes. Quando as promessas são cumpridas, maximizam-se os resultados econômicos. Os pilares da governança corporativa são estimulados no contexto do investimento-anjo, pois a própria realização do investimento está condicionada à elaboração e apresentação de um plano de negócios, com metas que podem ser cobradas periodicamente. Do cumprimento das metas dependerá a opção, ao final do período do investimento-anjo, pela conversão do resgate em participação societária, nos contratos de mútuo conversível. Da mesma forma, há direitos que somente são adquiridos conforme as metas sejam atingidas (*vesting*), e que também são eficientes para mitigar riscos de conflitos de interesse ou falhas na execução contratual.

Enquanto o negócio é embrionário e não provou o seu potencial, o investidor não é sócio e não corre os mesmos riscos que o empreendedor – principalmente diante das mais variadas obrigações impostas pelo direito brasileiro, incluindo a carga tributária e trabalhista, que podem ensejar desconsideração da personalidade jurídica. No contexto do investimento-anjo, a estrutura societária e de capital da empresa é reajustada conforme o negócio evolui. Essas transformações gradativas ajudam a mitigar os riscos da assimetria informacional, pois as decisões podem ser tomadas conforme as informações vêm à tona. (FONSECA e DOMINGUES, 2018, p. 343-344).

Diante dos obstáculos judiciais tipicamente brasileiros enfrentados pelas empresas, especialmente a desconsideração da personalidade jurídica, que multiplica os riscos do empreendedorismo, a Lei Complementar nº 155/2016, trouxe maior segurança jurídica, em seu artigo 61-A, §4º, inciso II, ao determinar que o investidor-anjo não responderá por obrigações da empresa, nem mesmo em caso de recuperação judicial.

Em que pese não haver formalizado o direito de gerência ou voto ao investidor – o que apenas aumentaria seu leque de obrigações e, conseqüentemente, de riscos –; a participação na forma de mentoria e aconselhamento é permitida e até mesmo almejada, pois se trata de *smart money* (D'ASCENZO, 2009).

A participação ativa do investidor-anjo na empresa investida, na forma de mentoria, é um mecanismo de controle eficiente, que reduz tanto a assimetria informacional, quanto os custos de agência. A assimetria informacional é reduzida porque o investidor é capaz de acompanhar as rotinas da empresa e aconselhar o empreendedor nas tomadas de decisões, garantindo que o dinheiro investido será bem aproveitado.

Em um estudo promovido no estado do Rio de Janeiro, analisando as empresas que contam com investidor-anjo, constatou-se que nem sempre os investidores quiseram assumir papéis relevantes na governança corporativa, optando apenas por “investir sem dirigir”. Entretanto, mesmo nestes casos, em geral, os investidores influenciaram de forma positiva a administração da empresa, com a exigência de relatórios financeiros melhor estruturados, na melhoria de alguns processos ou até mesmo causando uma mudança de postura dos próprios empreendedores. Outros investidores, orientam e influenciam de forma direta no desempenho das empresas, pondo em prática o verdadeiro conceito do *smart money*. Há também investidores que não participam de forma ativa na gestão das empresas, mas oferecem aos empreendedores apoio em outros campos, principalmente através de sua rede de contatos, melhorando significativamente o desempenho das empresas. (BARROS, et al, 2017, p.59)

A Lei 155/2016, prioriza o investimento em microempresas e empresas de pequeno porte, ou seja, que ainda contam com receitas brutas de valor baixo, mas que estejam exercendo atividades de inovação. Além disso, os aportes não impedem a fruição do Simples Nacional, pois não são considerados receitas da sociedade. A legislação está em consonância com o princípio da ordem econômica, garantido no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal, que prevê o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Protege-se, ainda, o empreendedor do comportamento predatório ou abusivo do investidor ao prever um teto para o retorno financeiro, em um *trade-off* pela isenção de responsabilidades, sem prejuízo da possibilidade das partes optarem por converter o resgate do investimento em participação societária (MARINHO, 2017, p. 32 ).

E, para os investidores, a reunião em associações de investidores-anjo mitiga os riscos ao proporcionar uma rede de apoio, compartilhamento de experiências e a possibilidade de diluir o valor investido entre um grupo de investidores. Ou seja, há a possibilidade de investimentos maiores para as empresas, com menores riscos para todos os envolvidos.



A interseção de instituições jurídicas e econômicas, então, reduz os custos de transação entre indivíduos com interesses convergentes, delimitando as responsabilidades *ex post* de cada um e fornecendo os mecanismos que tornam esta relação comercial mais segura. A intervenção estatal precisa respeitar limites para não engessar as relações econômicas, que precisam de espaço e flexibilidade para evoluir e atender às novas demandas que surgem a todo momento. No contexto do investimento-anjo, a regulação é relativamente recente e não há dados empíricos suficientemente consistentes para analisar os reflexos no médio e longo prazo. A breve análise teórica formulada no presente artigo, entretanto, indica que a regulação teve como foco mitigar os principais pontos que ensejam riscos e custos, mas ainda mantendo uma necessária flexibilidade negocial.

## 5. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO ATRAVÉS DE INVESTIMENTO-ANJO

No mais recente relatório apresentado pela *Global Entrepreneurship Monitor*, verifica-se que, no Brasil, houve aumento do empreendedorismo por necessidade, devido às altas taxas de desemprego e a busca por fontes de renda alternativas por pessoas com pouca ou nenhuma experiência em empreender. Além disso, constatou-se que ainda há pouco apoio do governo, muitos impostos e burocracia, que dificultam o crescimento de um negócio, principalmente nos primeiros anos de sua criação (BOSMA e KELLEY, 2019, p.43). Não surpreende, então, que em torno de 42% das empresas não sobrevivam por mais do que 2 anos de funcionamento (SEBRAE, 2016). Para contornar esses entraves, o investimento-anjo e a combinação *smart money* é essencial.

Os mercados de capitais (tradicional e *venture*) não são suficientes para financiar o desenvolvimento do país, pois não envolvem as pequenas empresas e as empresas iniciantes, que, muitas vezes, têm como objetivo gerar inovações. Este cenário ainda configura impedimentos na alavancagem de inovações, e mantém o país mais dependente do financiamento público e importação de tecnologia (BUAINAIN, et al., 2017, p. 104).

Segundo Schumpeter (1988), a falta de financiamento afeta principalmente os novos empreendedores, então, nos países onde não há apoio financeiro para negócios de menor porte, a inovação tende a ser abortada ainda na fase do projeto. Nestes países, apenas as grandes empresas, que podem usufruir de recursos próprios, é que são capazes de investir em inovações que vêm a ser bem-sucedidas. Essas características culminam em redução da concorrência e até mesmo situações de abuso do poder econômico, prejudicando o bem-estar de toda a população consumidora. Sendo que, para Cooter e Schafer (2013, p. 20), o crescimento econômico sempre “ocorre através de empreendimentos inovadores”, ainda que a forma de inovação varie de tempos em tempos. E, para Rister (2007), um dos mais importantes princípios do desenvolvimento é o da difusão de conhecimento econômico, evitando a concentração de poder de pequenos grupos.

Isso significa, então, que o investimento-anjo em tudo está conectado aos meios e fins do desenvolvimento econômico, não apenas ao possibilitar aumento de renda, inovações e empregos nas empresas investidas, mas também ao realizar a difusão de *know-how*, que aumenta as capacidades produtivas e intelectuais dos novos empreendedores.

No Brasil, o investimento-anjo é, ainda, um meio de se desviar da trajetória de dependência do setor público para inovações e financiamentos, fortalecendo a parceria entre agentes privados.

O reconhecimento da crescente importância do investimento-anjo em todo o mundo tem motivado políticas públicas e medidas como incentivos fiscais, campanhas de informação

e educação, entre outras. Programas específicos, como incubadoras, aceleradoras e associações de *angels*, tornaram-se cada vez mais populares. Iniciativas para criar uma cultura mais empreendedora também são vitais, pois, em muitos países, o medo e o custo do fracasso ainda são maiores do que as oportunidades e habilidades percebidas para empreender (WILSON, 2015, p. 04)

No Brasil, (BOSMA e KELLEY, 2019, p.67), as oportunidades percebidas estão em 31.4 pontos, em uma escala de 0 a 100; as capacidades percebidas, em 54.3; o medo de falhar foi manifestado em uma escala de 32.6; mas as intenções empreendedoras ainda são baixas: avaliadas em 26.1 pontos. Portanto, ainda que o investimento-anjo seja uma transação entre agentes privados, a atuação do setor público é determinante para o seu pleno desenvolvimento, criando políticas públicas eficientes para reduzir custos e incentivar as boas práticas entre os agentes econômicos.

## 6. CONCLUSÃO

Criar inovações é, de forma geral, uma atividade que demanda muito capital e envolve altos níveis de risco. Grandes empresas, já consolidadas no seu mercado de atuação, podem investir em inovações com recursos humanos e financeiros próprios, mas esse oligopólio da inovação acaba gerando maior concentração de poder e pode causar prejuízos para a concorrência e a população consumidora.

Os novos empreendedores, *startups* e empresas de pequeno porte, podem esbarrar em obstáculos para acessar os financiamentos bancários ou estatais e, menos ainda, detêm capital próprio para a implementação de seus projetos inovadores. Os investidores-anjo, então, preenchem esta lacuna na economia brasileira, rompendo a trajetória de dependência dos bancos públicos. Além disso, oferecem vantagens que vão além dos aspectos econômicos: desenvolvem um compartilhamento de capacidades intelectuais, redes de contatos e *expertise* de mercado, que são igualmente determinantes para o sucesso da empresa investida.

Dessa forma, o empreendedorismo no Brasil, que tem se propagado também por necessidade diante das altas taxas de desemprego, encontra amparo e favorecimento no investimento-anjo.

Cabe ao Estado, então, através do direito, promover as instituições que viabilizam esse tipo de investimento com maior segurança jurídica, reduzindo custos de transação e garantindo maior confiança entre as partes. A Lei Complementar nº 155/2016 reafirma o princípio de tratamento favorecido para empresas de pequeno porte no Brasil, proporciona um ambiente de estímulo à inovação, e protege empreendedores e investidores ao delimitar riscos e responsabilidades – dentre as quais a isenção de responsabilidade do investidor por atos sociais é a mais relevante, dada a excessiva burocracia brasileira e os recorrentes casos de desconsideração da personalidade jurídica. Encontra-se, ainda, um ponto de equilíbrio entre o poder de administração do empreendedor e o poder de fiscalização do investidor. É mantida a liberdade contratual sobre os lucros, o resgate do investimento ou a sua conversão em participação societária.

Dessa forma, a regulação representa um avanço para o investimento-anjo no Brasil, mas deve ser combinada com políticas públicas relacionadas às incubadoras, aceleradoras e estímulos para associações de investidores, além de fomentar a cultura empreendedora, garantindo que as oportunidades percebidas sejam maiores do que medo e custo do fracasso.

Criadas as condições favoráveis para que o investimento-anjo atinja o seu potencial máximo, este converte-se em um efetivo instrumento de desenvolvimento econômico.

## REFERÊNCIAS

- ALCOFORADO, Fernando. **Globalização e desenvolvimento**. São Paulo: Nobel, 2006.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Brasil e o sistema Bretton-Woods: instituições e políticas em perspectiva histórica. In: SILVA, Roberto Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Orgs.) **O Brasil e os acordos econômicos internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.30-64.
- BARROS, Giovanni E; TODA, Favio A.; RAMOS FILHO, América da C. O papel dos investidores-anjos em empresas investidas: um estudo exploratório com empresas do estado do Rio de Janeiro. **Cadernos de Gestão e Empreendedorismo**. V.5, nº3. Setembro-Dezembro de 2017, p.47-61.
- BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (path dependence): definições e controvérsias teóricas. **Revista Perspectivas**, São Paulo, v. 41, p. 137-167, jan./jun. 2012.
- BOSMA, Niels; KELLEY, Donna. **Global Entrepreneurship Monitor – 2018/2019 Global Report**. Global Entrepreneurship Research Association (GERA), 2019.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Crescimento e desenvolvimento econômico**. Notas para uso em curso de desenvolvimento econômico na Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2007.
- BUAINAIN, Antonio M.; LIMA JUNIOR, Irineu de S.; CORDER, Solange. Desafios do financiamento à inovação no Brasil. In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon. (Orgs.) **Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais**. 1ª Ed. Blucher: Open Access. p. 97-123, 2017.
- BUTLER, Eamonn. **Classical liberalism**. The Institute of Economic Affairs. Great Britain, 2015.
- D'ASCENZO, C. **A case study on preinvestment behavior and deal flow in an angel investment group**. 198 f. Dissertação (Administração) - University of Phoenix, Arizona, 2009.
- COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost**. The Journal of Law and Economics. Out de 1960, Vol. 3, pp. 01-44.
- COASE, Ronald H. The task of the society. **Institutional Society for New Institutional Economics**. 1999, Vol. 02, 02, pp. 01-08.
- COOTER, Robert D.; SCHAFER, Hans-Bernd. **Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations**. Princeton University Press, 2013.
- EID JUNIOR, William. **Custos de manter uma Sociedade Anônima no Brasil**. GV – Centro de Estudos em Finanças – EAESP. Dezembro de 2012.

FIANI, Ronaldo. Tendências da Regulação Econômica no Caso Brasileiro: uma reflexão a partir do debate internacional. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 5, n.ed. esp, p. 155-177, 2001.

FONSECA, Victor C. DOMINGUES, Juliana O. Financiamento de startups: aspectos econômicos dos investimentos de alto risco e mecanismos jurídicos de controle. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 319-354, jan./abr. 2018.

GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, vol. 23, nº 2 (90), abril-junho/2003, p.89-105.

GONÇALVES, Oksandro; RIBEIRO, Marcelo M. Tributação e desenvolvimento regional: uma análise econômica dos benefícios fiscais concedidos para empresas instaladas na Zona Franca de Manaus e a guerra fiscal entre estados. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 451-504, maio/ago. 2015.

MARINHO, Leonardo E. M. Campos. **Startups: A mitigação dos riscos nos investimentos em startups de base tecnológica**. Monografia. 63f. LLM em Direito Societário. INSPER, São Paulo, 2017.

MATTOS FILHO, Ary O; Et al. **Radiografia das Sociedades Limitadas**. Núcleo de Estudos em Mercados e Investimentos. FGV Direito SP, agosto de 2014.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3. ed., Coimbra: Centelho, 1978.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law**. São Paulo: Atlas, 2005.

NORTH, Douglass C. Economic performance through time. **The American Economic Review**. June 1994, 84, pp. 359-368.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OECD, G20/OECD. **Principles of Corporate Governance**. OECD Publishing, Paris, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/principles-corporate-governance.htm> Acesso em: 13 de junho de 2019.

REIS, José. Estado e mercado: Uma perspectiva institucionalista e relacional. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Online], nº 95, p.11-34, dezembro de 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. s.l. : Elsevier, 2009.

RISTER, Carla A. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHUMPETER, Joseph. **A Teoria do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Sobrevivência das empresas no Brasil**. Relatório Final, outubro de 2016. Disponível em: <https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Sobreviv%C3%Aancia-de-Empresas-no-Brasil-2016-FINAL.pdf> Acesso em 13 de junho de 2019.

SJOSTRAND, Sven-Erik. **Towards a Theory of Institutional Change**, In: GROENEWEGEN, J.; PITELIS, C. e SJÖSTRAND, S. E., On Economics Institutions: Theory and Applications. Aldershot: Edward Elgar, 1995.

TREBICOOK, Michael J.; DAVIS, Kevin E. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, 5(1), p.217-268, janeiro a junho de 2009.

WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985.

WILSON, Karen E. **Policy Lessons from Financing Innovative Firms**, OECD Science, Technology and Industry Policy Papers, No. 24, OECD Publishing, Paris, 2015.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A CRISE DO ESTADO SOCIAL E A NECESSIDADE  
DE SE REPENSAR A UNIVERSIDADE

JEFFERSON APARECIDO DIAS  
FERNANDA MESQUITA SERVA

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019

## A CRISE DO ESTADO SOCIAL E A NECESSIDADE DE SE REPENSAR A UNIVERSIDADE

### THE CRISIS OF THE SOCIAL STATE AND THE NEED TO RETHINK THE UNIVERSITY

Recebido: 08/11/2019  
Aprovado: 13/12/2019

Jefferson Aparecido Dias<sup>1</sup>  
Fernanda Mesquita Serva<sup>2</sup>

#### RESUMO:

O objetivo do presente artigo é analisar a crise do Estado Social e como ela impõe que se repense a universidade. O problema é que a universidade tem enfrentado, além da crise econômica, também uma crise de legitimidade, que faz com que as restrições orçamentárias que lhe são impostas não enfrentem a reprovação popular que se esperava. Utilizando-se do método dedutivo e a partir de uma pesquisa bibliográfica de cunho histórico e exploratório, conclui-se que a universidade deve adotar medidas aptas a produzir conhecimento pluriversitário e garantir que a sociedade reconheça a sua importância.

**Palavras-chave:** Estado de Bem-Estar Social. Ensino superior. Recursos públicos federais. Conhecimento pluriversitário.

257

#### ABSTRACT:

The purpose of this article is to analyze the crisis of the Social State and how it imposes the rethinking of the university. The problem is that the university has faced, in addition to the economic crisis, also a crisis of legitimacy, which makes the budgetary restrictions imposed on it do not face the popular reprobation that was expected. Using the deductive method and from a bibliographical research of historical and exploratory nature, it is concluded that the university must adopt measures capable of producing multi-level knowledge and ensure that society recognizes its importance.

**Keywords:** Welfare State. Higher education. Federal public resources. Multi-level knowledge.

#### INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar como a crise do Estado Social (Welfare State) influencia a prestação de serviços públicos essenciais, dentre eles a educação, e como ela exige que o papel da universidade seja repensado, a fim de que ela possa ter sua importância reconhecida pela sociedade.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha (revalidado pela UFSC). Atualmente é Procurador da República do Ministério Público Federal em Marília e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR (Universidade de Marília) e do Programa de Mestrado em Interações Estruturais e Funcionais na Reabilitação da UNIMAR (Universidade de Marília). Email: jeffersondias@unimar.br

<sup>2</sup> Doutoranda em Educação pela UNESP. Mestre em Direito pela UNIMAR. Pró-reitora de Ação Comunitária da Universidade de Marília. Email: fernanda@unimar.br

O Estado Social (ou do Bem-Estar Social) pressupõe a oferta de serviços públicos essenciais para os cidadãos, dentre os quais a educação possui importância ímpar. Nesse sentido, garantir educação pública de qualidade para todos, desde a mais tenra idade até a formação superior, é um dos objetivos dos Estados que pretendem ser reconhecidos como Sociais.

O problema é que a manutenção desse Estado Social depende da existência de recursos públicos, cada vez mais escassos ou não disponíveis, em especial em países que passam por crises econômicas, como é o caso do Brasil. Assim, a crise econômica acaba por provocar uma crise do Estado Social.

Essa crise afeta de forma intensa a oferta da educação pública em todos os seus níveis e, no ano de 2019, fez como sua principal vítima o ensino público superior, com o contingenciamento/corte de mais de 30% dos repasses da União para as instituições federais de ensino superior.

Esse corte/contingenciamento poderá ter um efeito ainda mais intenso, em especial em razão da expansão das universidades federais nos últimos anos, bem como a ampliação de programas de financiamento estudantil (FIES) e de renúncia fiscal (PROUNI) para universidades não gratuitas, num ciclo de investimento público federal que parece ter encontrado o seu fim.

Além disso, serão levantadas algumas hipóteses para o fato de tais restrições orçamentárias no âmbito da educação não terem enfrentado a resistência popular esperada, a partir das lições de Boaventura de Sousa Santos, que sustenta que a universidade tem enfrentado, dentre outras, uma crise de legitimidade, a ponto de não ter a sua importância reconhecida pela sociedade.

Ao final, utilizando-se do método dedutivo e a partir de uma pesquisa bibliográfica de cunho histórico e exploratório, com a análise de textos doutrinários e normativos, bem como de dados estatísticos sobre os recursos públicos federais investidos no ensino superior, conclui-se que a universidade deverá adotar medidas visando resgatar a sua legitimidade perante a comunidade na qual está inserida, inclusive realizando uma autocrítica quanto à adequada aplicação de recursos públicos, pois esta é a única forma de ela se proteger das frequentes restrições orçamentárias que lhes são impostas e conseguir, com o apoio da sociedade, dar continuidade ao seu objetivo que deve ser produzir conhecimento pluriversitário.

## 1. A CRISE DO ESTADO SOCIAL

O Welfare State, expressão inglesa utilizada para designar o Estado de Bem-Estar Social, foi criado na década de 1940, para identificar um Estado preocupado com a implantação de políticas públicas, bem como “representou um esforço de reconstrução econômica, moral e política do mundo industrial desenvolvido e um anteparo à possível ampliação de propostas comunistas” (NOGUEIRA, 2001, p. 99).

Sem se descuidar de seu objetivo de inibir o avanço do regime comunista, o presente trabalho se fixará no objetivo proposto pelo Estado Social de implantar políticas públicas em áreas sensíveis para os cidadãos, como é o caso da educação, numa prática que foi adotada de forma intensa pelos países desenvolvidos, em especial na Europa, no século passado.

Assim, a ordem econômica, na qual está incluída a aplicação de recursos públicos, bem como a educação, a dignidade humana e a justiça social são temas que se entrelaçam e obrigatoriamente precisam ser observados para que um dia se possa dizer que um país é desenvolvido. Nesse sentido:



A educação deve ser entendida como um conceito muito mais amplo do que simplesmente transmissão de conhecimentos culturais. É formação da personalidade do homem, aspecto essencial para que o mesmo possa compreender seu significado e apreender o seu papel social.

(...)

Defende-se aqui a ideia de que a educação é uma questão de justiça social. Com toda limitação admitida com relação a profundos pensamentos sociológicos, permite-se arriscar que a educação transcende qualquer fronteira acerca dos ideais de justiça, para confundir-se com este. E somente fala-se em justiça quando há o ser humano. Não poderia ser diferente com a educação (IRIBURE JÚNIOR, 2016, p. 93-94).

No caso do Brasil, a Constituição de 1988 foi expressa em prever que a ordem econômica teria papel instrumental, destinada a garantir a dignidade humana. Segundo Eros Grau (2013, p. 1794):

(...) a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social. (...) O princípio da justiça social conforma a concepção de existência digna cuja realização é o fim da ordem econômica e compõe um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III)

Em busca dessa justiça social, apta a garantir a existência digna, a Constituição de 1988 previu importante papel do Estado, pois, apesar de contemplar a livre iniciativa e o livre exercício de atividades econômicas, também estabelece que “o Estado exercerá funções de fiscalização, incentivo e planejamento (determinante para o setor público e indicativo para o setor privado) e a lei reprime o abuso do poder econômico (arts. 174 e 173, §4º)” (MIRANDA, LXV).

O Estado Social, porém, chegou tardiamente ao Brasil, pois, quando a Constituição de 1988 foi promulgada, anunciando dias melhores, acabou adotando um discurso contrário ao que começava a ser proferido no restante do mundo, pois o Consenso de Washington já fazia sentir os seus efeitos, com a adoção de suas propostas de redução da intervenção do Estado no mercado, que passou a ter a oportunidade de se autorregulamentar, passando a ser regra a não regulamentação estatal (POMPEU, PESSOA, 2012). Chega-se a um “cenário de incertezas e de possibilidades de relativização das principais conquistas sociais” (BEDIN; NIELSSON, 2011, p. 56).

O modelo adotado pelo Consenso de Washington, contudo, não foi capaz de impedir sucessivas crises econômicas, dentre as quais a crise de 2008 que provocou grande abalo ao Estado Social, em especial nos países da Europa, pois as crises econômicas, “ao pressionar esses arranjos, em vista da comumente ‘socialização de prejuízos privados’ e, por conseguinte, deterioração dos indicadores fiscais das economias, as crises acabam por incitar o seu questionamento e, no limite, sua desestruturação” (WOLF; OLIVEIRA, 2016, p. 687).

A título de exemplo, Portugal, no ano de 2012, em razão dos efeitos da crise de 2008, apresentava “deterioração das condições de trabalho e salariais; taxas de desemprego elevadas; endividamento das famílias; contenção das despesas públicas e um fraco crescimento econômico” (POMPEU; PESSOA, 2012, p. 39).

No caso do Brasil, a despeito da referida crise econômica ter feito sentir os seus efeitos mais tardiamente, acabou sendo acompanhada por uma crise política, que culminou com o impeachment da Presidente Dilma Rousseff, em agosto de 2016. Nem mesmo a posse do Vice-Presidente, Michel Temer, com uma plataforma de governo totalmente voltada para o mercado, conseguiu recuperar os indicadores econômicos do país.

Nesse sentido, uma das medidas mais polêmicas adotadas durante o governo do Presidente Michel Temer foi a promulgação da Emenda Constitucional nº 95/2016, que estabeleceu um teto visando limitar os gastos públicos pelo período de 20 (vinte) anos (BRASIL, 2016).

A posse do Presidente eleito, Jair Bolsonaro, foi seguida de grande entusiasmo pelos economistas e representantes do mercado, mas os indicadores, ao contrário de apresentarem melhora, mantiveram uma tendência que indica a piora da economia, com pífio crescimento e com a imposição de uma grande redução de gastos, os quais acabaram por atingir em cheio a prestação de serviços públicos, em especial a educação, a qual, em 2019, sofreu um contingenciamento de recursos na ordem de, no mínimo, 30% do orçamento (OLIVEIRA, 2019), o que pode inviabilizar o funcionamento de algumas instituições federais de ensino superior, bem como comprometer as suas atividades no longo prazo.

Essa crise econômica atinge as instituições federais de ensino superior no momento imediatamente seguinte ao qual elas obtiveram grande expansão, o que se verá no próximo item.

## 2. A EXPANSÃO DO INVESTIMENTO DE RECURSOS FEDERAIS NO ENSINO SUPERIOR

O REUNI (Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais) foi criado pelo Decreto nº 6.096/2007 e tinha como principal objetivo “criar condições para a ampliação do acesso e permanência na educação superior, no nível de graduação presencial, pelo melhor aproveitamento da estrutura física e de recursos humanos existentes nas universidades federais” (BRASIL, 2012, p. 10).

Com a implantação do REUNI, as instituições federais de ensino superior experimentaram grande expansão, passando de 45 (quarenta e cinco) em 2002 para 63 (sessenta e três) em 2017 (40%). O número de campi também experimentou grande incremento, passando de 148 (cento e quarenta e oito), em 2002, para 408 (quatrocentos e oito) em 2017, um aumento de 175,7% (ANDIFES, 2019, p. 17).

Essa ampliação da estrutura física da rede federal de ensino superior exigiu um aumento do orçamento das universidades federais, o qual passou de R\$ 6,4 bilhões em 2003 para R\$ 25,4 bilhões em 2012 (um incremento de 296,75%) segundo dados oficiais (BRASIL, 2012).

Essa expansão física das instituições federais de ensino superior permitiu um incremento no número de cursos (que passou de 2.047, em 2002, para 4.571, em 2017 – 123,30%), de vagas (de 113.264, 2002, para 393.500, em 2017 – 247,41%) e de alunos matriculados (de 500.459, em 2002, para 1.120.804, em 2017 – 123,95%) (ANDIFES, 2019, p. 17).

Segundo os dados acima indicados, é possível perceber que a ampliação do orçamento e da estrutura física é superior ao incremento do número de matrículas (orçamento: 296,75%; número de universidades e campi – 175,7% e alunos matriculados – 123,95%), o que permite concluir que o custo médio do aluno matriculado deve ter experimentado um aumento, após o processo de expansão da rede federal de ensino superior.

Além disso, uma análise mais detida dos municípios que foram contemplados como novas universidades ou novos campi trazem dúvida quanto aos critérios que foram utilizados para essa escolha, existindo indícios de que critérios políticos possam ter sido utilizados de forma prioritária, em detrimento de critérios técnicos e acadêmicos.

Essa ampliação da rede federal de ensino superior exigiu grande investimento do Poder Público Federal, o qual, ao lado dos investimentos realizados pelas outras esferas de governo, atinge percentuais significativos do PIB (Produto Interno Bruto). Nesse sentido, dados da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) indicam que o Brasil gasta US\$ 14,261 mil por ano para cada aluno em universidade pública, o que coloca o país na

16ª posição de um total de 39 países, com gastos superiores aos da Estônia, Espanha, Portugal, Itália, México e Irlanda (GAZETA DO POVO, 2019).

Além dos investimentos decorrentes da expansão da rede federal de ensino superior, o Governo Federal também ampliou a alocação de recursos públicos no FIES (Fundo de Financiamento Estudantil), criado pela Lei nº 10.260/2000 (BRASIL, 2000), o qual tem como principal objetivo financiar total ou parcialmente as mensalidades de alunos matriculados em cursos superiores não gratuitos.

O FIES, que no seu início, no ano 2000, exigiu dos cofres públicos federais o valor de R\$ 778.975.592,00, posteriormente, em 2014, comprometeu R\$ 13.201.288.365,00 de recursos públicos federais (TACHIBANA; MENEZES FILHO; KOMATSU, 2015, p. 38).

Infelizmente, nem sempre a aplicação dos recursos do FIES é feita de forma adequada, tanto que, nos últimos anos, proliferaram denúncias de utilização inadequada e fraudulenta de tais recursos, conforme se verá no próximo item.

Além do FIES, também o PROUNI (Programa Universidade para Todos) exige a alocação de recursos públicos federais, uma vez que consiste na renúncia de arrecadação em relação às instituições de ensino superior privadas, que deixam de recolher os impostos equivalentes aos recursos relacionados às bolsas de ensino que concedem. Para se ter uma ideia da evolução dessa renúncia fiscal, que se reitera a cada semestre, no primeiro semestre de 2006 foi disponibilizado o total de 91.609 bolsas, sendo 63.536 integrais e 28.073 parciais (BRASIL, 2006), número que subiu para 244.186 bolsas no primeiro semestre de 2019, sendo 116.934 integrais e 127.252 parciais (BRASIL, 2019).

Tais dados indicam que os recursos públicos destinados para o ensino superior são de grande monta e, em tese, deveriam garantir às universidades, em especial às públicas federais, gozar de excelente reputação perante a comunidade, a qual deveria resultar em grandes protestos diante do contingenciamento/corte realizado em 2019 e mencionado no item anterior.

Esses protestos, contudo, não ocorreram na dimensão que se esperava e tampouco contaram com a participação da comunidade, sendo realizados quase que exclusivamente por alunos, professores e funcionários de instituições públicas de ensino (SOARES; TORRES; GONÇALVES, 2019). O motivo pode ser a crise de legitimidade enfrentada atualmente pelas universidades, tema que será tratado no próximo item.

### 3. A CRISE DAS UNIVERSIDADES E A NECESSIDADE DE ELA SER REPENSADA

Para Boaventura de Sousa Santos, as universidades estão enfrentando, dentre outras, uma crise de legitimidade, uma vez que o conhecimento por elas produzido não tem encontrando reconhecimento no seio das comunidades nas quais elas estão inseridas (SANTOS, 2004). Esse conhecimento universitário pode ser conceituado como: “um conhecimento predominantemente disciplinar cuja autonomia impôs um processo de produção relativamente descontextualizado em relação às premências do cotidiano das sociedades (SANTOS, 2004, p. 41).

Esse conhecimento descontextualizado e homogêneo que é produzido busca resolver problemas que são suscitados pelo próprio pesquisador e não tem compromisso com a realidade na qual a universidade está inserida o que acaba por deslegitimá-la perante a comunidade.

A solução, segundo Boaventura de Sousa Santos, seria a transição para a produção de um conhecimento pluriversitário que, ao contrário do conhecimento universitário,

é um conhecimento contextual na medida em que o princípio organizador da sua produção é a aplicação que lhe pode ser dada. Como essa aplicação ocorre extramuros, a iniciativa da formulação dos problemas que se pretende resolver e a determinação

dos critérios da relevância destes é o resultado de uma partilha entre pesquisadores e utilizadores. É um conhecimento transdisciplinar que, pela própria contextualização, obriga um diálogo ou confronto com outros tipos de conhecimento, o que o torna internamente mais heterogêneo e mais adequado a ser produzido em sistemas abertos menos perenes e de organização menos rígida e hierárquica (SANTOS, 2004, p. 43).

Ao notar que o conhecimento produzido pela universidade está relacionado com a sua realidade, os membros da comunidade tendem a reconhecer a sua importância no contexto no qual está inserida, o que permitirá que a universidade resgate a sua legitimidade social.

A reconquista da legitimidade por parte da universidade, segundo Boaventura de Sousa Santos, depende que ela centre os seus esforços em cinco áreas: acesso, extensão, pesquisa-ação, ecologia de saberes, universidade e escola pública. Além disso, o autor português também defende que se dê maior atenção à relação da universidade com a indústria (e o setor produtivo capitalista), bem como se promova um reforço da responsabilidade social da universidade (SANTOS, 2004).

Inicialmente, quanto ao acesso, é possível verificar certo avanço, pois a política de cotas estabelecida pela Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, permitiu que o acesso às universidades federais fosse democratizado, permitindo a reserva de vagas para negros, índios, pessoas com deficiência, pessoas de baixa renda e, mais recentemente, pessoas trans (MAIA, 2019).

Essa política de cotas tende a cumprir o que defende Boaventura de Sousa Santos, que é a universidade adotar regras de acesso que permitam o ingresso de pessoas menos favorecidas e, em especial, aquelas que compõem grupos normalmente discriminados (SANTOS, 2004, p. 67-72).

Quanto à extensão, Boaventura de Sousa Santos é enfático no sentido de que ela deve assumir papel de destaque no tripé acadêmico que envolve, além da extensão, também a pesquisa e o ensino, tendo como foco “o apoio solidário na resolução dos problemas da exclusão e da discriminação sociais e de tal modo que nele se dê voz aos grupos excluídos e discriminados” (SANTOS, 2004, p. 74).

Nesse aspecto, a expectativa é que as novas Diretrizes para a Extensão na Educação Superior Brasileira, trazidas pela Resolução nº 7, de 18 de dezembro de 2018, possam fazer com que a extensão universitária ganhe o destaque que se espera e possa ajudar a universidade a resgatar a sua legitimidade perante a comunidade.

Referida Resolução, que regulamenta a Meta 12.7 da Lei nº 13.005/2014, que aprovou o Plano Nacional de Educação – PNE 2014-2024, determinou que as atividades de extensão universitária devem ocupar, no mínimo, 10% (dez por cento) do total da carga horário do currículo dos cursos de graduação, o que deve levar a universidade a investir em projetos que tenham como objetivo promover a interlocução entre comunidade e academia, aproximando-as.

Essa aproximação, contudo, também depende, segundo Boaventura de Sousa Santos, da adoção, pela universidade, da lógica de pesquisa-ação, consistente na “definição e execução participativa de projetos de pesquisa, envolvendo as comunidades e organizações sociais populares a braços com problemas cuja solução pode beneficiar dos resultados da pesquisa” (SANTOS, 2004, p. 74).

Nesse sentido, a extensão universitária pode ser esse ponto de contato entre universidade e comunidade, permitindo que os problemas identificados possam alimentar pesquisas cujos resultados, posteriormente, poderão ser aplicados na comunidade, por meio de novas atividades de extensão.

Para tanto, porém, conforme sustenta o autor português, é importante que os problemas sobre os quais se dedicarão as pesquisas não sejam formulados exclusivamente pelos pesquisadores e possam surgir de um “diálogo entre o saber científico ou humanístico,

que a universidade produz, e saberes leigos, populares, tradicionais, urbanos, camponeses, provindos de culturas não ocidentais ... que circulam na sociedade (SANTOS, 2004, p. 76).

Esse diálogo da universidade com os personagens que se encontram extramuros, ou seja, na comunidade, é imprescindível para que ocorra a transformação do conhecimento gerado pela universidade, de universitário para pluriversitário, conforme já defendido.

Além disso, segundo Boaventura de Sousa Santos, é necessário o estabelecimento de “mecanismos institucionais de colaboração através dos quais seja construída uma integração efetiva entre a formação profissional e a prática do ensino” (SANTOS, 2004, p. 83). Nesse sentido, com as restrições orçamentárias que estão sendo impostas à educação, é necessário que a aplicação dos recursos disponíveis seja cada vez mais eficiente, razão pela qual a integração dos atores em rede, com o aproveitamento das expertises de cada um em prol de todos, pode resultar em melhores resultados com menores custos. Assim, se uma universidade pública possui um excelente laboratório que está sendo subutilizado, nada melhor do que ele possa ser compartilhado com pesquisadores vindos de outras universidades públicas, permitindo uma mais eficiente utilização dos equipamentos. Não se pode desprezar, inclusive, a utilização desses equipamentos por pesquisadores vindos de universidades privadas, pois essa utilização poderia ser adotada como uma nova fonte de renda para as universidades públicas.

No mesmo sentido, a aproximação com o setor produtivo pode garantir uma nova fonte de renda para a universidade e ser o ponto de partida para a realização de pesquisas que tenham como fim produzir respostas para problemas concretos enfrentados pela comunidade. Claro que essa aproximação com o setor produtivo deve respeitar a autonomia da universidade e não pode ter como objetivo substituir totalmente o financiamento público das atividades da universidade por recursos privados, pois se isso ocorrer a universidade perderá o “controle da agenda de pesquisa científica” (SANTOS, 2004, p. 86) e poderá ser asfixiada pela indústria.

Da mesma forma que o estreitamento da relação com o setor produtivo, o reforço da responsabilidade social é importante para que a universidade, ao produzir conhecimento pluriversitário, tenha consciência de que ele deve ter como destinatário personagens que se encontram fora de seus muros, dentre eles o setor produtivo e as pessoas que recebem a prestação de serviços sociais. Tal situação permitirá que o conhecimento gerado pela universidade tenha maior repercussão prática e, com isso, ela seja mais valorizada pela comunidade na qual está inserida. Nesse sentido:

(...) ao promover atividades dedicadas ao bem-estar social de toda a comunidade, permeando essa preocupação em suas atividades de ensino-pesquisa-extensão, a IES dará pleno cumprimento à sua responsabilidade social e prestigiará a biopolítica, medidas imprescindíveis para que ela possa colaborar com o desenvolvimento da sociedade e com a garantia de uma vida digna de ser vivida para todos (SERVA; DIAS, 2016, p. 431).

Contudo, além da adoção das medidas sugeridas por Boaventura de Sousa Santos, também é necessário que a universidade, em especial a pública, faça um autocrítica e reconheça que “serviços públicos nunca são gratuitos, mas, sim, financiados por impostos pagos por toda a sociedade. Ou seja, tanto pelos que usufruem desses serviços quanto pelas que não usufruem” (ESTEVAN, 2015, p. 1).

Assim, no Brasil, ao lado dos cursos mantidos por instituições privadas, com ou sem fins lucrativos, nos quais as mensalidades são pagas pelos respectivos alunos (com ou sem o auxílio de subsídio – PROUNI – ou financiamento – FIES – públicos), existem os cursos mantidos por instituições públicas, nas quais o custo equivalente ao valor das mensalidades dos cursos é suportado pelo valor arrecadado com os impostos pagos por todos, inclusive pelo aluno. Afinal, segundo frase popularizada por Milton Friedman, “não existe almoço grátis”.

Se na universidade particular o aluno que paga a mensalidade tem o direito de exigir a prestação de ensino de qualidade, o mesmo deve ocorrer com relação aos cursos mantidos por universidades públicas, nas quais o custo é suportado por toda a sociedade, inclusive pelos alunos. Assim, não apenas o aluno tem direito a exigir ensino de qualidade, mas toda a sociedade.

O problema é que nem sempre a sociedade tem reconhecido que os recursos públicos que são dispendidos nas universidades públicas, ou mesmo em programas de subsídio ou financiamento, têm sido aplicados de forma eficiente e isso pode ter se agravado com a expansão da rede federal de ensino superior, pois uma análise detida da forma pela qual ela foi realizada permite concluir que ela sofreu grande influência política, pois a “implantação de um campus universitário em um município, além de ser influenciada politicamente, traz benefícios políticos aos partidos que se encontram no poder municipal no que tange à manutenção deste poder” (VINHAIS, 2013, p. 177), além disso:

(...) há indícios de que os partidos políticos da coligação eleita recebem benefícios políticos significantes nestes municípios, justificando suas influências políticas sobre o processo decisório de implantação de um campus universitário federal no município onde detêm o poder político (VINHAIS, 2013, p. 184).

Um exemplo dessa implantação a partir de critérios políticos, em tese, pode ser o caso de um município com pouco mais de 100 mil habitantes que, apesar de já possuir um campus de uma universidade pública estadual, recebeu a implantação de dois campi de instituições federais de ensino superior, conduta que exigiu o investimento de recursos públicos de forma nem sempre compreensível para a sociedade.

É imprescindível, portanto, que a partir da autocritica que envolve o reconhecimento de que o ensino público gratuito não é isento de custos, bem como é mantido com recursos públicos advindos dos impostos recolhidos da sociedade, inclusive do aluno, seja feita uma reorganização universitária em busca da eficiência e da economicidade, com o fim de obter melhores resultados com os recursos financeiros aplicados, com o incremento de indicadores relacionados a ensino, pesquisa e extensão universitária. A título de exemplo, a abertura de uma universidade ou de um campus universitário não pode ter como motivo a influência política dos governantes de determinado município e deve atender a critérios técnicos e acadêmicos.

Se a universidade não fizer internamente essa reorganização em busca da eficiência, corre o risco de ter os seus rumos traçados por órgãos externos, inclusive governamentais, como é o caso do Programa “Future-se” (BRASIL, 2019) que, a despeito de apregoar que pretende dar maior autonomia financeira às universidades e institutos federais, pode obrigar tais instituições a suplicar por recursos e depender exclusivamente do mercado.

Essa mesma autocritica deve ser feita em relação aos recursos públicos destinados para instituições de ensino superior privadas, seja por meio de subsídio, seja por meio de financiamento, pois a regulação mantida pelo Poder Público deve garantir a prestação de ensino de qualidade e impedir a ocorrência de fraudes que, lamentavelmente, tomaram as manchetes da mídia nos últimos anos<sup>3</sup>.

A adoção de todas as medidas acima indicadas parecem ser um bom começo para que a universidade consiga, conforme defende Boaventura de Sousa Santos, produzir um novo tipo de intelectual, que não se coloque na vanguarda de seu tempo, mas sim na retaguarda, que tenha condições de:

<sup>3</sup> A título de exemplo: “Uniesp, a escola que é caso de polícia” (LEAL, 2012); “Uniesp é novamente condenada por golpe em alunos com propagandas enganosas” (JORNAL DO POVO, 2019) e “PF prende donos de universidade e mais 20 por fraudes de R\$ 500 mi no Fies, ProUni e venda de vagas de medicina em Fernandópolis” (MACEDO, 2019).

(...) acompanhar os movimentos, ver onde é que estão as fragilidades; dar-lhes mais informação acerca daquilo que aconteceu noutros lugares com resultados bons ou com resultados maus; aquilo que os pode fortalecer; aquilo que os pode perverter. Caminhar com aqueles que caminham mais devagar, como diz o subcomandante Marcos. E, portanto, é um papel de retaguarda, de facilitador, e não propriamente de guia (NEVES; JERÓNIMO, 2012, p. 691).

Assim, como já mencionado, o conhecimento gerado pela universidade precisa ser reconhecido como válido pela comunidade na qual ela está inserida, ou seja, ser pluriversitário e, além disso, o intelectual que nela atua ou mesmo que nela é formado tem que ter a consciência do custo envolvido em sua capacitação, e que possa assumir o papel que dele se espera como facilitador da vida em sociedade, em sua retaguarda.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, nos últimos anos, tem enfrentado uma crise econômica que, tal qual ocorreu em outros países, tem influenciado na prestação de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação. As crises econômicas, como se sabe, frequentemente são grandes obstáculos para o bom funcionamento do Estado Social, ao tornar escassos recursos financeiros que, frequentemente, deixam de ser aplicados na prestação de serviços públicos.

Somada a esta crise socioeconômica, o país também tem enfrentado uma grave crise política, a qual nem mesmo o impeachment de uma Presidente, com sua substituição pelo Vice-Presidente e a posse de um novo Presidente eleito foi capaz de aplacar. Como consequência, em 2019, a educação brasileira sofreu uma grande restrição orçamentária, com o corte/contingenciamento de recursos públicos federais na ordem de, no mínimo, 30% (trinta por cento).

Infelizmente, essa restrição orçamentária de recursos públicos federais não enfrentou a resistência popular que se esperava e isso se explica, em certa medida, em razão da crise de legitimidade que a universidade, inclusive pública, têm enfrentado no seio da comunidade, que não reconhece nas referidas instituições de ensino superior a sua verdadeira importância.

Segundo Boaventura de Sousa Santos, vários são os motivos para essa crise de legitimidade, mas o principal deles, aparentemente, tem sido o fato de a universidade estar comprometida com a produção de um conhecimento universitário, que não consegue ser reconhecido como importante pela comunidade na qual ela está inserida (extramuros), uma vez que tem sido produzido tendo como destinatários apenas os personagens da própria universidade (intramuros).

A primeira das medidas a ser adotada é que a universidade passe a produzir um conhecimento pluriversitário, ou seja, um conhecimento, contextualizado, destinado não apenas ao seu consumo interno, mas que tenha como objetivo apresentar soluções aos problemas enfrentados e apresentados pela própria comunidade.

Além disso, é preciso que as universidades adotem medidas efetivas para superar a crise de legitimidade que as atinge a qual, parece, ser inclusive mais grave do que a crise econômica. Nesse ponto, as sugestões de Boaventura de Sousa Santos podem nortear essa mudança de postura, em especial no que diz respeito à adoção de uma política que incentive a extensão universitária e garanta que ela seja o ponto de inter-relação com a comunidade, permitindo o diálogo de saberes e a busca de soluções para problemas concretos, que afligem não apenas os membros da universidade, mas também o seu público externo.

Outro ponto a ser analisado são as possibilidades de integração com o setor produtivo, que pode representar uma nova fonte de recursos financeiros para as universidades que, contudo, precisam ficar alertas para manterem a sua autonomia e não se submeterem completamente aos interesses do mercado, pois é necessário não se descuidar dos interesses da comunidade, em especial da sua parcela menos favorecida, inclusive economicamente.

Ainda, é imprescindível que a universidade pública faça uma autocrítica e reconheça que mesmo o ensino gratuito tem custos e estes são suportados pelos recursos arrecadados a partir dos impostos pagos por toda a comunidade, inclusive pelos seus alunos, fonte que também alimenta os programas de subsídio e de financiamento públicos (como PROUNI e FIES). Quanto a estes programas governamentais, é importante que a sua regulação impeça a ocorrência de fraudes e que os recursos destinados para as instituições de ensino superior privadas também sejam muito bem utilizados.

Por fim, o que se espera é que as universidades, a partir desse repensar de suas obrigações e finalidade, possa produzir conhecimento pluriversitário de qualidade, bem como formar um intelectual de retaguarda, que esteja na comunidade e não a sua frente.

Se essa fosse a realidade atual das universidades no Brasil, é bem provável que os contingenciamentos/cortes anunciados recentemente pelo Governo Federal provocassem uma situação de catarse nacional, que, transformada em protestos diários, tais quais os que assolaram o país em 2013, pudessem impor um novo recuo aos governantes de plantão, com uma consequente revalorização das universidades.

## BIBLIOGRAFIA

ANDIFES - Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior. Fórum Nacional de Pró-Reitores de Assuntos Estudantis. **V Pesquisa Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos (as) Graduandos (as) das IFES – 2018**. Data: maio de 2019. Uberlândia (MG). Disponível em: <http://www.andifes.org.br/wp-content/uploads/2019/05/V-Pesquisa-do-Perfil-Socioecon%C3%B4mico-dos-Estudantes-de-Gradua%C3%A7%C3%A3o-das-Universidades-Federais-1.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

BEDIN, Gilmar Antonio. NIELSOON, Joice Graciele. A crise dos anos 70 do século 20 e a ruptura da tendência socializante das sociedades capitalistas: algumas observações sobre a ascensão das ideias neoliberais e suas consequências. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, a. 2, n. 4, p. 39-60, jul.-dez. 2011.

BRASIL. **Análise sobre a Expansão das Universidades Federais 2003 a 2012**. Data: 2012. Brasília. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/janeiro-2013-pdf/12386-analise-expansao-universidade-federais-2003-2012-pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. Emenda constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm). Acesso em: 31 maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10260.htm). Acesso em: 31 maio 2019.



BRASIL. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm). Acesso em: 31 maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12711-29-agosto-2012-774113-norma-atualizada-pl.html](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12711-29-agosto-2012-774113-norma-774113-norma-atualizada-pl.html). Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. Future-se. MEC lança programa para aumentar a autonomia financeira de universidades e institutos. Data: 17 jul. 2019a. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=78211:mec-lanca-programa-para-aumentar-a-autonomia-financiera-de-universidades-e-institutos&catid=212&Itemid=86](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=78211:mec-lanca-programa-para-aumentar-a-autonomia-financiera-de-universidades-e-institutos&catid=212&Itemid=86). Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. **Número de bolsas ofertadas pelo PROUNI para o primeiro semestre de 2006.** Data: 2006. Disponível em: [http://prouniportal.mec.gov.br/images/pdf/Quadros\\_informativos/numero\\_bolsas\\_uf\\_1\\_semestre\\_2006.pdf](http://prouniportal.mec.gov.br/images/pdf/Quadros_informativos/numero_bolsas_uf_1_semestre_2006.pdf). Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. **Número de bolsas ofertadas pelo PROUNI para o primeiro semestre de 2019.** Data: 2019a. Disponível em: [http://prouniportal.mec.gov.br/images/pdf/Quadros\\_informativos/numero\\_bolsas\\_ofertadas\\_por\\_uf\\_primeiro\\_semestre\\_2019.pdf](http://prouniportal.mec.gov.br/images/pdf/Quadros_informativos/numero_bolsas_ofertadas_por_uf_primeiro_semestre_2019.pdf). Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. Resolução nº 7, de 18 de dezembro de 2018. Estabelece as Diretrizes para a Extensão na Educação Superior Brasileira e regimenta o disposto na Meta 12.7 da Lei nº 13.005/2014, que aprova o Plano Nacional de Educação - PNE 2014-2024 e dá outras providências. Disponível em: [http://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Resol\\_7cne.pdf](http://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Resol_7cne.pdf). Acesso em: 03 jun. 2019.

ESTEVAN, Fernanda. Universidade pública não é gratuita; quem não cursa também paga por ela. Data: 27 jun. 2015. **Folha de São Paulo.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/06/1648481-universidade-publica-nao-e-gratuita-quem-nao-cursa-tambem-paga-por-ela.shtml>. Acesso em: 30 maio 2019.

GAZETA DO POVO (Curitiba). **Após polêmica, OCDE retifica: Brasil gasta US\$ 14 mil ao ano por aluno na universidade.** 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/ocde-confirma-brasil-gasta-us-14-mil-por-aluno-na-universidade/>. Acesso em: 06 maio 2019.

GRAU, Eros. Art. 170. In CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013.

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. Direito à educação: uma questão de justiça social. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 2, p. 77-97, 2016.

JERÓNIMO, Helena Mateus. NEVES, José (2012), Entrevista com Boaventura Sousa Santos “O intelectual de retaguarda”. **Análise Social**, 204, XLVII (3.º), pp. 685-711.

JORNAL DO POVO (Marília). **Uniesp é novamente condenada por golpe em alunos com propagandas enganosas**: Terá que pagar R\$ 10 mil de indenização à mais uma aluna vítima das fraudes. Data: 21 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.jornaldopovomaria.net/single-post/2019/03/21/Uniesp-%C3%A9-novamente-condenada-por-golpe-em-alunos-com-propagandas-enganosas-Ter%C3%A1-que-pagar-R-10-mil-de-indeniza%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-mais-uma-aluna-v%C3%ADtima-das-fraudes>>. Acesso em: 30 maio 2019.

LEAL, Ana Luiza. **Uniesp, a escola que é caso de polícia**: Em 13 anos, a Uniesp virou uma das maiores redes de ensino superior do país. Mas suas táticas, tidas como controversas, estão sob investigação. Data: 19 set. 2012. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/revista-exame/a-escola-que-e-caso-de-policia/>>. Acesso em: 30 maio 2019.

MACEDO, Fausto. PF prende donos de universidade e mais 20 por fraudes de R\$ 500 mi no Fies, ProUni e venda de vagas de medicina em Fernandópolis. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. 03 de setembro de 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-caca-donos-de-universidade-e-mais-20-por-fraudes-no-fies-e-venda-de-vagas-de-medicina-em-fernandopolis/>. Acesso em: 08 nov. 2019.

MAIA, Dhiego. Ao menos 12 universidades federais do país têm cotas para alunos trans. **Folha de São Paulo**. São Paulo. 20 maio 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/05/ao-menos-12-universidades-federais-do-pais-tem-cotas-para-alunos-trans.shtml>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1988 – uma Constituição de esperança. In BONAVIDES, Jorge. MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro : Forense, 2009.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Estado de bem-estar social – origens e desenvolvimento. **Katálisis**, nº 5, jul./dez. 2001, p. 89-103.

OLIVEIRA, Elidia. ‘**Não há corte, há contingenciamento**’, diz ministro sobre orçamento das universidades federais. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/05/07/nao-ha-corte-ha-contingenciamento-diz-ministro-da-educacao-sobre-orcamento-das-universidades-federais.ghtml>>. Acesso em: 07 maio 2019.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. PESSOA, Carlos Levi Costa. **O constitucionalismo e a crise do estado social do século XXI**: reflexos em Portugal. In Direito e economia [Recurso eletrônico on-line] / organização CONPED/UFF ; coordenadores: Sônia Barroso Brandão Soares, Giovani Clark, Felipe Chiarello de Souza Pinto. – Florianópolis : FUNJAB, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A universidade no século XXI**: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade. São Paulo : Cortez Editora, 2004.

SERVA, Fernanda Mesquita. DIAS, Jefferson Aparecido. Responsabilidade social nas instituições de ensino superior: entre o biopoder e a biopolítica. **Revista Argumentum**, Marília/SP, v. 17, p. 413-433, jan.-dez. 2016.

SOARES, Ingrid; TORRES, Marina; GONÇALVES, Rafaela. Protestos em defesa da educação são realizados em 126 cidades. **Correio Braziliense**. Brasília. 31 maio 2019. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/05/31/interna-brasil,758942/protestos-em-defesa-da-educacao-desta-quinta.shtml>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

TACHIBANA, Thiago Yudi. MENEZES FILHO, Naercio. KOMATSU, Bruno. Ensino superior no Brasil. **Inspere**. Centro de Políticas Públicas. Policy Paper, nº 14, dez. 2015.

VINHAIS, Henrique Eduardo Ferreira. **Estudo sobre o impacto da expansão das universidades federais no Brasil**. 2013. 246 f. Tese (Doutorado) - Curso de Economia, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

WOLF, Paulo José Whitaker. OLIVEIRA, Giuliano Contento de. Os Estados de Bem-Estar Social da Europa Ocidental: tipologias, evidências e vulnerabilidades. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 25, n. 3 (58), p. 661-694, dez. 2016.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO POSSUIDOR  
INDIRETO PELOS DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE  
DO TRABALHO PELO POSSUIDOR DIRETO: UMA ANÁLISE  
CIENTÍFICA DA JURIDICIDADE DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA  
PELA TEORIA DO RISCO INTEGRAL

MARCELO SANTORO DRUMMOND  
ELCIO NACUR REZENDE

# A RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO POSSUIDOR INDIRETO PELOS DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO PELO POSSUIDOR DIRETO: UMA ANÁLISE CIENTÍFICA DA JURIDICIDADE DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELA TEORIA DO RISCO INTEGRAL

## THE RESPONSIBILITY OF THE OWNER INDIRECT POSSESSOR FOR THE DAMAGE CAUSED TO THE ENVIRONMENT BY THE DIRECT POSSESSOR: A SCIENTIFIC ANALYSIS OF THE LEGALITY OF THE OBJECTIVE IMPUTATION BY THE THEORY OF FULL RISK

Recebido: 08/11/2019  
Aprovado: 12/12/2019

Marcelo Santoro Drummond<sup>1</sup>  
Elcio Nacur Rezende<sup>2</sup>

### RESUMO:

O artigo aborda a possibilidade de responsabilidade civil do proprietário em virtude de locação ou arrendamento de imóvel destinado a atividade empresarial e os danos ao meio ambiente do trabalho. Os objetivos são analisar as hipóteses de eventual responsabilização do proprietário, possuidor indireto, além da apresentação dos seus limites, bem como a aferição de qual teoria alusiva à responsabilidade civil seria a mais adequada e também as hipóteses de eventual exclusão de culpa do proprietário. Os resultados obtidos denotam a atribuição de responsabilidade civil ao proprietário, em face de eventual dano decorrente do imóvel objeto de contrato, nas hipóteses nas quais tenha concorrido, direta ou indiretamente, para o surgimento do dano. Far-se-á uso da abordagem qualitativa e do método hipotético-dedutivo, a partir da análise legislativa e doutrinária do tema.

**Palavras-chave:** Meio Ambiente do Trabalho. Propriedade. Posse Indireta. Responsabilidade civil. Danos ambientais.

### ABSTRACT:

The article discusses the possibility of civil liability of the owner due to lease or rental of property intended for business activity and the damage it may cause to the work environment. The objectives are to analyze the hypothesis of eventual liability of the owner, indirect possessor, as well as the presentation of its limits, and the measurement of which theory referring to the civil liability would be the most appropriate and also analyzing the hypothesis of exclusion of the owner's fault. The results show the attribution of civil liability to the owner, in the face of any

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado. Email: djowe@uol.com.br

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor dos Programas de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara e das Faculdades Milton Campos. Procurador da Fazenda Nacional. Email: elcionrezende@yahoo.com.br

damage resulting from the property under contract, in the hypothesis in which it has directly or indirectly contributed to the damage. The qualitative approach and the hypothetical-deductive method will be used, based on the legislative and doctrinal analysis of the theme.

**Keywords:** Work Environment. Property. Indirect Possession. Civil Liability. Environment Damages.

## INTRODUÇÃO

O direito a um meio ambiente justo e equilibrado emerge como direito fundamental a partir da interpretação sistemática e finalística de diversos preceitos contidos na Constituição da República de 1988.

É concebido como um direito de terceira geração, sendo chancelado pela atual doutrina e jurisprudência pátria.

Sabe-se que a construção e alcance do meio ambiente partem de uma visão complexa, atingindo os mais diversos aspectos da vida humana, bem como da natureza, restando, indubitavelmente nele inserido, o meio ambiente do trabalho.

Assim como o meio ambiente natural, artificial e cultural, o meio ambiente do trabalho emerge como parte relevante de um todo, de uma construção que revela o amplo alcance atinente ao meio ambiente.

E nesse sentido, as proteções constitucionais e infra constitucionais chanceladas pelo ordenamento jurídico pátrio alcançam, sem sombra de dúvida, o meio ambiente laboral.

É sabido também que no contexto de uma sociedade de risco, onde o ser humano é potencial criador de riquezas, emergindo notórios riscos derivados das mais diversas atividades econômicas por ele desenvolvidas, o meio ambiente laboral também é alvo das ações humanas. Assim, também é alvo de degradação, que ocorre sob diversos aspectos a serem estudados no presente artigo, que podem ter como efeitos danos que remontam notória reparação.

E o exercício da atividade empresarial nem sempre ocorre em um ambiente físico pertencente ao empregador, na medida em que este é mero possuidor direto, na medida em que firma um contrato de locação com o proprietário do bem no qual se instala o empreendimento.

E na medida em que ocorrem danos ambientais, derivados da exploração do referido bem imóvel, verifica-se a necessidade de responsabilização do agente pela prática do dano.

Justifica-se o presente artigo pela necessidade de se delimitar as hipóteses de inserção do proprietário nos atos que envolvem o dano ao meio ambiente do trabalho, bem como o apontamento dos eventuais limites de sua responsabilidade, levando-se em consideração as hipóteses fáticas inerentes à locação do bem destinado à atividade laboral.

Daí o objetivo central de apontar os limites, hipóteses e alcance de eventual responsabilidade civil do proprietário, seja ele o locador ou arrendador, ou seja, mero possuidor indireto. Tal análise se baseará nos estudos acerca da função social da propriedade, bem como das teorias que envolvem a responsabilidade objetiva, em especial, sopesando-se as teorias do risco integral e risco criado, bem como na hipótese de se poder atribuir responsabilidade solidária por danos causados ao meio ambiente do trabalho.

Daí se apresentam os seguintes problemas: seria viável a responsabilidade rígida, objetiva, derivada do risco integral, ao proprietário não possuidor direto? Seria possível a atribuição de uma responsabilidade solidária do proprietário, ante a inércia do causador direto do dano? E quais os critérios para a atribuição de eventual responsabilidade?

Para a consecução dos propósitos aqui traçados, será utilizado como instrumento de pesquisa a abordagem qualitativa, a partir da explicação acerca do meio ambiente do trabalho como sujeito de proteção ambiental constitucional, como direito fundamental. Será utilizado o método hipotético-dedutivo buscando uma análise axiológica do contexto justrabalhista a partir da relação entre direitos e deveres do proprietário e os efeitos de seus atos e omissões. O referencial teórico adotado foi Guilherme José Purvin de Figueiredo, que aborda a propriedade como instrumento de proteção ambiental.

## 1. O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO COMO SUJEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR EM FACE DO MEIO AMBIENTE LABORAL

O direito ao meio ambiente do trabalho justo e equilibrado, assim compreendido como parte de todo um conjunto sistematizado e constitucionalmente protegido, que diz respeito ao Direito Ambiental, é traduzido a partir da necessidade de se garantir ao ser humano empregado condições dignas e equilibradas de trabalho.

E tais garantias emergem tanto no que concerne ao meio ambiente laboral *stricto sensu*, ou seja, o ambiente físico no qual exerce sua atividade o trabalhador, bem como sob o aspecto subjetivo, no tocante às condições contratuais que asseguram o labor digno, não estafante, permitindo ao empregado a manutenção de um ideal estado de saúde físico e mental, este definido como o meio ambiente do trabalho imaterial, que se exemplifica pelos critérios de estabelecimento de limites de jornada, intervalos, períodos de descanso, bem como da ingerência ou não do empregador no tempo livre a disposição do trabalhador.

Cumpre aqui trazer a abalizada definição de meio ambiente do trabalho a partir da concepção de Guilherme José Purvin de Figueiredo, que assim dispõe:

Por *meio ambiente do trabalho* devemos entender não apenas um espaço físico determinado (por exemplo, o espaço geográfico ocupado por uma indústria), aquilo que costumeiramente denominamos de *estabelecimento*, mas a conjugação do elemento espacial com a ação laboral. Hoje, a maioria dos trabalhadores insere-se em conglomerados urbanos, labutando no interior das indústrias, escritórios, hospitais, supermercados, escolas, etc. Nessas situações, a fixação do trabalhador em determinado local se dá de forma tão clara que não haveria necessidade de se distinguir a noção de *meio ambiente de trabalho* (local onde o trabalhador está desenvolvendo a sua atividade profissional) da noção de *estabelecimento*, por serem coincidentes ao menos enquanto o *estabelecimento* for o palco da ação laboral. A rigor, essa coincidência somente se dá no momento em que o trabalhador está exercendo as suas atividades profissionais. Um estabelecimento industrial que venha a ser interditado por um motivo qualquer continuará a ser um estabelecimento, mas não pode ser chamado de *meio ambiente de trabalho*. (FIGUEIREDO, 2010, 193-194)

Vale aduzir que o presente estudo se concentrará na análise do contexto que envolve o denominado meio ambiente físico laboral, que é subdividido em meio ambiente físico laboral estático e meio ambiente físico laboral móvel. O primeiro diz respeito à construção contida no imóvel destinado à atividade empresarial, ou seja, a empresa em si, estática, sendo o segundo referente ao maquinário utilizado no ambiente laboral, que pode ser mais facilmente modificado, como também pode ser objeto de deslocamento e descarte.

E a inserção do meio ambiente laboral como elemento inerente ao meio ambiente geral decorre de inúmeras premissas constitucionais, que de forma implícita ou expressa protegem

o referido meio ambiente, bem como aquele que a ele pertence, ou seja, o trabalhador que se submete a determinadas condições de labor, muitas delas vinculadas ao ambiente físico no qual se insere e executa suas tarefas cotidianas.

Deve-se, portanto, apontar as normas contidas no artigo 1.º, inciso III, da Constituição de 1988, que versa sobre o direito fundamental garantidor da dignidade da pessoa humana, diretamente vinculado ao que descreve o seu artigo 5.º, inciso III, que veda a exposição do homem a tratamento desumano e condições degradantes.

Pode-se presumir, sem quaisquer controvérsias, a garantia de não submissão do ser humano a condições degradantes e prejudiciais a seu labor e sua condição física e psíquica, sob todo e qualquer aspecto.

Harmonizando-se com o arcabouço normativo atinente aos Direitos Humanos, aqui apontado, cumpre também fazer referência ao disposto no artigo 6.º da Constituição da República de 1988, que indica como direito social a garantia da saúde ao trabalhador. Já o seu artigo 7.º, que enumera os diversos direitos inerentes ao trabalhador, inclusive aqueles de indisponibilidade absoluta, que visam a preservar a sua própria condição humana, dispõe em seu inciso XXII sobre a garantia da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio das normas de saúde, higiene e segurança.

Há que se referir também, quanto ao capítulo referente aos princípios gerais da atividade econômica, a garantia de valorização do trabalho humano conjugado com a proteção ao meio ambiente, inclusive, de modo diferenciado, ante o impacto ambiental decorrente de determinada atividade econômica exercida, como revela o artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal.

E a proteção ao meio ambiente do trabalho se reflete no espaço físico no qual se insere a atividade econômica, sendo um dos pilares da função social da propriedade, insculpida no artigo 170, inciso III, da Constituição da República de 1988.

O reconhecimento do meio ambiente vinculado ao trabalho como uma das vertentes inerentes ao meio ambiente geral deriva expressamente do que prescreve o artigo 200, inciso VIII, da Constituição, ao apontar como responsabilidade do sistema único de saúde a colaboração com o meio ambiente, nele inserido o meio ambiente laboral.

E por fim deve-se apontar também o conteúdo do artigo 225 da Constituição da República, em seu capítulo destinado exclusivamente ao meio ambiente, com a inserção no ordenamento jurídico da garantia inerente a todo e qualquer cidadão a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, além do dever do poder público em controlar os meios de produção no sentido de evitar danos à saúde, qualidade de vida e ao meio ambiente de modo geral, como disposto no inciso V do referido preceito legal.

A relevância do trabalho do ser humano na concepção do meio ambiente do trabalho como um direito fundamental é oportunamente resumida por Adelson Silva dos Santos, que dispõe o seguinte:

Assim, a Constituição que tem como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e assegura a vida com qualidade, inclusive com direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não pode ser interpretada ou explicitada por outra lei para tolerar atividade que coloque em risco a vida, a integridade e a segurança dos cidadãos, entre estes, os trabalhadores.

Tendo a Constituição tratado o meio ambiente como um bem de todos, de proteção difusa, entre eles, o do trabalho, como já restou fundamentado, este deverá ter tutela jurídica específica, sem solução de continuidade com as outras dimensões do meio ambiente, com vista à proteção da saúde e do bem-estar do trabalhador, cujo conteúdo essencial, impassível de supressão, é a não danosidade irreversível à saúde e segurança física e psíquica do trabalhador (SANTOS, 2010, p. 112)



Portanto, a proteção ao meio ambiente do trabalho deve abarcar todos os seus aspectos, inclusive, no que toca a preservar o bem no qual se insere o empreendimento, ou seja, o imóvel e os bens móveis que o compõe. Tal patrimônio, em conjunto, revela os bens da empresa e se constituem no já denominado meio ambiente físico do trabalho, cuja preservação tem por objeto também resguardar o próprio ser humano nele inserido, hipossuficiente, via de regra.

Daí se presumir que a propriedade possuir um significativo e relevante objeto no tocante às relações humanas, inclusive no que tange às questões inerentes aos contratos de trabalho, eis que nela se assentam o local da prestação de serviços e todo o seu maquinário e, a indevida utilização de tais bens, poderá imputar prejuízos irreparáveis ao homem.

A função sócio ambiental da propriedade emerge também como mandamento de salvaguarda, inclusive, no que concerne ao meio ambiente laboral e tal relevância será a seguir destacada.

## 2. A FUNÇÃO SÓCIO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE E A SUA CONSECUÇÃO PELO EMPREGADOR POSSUIDOR DIRETO

O Código Civil Brasileiro consagra o direito de propriedade como a faculdade do titular de um bem em usar, gozar e dispor da coisa, bem como possui o direito de reavê-la de quem a possui ou deter de maneira injusta.

Tal assertiva está consagrada no *caput* do artigo 1228 do referido sistema normativo. Todavia, o exercício de tais faculdades deve se amoldar e se harmonizar a diversos preceitos e princípios vigentes no ordenamento jurídico, de modo a se extrair da propriedade sua melhor utilidade e inserção na vida do homem.

Daí a concepção da existência de propósitos inerentes ao exercício do direito de propriedade, que se conjuga com princípios de ordem constitucional, com o da dignidade da pessoa humana, finalidade social, dentre outros.

A preservação do meio ambiente como direito fundamental de terceira geração interage com a disposição da propriedade, na medida em que esta guarda estrita vinculação com o denominado meio ambiente físico, seja ele natural ou artificial.

E em uma sociedade na qual se propõe a elevação da condição humana a patamares mais justos, equilibrados, minimizando-se as desigualdades sociais, o exercício do direito de propriedade também deve se harmonizar em face de tais aspectos.

Surge, portanto, como elemento inibidor do pleno e absoluto exercício de vontade em face da propriedade, em virtude de quaisquer um de seus poderes (usar, gozar e dispor), a necessidade de se atribuir a ela uma função social.

E referida característica emerge dos comandos constitucionais expressamente já referidos no capítulo anterior, em especial, ao que dispõe o artigo 170, inciso III, que consagra a necessidade de se conferir à propriedade, sob um aspecto amplo, a sua função social.

Aludida concepção nasce da teoria apresentada por Leon Duguit, ainda no século XIX. Assim dispõe o jurista acerca da existência da função social da propriedade:

(...) todo individuo tiene la obligación de cumplir em la sociedad una cierta función em razón directa del lugar que em ella ocupa. Ahora bien, el possedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar um cierto trabajo que solo el puede realizar. Sólo el puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y em la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, El derecho

subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza. (DUGUIT, 1975, p.240)<sup>3</sup>

E sobre referida característica que coercitivamente, pela via constitucional, deverá recair sobre a propriedade, assim dispõe Guilherme José Purvin de Figueiredo, abordando visão atual acerca do aludido princípio:

A efetividade do Direito no planejamento, controle e fiscalização das atividades econômicas que se processam em espaços privados depende da implementação de determinados princípios jurídicos que temperem a concepção liberal individualista do direito de propriedade. Considerando que o Direito Ambiental afeta o exercício do direito de propriedade, traçando seus contornos, depende ele de princípios aptos a atingir referidos objetivos, dentre os quais sobressai o da função social da propriedade. O cumprimento do princípio da função social da propriedade não se limita à consecução de uma finalidade social, vez que seu conteúdo deve contemplar a forma (os meios) para se alcançar tal finalidade.

O princípio da função social da propriedade tampouco significa mero estabelecimento de limitações ao exercício do direito de propriedade, ou de imposições negativas ao comportamento do proprietário, não obstante as regras sobre o uso ambientalmente responsável da propriedade resultem da efetividade desse princípio. (FIGUEIREDO, 2010, p.32-33)

Relevante também apontar a concepção trazida por Daniela Oliveira Gonçalves e Elcio Nacur Rezende, no tocante à função sócio ambiental da propriedade:

Dos estudos realizados, pode-se concluir que a função socioambiental atualmente se apresenta basicamente sob três aspectos: econômico (produtividade), social (bem-estar dos proprietários e trabalhadores e direitos trabalhistas) e ambiental (utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente). Não basta que a propriedade seja produtiva. Ela também deve cumprir os demais requisitos impostos pela lei, sob pena de desapropriação para fins de reforma agrária. (GONÇALVES, REZENDE, 2015, p.69)

A relação indissociável entre função social e os direitos inerentes ao exercício da propriedade também é objetivamente apresentada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A locução *função social* traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize interesses sociais, sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição. Vale dizer, a propriedade mantém-se privada e livremente transmissível, porém detendo finalidade que se concilie com as metas do organismo social. (FARIAS, ROSENVALD, 2018, p.320)

E é certo que referida característica se insere nas relações de trabalho e em todos os atos e relações jurídicas a ela conexas. Portanto, o imóvel no qual se assenta o empreendimento deve ser resguardado no sentido de não se transformar em instrumento de degradação do meio ambiente laboral, sob pena de se responsabilizar o causador do dano, cabendo-lhe também inserir-se em sua função social.

De tal modo, ainda que não seja proprietário do imóvel destinado ao exercício da atividade econômica, o empregador locatário ou arrendatário tem plena responsabilidade em resguardar o bem do qual é possuidor direto, não podendo ser transformado, seja o local

<sup>3</sup> Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir uma determinada função na razão direta do lugar que ocupa na sociedade. Agora, o possuidor de riqueza, pela mesma razão que possui riqueza, pode fazer um certo trabalho que somente ele pode fazer. Somente ele pode aumentar a riqueza geral afirmando o capital que possui. Ele é, portanto, socialmente obrigado a executar essa tarefa e não será protegido socialmente, exceto se o fizer e na medida em que o fizer. A propriedade não é, portanto, o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza. (tradução nossa)

onde se situa a empresa, seja o maquinário nele inserido, em instrumentos de degradação ambiental, seja sob o aspecto geral, seja no que concerne à submissão dos trabalhadores a condições nocivas e degradantes de sua saúde física e mental.

Como já apontado, é presumível o direito fundamental dos trabalhadores em estarem submetidos a ambiente laboral digno, saudável, equilibrado, que lhes permita o exercício natural de sua atividade profissional, absolutamente afastados do risco de acidentes e doenças ocupacionais.

E a função social da propriedade surge também como elemento de afirmação do meio ambiente laboral como sujeito de máxima proteção, bem como todos que nele se inserem, revelando, portanto, um direito fundamental de terceira geração.

Sendo o empregador proprietário ou tão somente titular de posse direta, decorrente, por exemplo, de contratos de arrendamento ou locação, o dever de preservar o bem no qual se insere o empreendimento, com a finalidade maior de preservar aquele que mais a ele se submete, quem seja, o trabalhador, é obrigação absoluta. Torna-se, pois, passível de repreensão, conforme se depreende do que dispõe o artigo 225, §3.º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe as “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”.

De tal modo, a lesão ao meio ambiente sujeita o infrator a múltiplas sanções, tanto de natureza criminal, como de natureza administrativa, junto ao poder público, além daquela inerente à reparação do dano.

Vale dizer que a função sócio ambiental aqui referida diz respeito à preservação do meio ambiente do trabalho, bem como a reunião de esforços para oferecer um ambiente sadio, equilibrado, que permita aquele que habita, ou seja, o trabalhador, de usufruir de um espaço físico lúdico, agradável, permitindo o exercício prazeroso, não estafante, de sua atividade laborativa cotidiana.

Assim, a degradação ambiental não pode atingir também o meio ambiente do trabalho, conclusão essa objetivamente extraída do pensamento de Jacopo Paffarini, Mariângela Matarazzo Fanfa Colognese e Eduardo Henrique Hamel:

A urgência ambiental exigiu a adequação a uma nova realidade. Nas últimas décadas uma atenção sem precedentes foi projetada na conscientização de que a degradação ambiental poderia efetivamente ameaçar a sobrevivência de todas as formas de vida no planeta. (Paffarini, Colognese e Hamel, 2017, p.58)

E a não observância pelo empregador, seja ele mero possuidor direto (não proprietário), seja ele proprietário, o sujeita a sanções das mais diversas espécies, cuja aferição, regra geral, independe de se perquirir sua culpa, ante a adoção majoritária da teoria objetiva da responsabilidade civil, inclusive quanto ao risco integral, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência atual.

Todavia, no capítulo que se segue será analisado o aspecto fático jurídico concernente à hipótese se referida teoria poderia ser aplicada ao proprietário possuidor indireto, tendo em vista eventual lesão ao meio ambiente do trabalho, derivada do espaço físico (móvel ou imóvel) destinado à atividade empresarial, especialmente no que toca à lesões de ordem coletiva vivenciada pelos trabalhadores.

### 3. A RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO (POSSUIDOR INDIRETO) PELA REPARAÇÃO DOS DANOS INERENTES AO MEIO AMBIENTE LABORAL DEGRADADO

O risco ambiental é inerente à exploração do homem ao meio ambiente que o cerca. E aludida exploração, ao longo das décadas, tornou-se cada vez mais sofisticada, intensiva e também incisiva, potencializando os riscos ao meio ambiente sob diversos aspectos, bem como aquele nele inserido, ou seja, o homem.

O ser humano mergulhou, ao longo dos anos, em um complexo emaranhado tecnológico de produção de riscos, que muitas vezes, silenciosamente, o acaba envolvendo, tornando-o ao mesmo tempo o causador e destinatário dos riscos. Veja-se, portanto, o pensamento do sociólogo alemão Ulrich Beck:

Contido na globalização, e ainda assim claramente distinto dela, há um padrão de distribuição de riscos no qual se encontra um material politicamente explosivo: cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que o produziram ou que lucraram com eles. Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um *efeito bumerangue*: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Os anteriormente “latentes efeitos colaterais” rebatem também sobre os centros de sua produção. Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram. Isso pode ocorrer de diversas formas. (BECK, 2011, p.44)

E referida produção de riscos, com toda sua complexidade e alcance, também se estende ao chamado meio ambiente laboral, na medida em que o empregador dirige sua atividade empresarial, com objetivo específico de obtenção de ganhos econômicos, ou seja, de gerar e expandir suas riquezas, fato que gera um efeito inversamente proporcional, qual seja, a potencialização dos riscos derivados da atividade econômica que exerce.

É de se presumir que os riscos de uma determinada atividade empresarial são geridos pela própria empresa, ou seja, por quem exerce tal atividade, que possui e projeta toda a dimensão de sua exploração econômica. Quanto à denominada “gestão do risco”, assim definem Carla Reita Faria Leal e Solange de Holanda Rocha:

A gestão do risco consiste no processo que inclui seleção e implementação das medidas preventivas e protetivas mais apropriadas, tomando por base os resultados do processo de avaliação de risco, do controle tecnológico disponível, da análise de custo e benefício e custoefetividade, do risco aceitável, e preocupações com possíveis impactos ambientais. (Leal, Carla Reita Faria; Rocha, Solange de Holanda. Riscos Ambientais Laborais na Sociedade Global e sua Proteção Jurídica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.15, n.33, p.271, set./dez. 2018. <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1151/24637>)

Citam ainda, ainda, as referidas autoras, a existência de competência destinada ao Ministério do Trabalho em editar normas complementares para a aplicação das normas gerais contidas na Constituição da República, cabendo ao empregador a obediência rígida quanto a tais regramentos, sob pena de sofrerem sanção de ordem administrativa, como multas, além da possibilidade de se gerar danos aos trabalhadores submetidos a um meio ambiente de trabalho viciado, danos esses reparáveis por ações de cunho individual ou coletivo, visando a reparação civil.

De tal modo, veja-se:

Por outro lado, a legislação trabalhista brasileira [CLT, art. 155] conferiu ao Ministério do Trabalho competência para estabelecer normas complementares para aplicação dos preceitos legais, o que resultou, a partir da Portaria MTb nº 3.214, de 8 de junho de 1978, na aprovação das Normas Regulamentadoras [NRs], que foram redigidas principalmente com base nas diretrizes sobre saúde e segurança no trabalho emanadas pelas convenções da Organização Internacional do Trabalho [OIT].

Ainda nesse contexto, a NR-9 estabelece a obrigatoriedade da elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais [PPRA], visando à preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, através da antecipação, reconhecimento, avaliação e consequente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais [item 9.1.1].

São considerados riscos ambientais laborais os agentes físicos, químicos, biológicos, ergonômicos e mecânicos existentes nos ambientes de trabalho que, em função de sua natureza, concentração ou intensidade e tempo de exposição, são capazes de causar danos à saúde do trabalhador. Em regra, a previsão dos riscos mecânicos e ergonômicos não é obrigatória no PPRA [item 9.1.5]. (Leal, Carla Reita Faria; Rocha, Solange de Holanda. Riscos Ambientais Laborais na Sociedade Global e sua Proteção Jurídica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.15, n.33, p.272, set./dez. 2018. <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1151/24637>)

Percebe-se, portanto, a notória obrigação do empregador no que tange ao gerenciamento e coibição dos riscos. E, na medida em que o risco se materializa no dano, é dever absoluto do empregador, inclusive por assumir todos os ônus de sua atividade econômica, na forma contida no artigo 2.º da CLT, a reparar quaisquer danos alusivos ao meio ambiente do trabalho.

E no que toca à responsabilidade pelo dano ambiental, é cediço que tanto a doutrina prevalente, quanto a jurisprudência, adotam a teoria objetiva da responsabilidade pela degradação ambiental, prevalecendo ainda, a partir de tal entendimento, a teoria do risco integral, em relação ao qual não há espaço para excludentes de culpabilidade, bastando a ocorrência do evento danoso, para que haja a responsabilidade em face do agente causador da degradação ambiental. Nesse sentido, veja-se o entendimento de José Adércio Leite Sampaio:

Porque o risco absoluto ou integral deve ser preferido às outras teorias da responsabilidade civil para o dano ambiental? Pelo objeto e direito envolvidos; pela necessidade de minimizar os efeitos da ideologia hegemônica da apropriação inesgotável[13]. Em sendo um bem transindividual, coletivo ou, na dicção constitucional, “de uso comum do povo”, que integra o patrimônio indiviso das atuais e futuras gerações, sendo pressuposto, fonte e matriz da vida, nenhum dano que sofra poderá ficar sem reparação. (SAMPAIO, 2015, p.296)

Contudo, resta aqui ser debatida a eventual responsabilidade do proprietário, quando este não exerce a posse direta do imóvel, cedido, por exemplo, a título de arrendamento a um empreendedor, para que este execute sua atividade econômica e, partir de referida exploração, surjam danos ao meio ambiente laboral, especialmente em virtude da exposição dos trabalhadores a riscos à sua integridade física ou mental.

E isto se daria pela submissão dos empregados ao próprio ambiente físico no qual se instala o empreendimento, ou seja, sua edificação, bem como pelo manuseio das ferramentas (maquinário) ali inseridas.

A simples aplicação da teoria do risco integral, com atribuição de responsabilidade inclusive em face daquele que financeiramente se beneficiou do contrato de arrendamento, como o proprietário possuidor indireto, pode dar ensejo a situações fáticas que fogem a seu

controle, podendo este ser imputado a reparar danos decorrentes de atos em relação aos quais não poderia sequer impedir, não tendo qualquer participação.

Daí se conceber, em tal caso específico, a possibilidade de não aplicação da teoria do risco integral, mas a utilização da teoria do risco criado, na medida em que não houve nenhuma participação ou mesmo ciência daquele que é tão somente o proprietário, sem se tratar de possuidor direto.

Corroborando com tal pensamento, veja-se o entendimento exarado por Clayton Reis, André Lipp Pinto Basto Lupi e Débora Cristina de Castro Rocha:

Apesar das constatações supra, certo ainda que não se revela possível imputar o dever de indenizar àquele que em nenhum momento concorreu para gerar o dano. Todavia, se faz imperiosa a necessidade de comprovar que o fato ocorreu independentemente da atitude do agente, por motivos alheios à sua vontade, não cabendo a ele a possibilidade de prever ou resistir. (REIS, LUPI, ROCHA, 2019, p.187)

Abre-se, pois, a possibilidade da excludente de responsabilidade quando determinado ente, como o proprietário possuidor indireto não tem qualquer participação ou possibilidade de previsão acerca da ocorrência dos eventos danos. Parece razoável aqui, deixar de imputar a ele qualquer responsabilidade, recaindo esta, diretamente e sob a ótica da responsabilidade civil objetiva pelo risco integral, tão somente ao arrendatário possuidor direto. Se aplicaria, portanto, ao proprietário, a teoria objetiva vinculada ao risco criado.

Contudo, caso o dano ao meio ambiente laboral tenha como causa o próprio estado ou mesmo a estrutura do denominado meio ambiente de trabalho físico, cumpre aqui verificar se há a participação do proprietário possuidor indireto na construção do meio ambiente de trabalho degradado.

Parte-se da premissa que, como objeto do arrendamento, esteja um imóvel com suas construções e maquinário, sendo estes explorados pelo empresário que venha a arrendá-lo sem qualquer alteração do referido meio ambiente físico. Assim, faz este uso da estrutura física do imóvel, em seu interesse empresarial, sem qualquer modificação, aproveitando também o maquinário contido no imóvel, bem como toda sua estrutura física, tal como lhe fora cedida por força do contrato de arrendamento.

E partindo-se do fato de que referida utilização causa danos ao meio ambiente laboral, em especial, aos trabalhadores nele inseridos, não seria possível a imputação de responsabilidade ao proprietário, responsável pelo surgimento do referido ambiente laboral degradado, já que era responsável pelo estado do imóvel, bem como de seu maquinário?

Daí se vislumbra a viabilidade da responsabilização, desde que haja a mínima participação do proprietário no evento danoso. Assim, concorrendo o proprietário para a consecução do dano, se caracterizaria esse também como ente poluidor, tendo que arcar com os ônus da reparação, aplicando ao caso o princípio do poluidor pagador. Sendo assim, veja-se o entendimento oriundo do pensamento de Danielle de Andrade Moreira, Letícia Maria Rêgo Teixeira Lima e Izabel Freire Moreira:

O princípio do poluidor-pagador, se efetivamente aplicado, funciona como um mecanismo de redução da poluição (MOREIRA, 2015b, p. 91). Sua completude se dá no momento em que, internalizados pelo poluidor, os custos de prevenção e reparação não recaiam sobre a coletividade e os danos sejam evitados. Assim, garante-se que haja responsabilidade por parte dos poluidores e, em consequência, promove-se o equilíbrio do mercado, a conscientização de produtores e consumidores, o estímulo a avanços tecnológicos e o fomento a atitudes preventivas mais sedutoras no contexto de precisa alocação de custos e responsabilidades. E, como consequência, espera-se que a aplicação do PPP promova a redução das iniquidades ambientais existentes num cenário

de privatização de bônus e socialização de ônus. (Moreira Danielle de Andrade; Lima, Leticia Maria Rêgo Teixeira; Moreira. O Princípio do Poluidor Pagador na Jurisprudência do STF e DSTJ: Uma Análise Crítica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.16, n. 34, p.367-432, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1341/24736>)

Outro questionamento que deriva de tal situação fática seria se, caso houvesse participação do proprietário no que concerne às degradantes condições de trabalho, poderia ser ele responsabilizado solidariamente com o empregador?

Pela conjugação das disposições legais vigentes, bem como a partir do entendimento doutrinário e jurisprudencial prevalentes, pode-se aferir a responsabilidade solidária em relação a ambos. No caso do empregador, este é o responsável imediato e direto pela manutenção de um meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado, aplicando-lhe a teoria objetiva aliada ao risco integral. Já no tocante ao proprietário possuidor indireto, como, por exemplo, o arrendador de um imóvel destinado a receber um empreendimento, que cede por força de um contrato o imóvel onde se situa a empresa e, muitas vezes, além disso, também o maquinário, ou parte dele, também é responsabilizado, mas deve-se ressaltar aqui a possibilidade de exclusão de sua culpa, por meio de prova do qual teria o ônus.

Assim, poderia demonstrar a inexistência de qualquer vinculação com eventuais danos causados ao meio ambiente laboral.

Contudo, em caso de contribuição para o evento danoso, é viável atribuir-lhe responsabilidade solidária, a partir da interpretação do que dispõe o artigo 14, § 1.º, da Lei 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), que versa expressamente acerca da atribuição de responsabilidade do poluidor em reparar o dano por ele causado, independentemente da existência de culpa, estando legitimado, inclusive, o Ministério Público legitimado a propor Ação Civil Pública nesse sentido. E harmonizando com tal dispositivo, cite-se o contido no artigo 3.º, inciso IV, da referida lei, que conceitua o poluidor como a pessoa física ou jurídica responsável direta ou indiretamente pela atividade que gere degradação ao meio ambiente.

E invocando novamente o disposto no artigo 225, § 3.º, da Constituição Federal de 1988, este aduz acerca da responsabilização dos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, além do dever de reparar os danos causados ao meio ambiente. Assim, referido texto traz um contexto plural, podendo-se presumir a responsabilização conjunta, ou seja, solidária, de todos aqueles que contribuíram para o evento danoso.

Veja-se, portanto, nesse sentido, o entendimento oriundo do pensamento de Clayton Reis, André Lipp Pinto Basto Lupi e Débora Cristina de Castro Rocha:

Extrai-se dos dispositivos legais supra a solidariedade da obrigação daqueles que infringem e poluam, denominados de devedores pelo dever de reparação do dano ambiental em prol da sociedade a quem denominados de credora. Diante disso, tem-se que, “tanto aquele que concorre diretamente para o desabrochar do dano como aquele cuja atividade, indiretamente, representa uma possível condição sem a qual ele talvez não tivesse ocorrido respondem solidariamente pela obrigação de repará-lo por inteiro”. (REIS, LUPI, ROCHA, 2019, p.182-183)

Referido raciocínio é corroborado com o pensamento de Rut Gonzáles Hernández aqui descrito:

Cuando son varias las personas responsables del mismo daño es preciso determinar el régimen jurídico aplicable a la obligación de indemnizar. De la interpretación de los preceptos del Código Civil se puede concluir que la regla general es la mancomunidad y como excepción la solidaridad.

La jurisprudencia más relevante se inclina a favor de la solidaridad, sobre todo cuando no es posible conocer que parte de daño es atribuible a cada causante. Esta cuestión es de especial dificultad y trascendencia en materia de daños al medio ambiente. (HERNÁNDEZ, 2012, p. 189)<sup>4</sup>

Assim, se todos aqueles contribuem, de alguma forma, com eventuais danos praticados ao meio ambiente do trabalho, poderiam sim, serem responsabilizados de forma direta, surgindo aí o dever de reparação do dano, ressalvada a possibilidade do proprietário não possuidor em demonstrar que não concorreu em nenhuma hipótese para o dano ocorrido.

Por conseguinte, em eventual ajuizamento de Ação Civil Pública, buscando reparações em favor de uma coletividade de trabalhadores, em virtude de danos ocasionados diretamente em face do meio ambiente do trabalho no qual se inserem, poderia o Ministério Público do Trabalho pretender a responsabilização do empregador, além do arrendador, ante os preceitos acima referidos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República de 1988 referenda o acesso e preservação de um meio ambiente justo e ecologicamente equilibrado como um direito vinculado a universalidade, com alicerces que apontam a necessidade de uma proteção.

Daí ser concebido pela doutrina e jurisprudências nacionais como um direito fundamental de terceira geração.

E diante dessa concepção se percebe toda uma construção normativa derivada da Constituição Brasileira, no sentido de proteger o meio ambiente em todos os seus aspectos e alcance.

E um dos aspectos inerentes ao meio ambiente geral se revela no meio ambiente do trabalho, também albergado por vasta e profunda proteção de natureza constitucional, no sentido de não só abarcar o ambiente laboral, mas também o indivíduo que nele se insere, ou seja, o trabalhador.

A proteção constitucional ao meio ambiente do trabalho alcança, sem sombra de dúvidas, todos os aspectos a ele inerentes, seja no que concerne ao meio ambiente físico, seja no que diz respeito ao meio ambiente imaterial.

Quanto ao primeiro, objeto central desse estudo, este se subdivide em meio ambiente físico estático (imóvel), sendo este a construção na qual se desenvolve a atividade econômica do empregador, bem como também no denominado meio ambiente físico móvel, que se revela no maquinário inserido no estabelecimento, que poderá ser deslocado ou descartado.

Em virtude de todo o sistema constitucional que protege o meio ambiente, surge o dever de conservação e salvaguarda do meio ambiente do trabalho. Assim, seja o empregador o proprietário do bem (construção) no qual se situa seu empreendimento, seja ele mero possuidor direto não proprietário, possui ele o dever absoluto de zelar pela conservação e melhoria do referido espaço físico, sujeitando-se ao dever de reparar eventual dano que tenha dado causa ou concorrido, no que toca ao meio ambiente do trabalho e aqueles nele inseridos, quais sejam, os trabalhadores.

<sup>4</sup> Quando existem várias pessoas responsáveis pelos mesmos danos, é necessário determinar o regime legal aplicável à obrigação de indenizar. A partir da interpretação dos preceitos do Código Civil, pode-se concluir que a regra geral é a comunidade e, como exceção, a solidariedade.

A jurisprudência mais relevante se apóia em favor da solidariedade, principalmente quando não é possível saber que parte do dano é atribuível a cada causa. Esse problema é de especial dificuldade e importância em termos de danos ao meio ambiente. (tradução nossa)



Uma vez consagrada a teoria objetiva quanto ao risco integral, no que concerne à reparação do dano ambiental, esta também alcançaria o empregador, responsável direto pelo meio ambiente físico do trabalho.

Todavia, cumpre verificar a existência de eventual responsabilidade no que concerne ao proprietário, possuidor indireto, como nos casos de locação ou arrendamento, tendo em vista os danos havidos ao meio ambiente do trabalho.

Respondendo aos problemas expostos no estudo em questão, se verifica a hipótese de se atribuir responsabilidade para a reparação de danos inerentes ao meio ambiente físico do trabalho, inclusive ao proprietário que não dirige a atividade econômica, mas que dela se beneficia por meio de contrato de locação ou arrendamento.

Contudo, surgindo como exceção à teoria do risco integral, aludida responsabilidade deriva da participação, direta ou indireta, do referido proprietário, na concretização do dano ocorrido.

Assim, caso tenha cedido, por meio de contrato, um ambiente físico de trabalho já degradado ou com maquinário sujeito a degradação, sua responsabilidade é aferível, desde que se verifique sua concorrência com os motivos que desaguaram na ocorrência do dano.

E tal responsabilidade, ainda que não derive dos preceitos inerentes à teoria do risco integral, revela, como bem assentado na doutrina aqui destacada, tendo em vista a conjugação de preceitos legais vigentes, a possibilidade de se atribuir responsabilidade solidária entre o empregador arrendatário e o proprietário arrendador.

Reitera-se que a proteção ao meio ambiente justo, equilibrado, saudável, inclusive no que se refere ao ambiente de trabalho físico, estático ou móvel, emerge de um direito de ordem pública, indisponível, fundamental.

Portanto, não somente o empregador não proprietário responderia perante os lesados acerca do dano havido, mas também aquele possuidor indireto, que degradou a edificação ou maquinário cedida por contrato a um terceiro, lesando uma coletividade de trabalhadores.

Cabe, inclusive, ao Ministério Público do Trabalho o dever de, conforme o caso, ajuizar Ação Civil Pública no sentido de buscar a reparação dos danos causados à saúde e segurança dos trabalhadores submetidos a ambientes laborais degradados, seja por culpa do empregador, responsável direto e natural pela sua manutenção, seja pelo proprietário, possuidor indireto.

Por todo o exposto, sem olvidar da dignidade da pessoa do trabalhador, todavia, em homenagem ao conceito de Justiça em sua meta-juridicidade filosófica, bem como, aos princípios basilares do direito, calcados na demonstração do nexos causal como elemento indispensável à **imputação de responsabilidade civil**, atribuir ao possuidor indireto o dever de responder por um lamentável meio ambiente laboral degradado, sob pena de se querer, equivocadamente, apenar aquele que sequer, minimamente, contribui para um resultado que todos abominamos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**; tradução de Sebastião Nascimento, 1. ed. São Paulo: 34, 2010, 304p.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei 6.938**, de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>. acesso em 27 set. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em 26 set. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, 1372p.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del derecho publico y privado**. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Reais. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, 1072p.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). **Direito Ambiental do Trabalho**: Apontamentos para uma teoria geral. Vol.2. São Paulo: LTr, 2015, 581 p.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, 384 p.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7. Ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Daniela Oliveira; REZENDE, Elcio Nacur. Função socioambiental da propriedade: a busca por uma determinação pragmática de aferição de cumprimento. **Revista da Faculdade de Direito-FRD-UERJ**. Rio de Janeiro, n.28, p. 52-72, dez.2015. Disponível em: <https://www-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/10597/14646>

HERNÁNDEZ, Rut Gonzáles. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. **Anuario Jurídico y Económico Escurialense**. Madrid, n.45, p.177-192, ISSN: 1133-3677, 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3866244>

LEAL, Carla Reita Faria; ROCHA, Solange de Holanda. Riscos Ambientais Laborais na Sociedade Global e sua Proteção Jurídica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.15, n. 33, p.263-290, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1151/24637>>.

MOREIRA, Danielle de Andrade; LIMA, Letícia Maria Rêgo Teixeira; MOREIRA. O Princípio do Poluidor Pagador na Jurisprudência do STF e DSTJ: Uma Análise Crítica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.16, n. 34, p.367-432, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1341/24736>

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002, 526p.

PADILHA, Norma Sueli. **Do Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado**. São Paulo: LTr, 2002, 142p.

PAFFARINI, Jacopo; Colognese, Mariângela Matarazzo Fanfa; Hamel, Eduardo Henrique. A Insuficiência da Responsabilidade Socioambiental Empresarial na Perspectiva do Desenvolvimento Sustentável. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, n., p. 55-75, dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v8i2.541>

PRATA, Marcelo Rodrigues. **O Direito Ambiental do Trabalho Numa Perspectiva Sistêmica: As causas da inefetividade da proteção à ambiência laboral e o que podemos fazer para combatê-la**. São Paulo: LTr, 2013, 254p.

REIS, Clayton; LUPI, André Lipp Pinto Basto; ROCHA, Débora Cristina de Castro. Considerações sobre a responsabilidade civil solidária por dano ambiental. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v.5, n. 1, p. 173-188, jan./jun. 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria do Risco Ambiental Integral e Ideologia. **Revista Internacional Consinter de Direito**, Lisboa, ano I, nº I, p. 283-302, 2º sem. 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afranio. **Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 304p.

SANTOS, Adelson Silva dos. **Fundamentos do Direito Ambiental do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, 176p.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A CONTRIBUIÇÃO DA FORMA FEDERATIVA DE ESTADO  
NA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

GLAUBER DE LUCENA CORDEIRO  
MATHEUS JERUEL FERNANDES CATÃO

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019

## A CONTRIBUIÇÃO DA FORMA FEDERATIVA DE ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

### THE CONTRIBUTION OF THE FEDERATIVE FORM OF STATE FOR THE EFFECTIVENESS OF THE DEMOCRATIC PRINCIPLE

Recebido: 12/12/2019  
Aprovado: 14/12/2019

Glauber de Lucena Cordeiro<sup>1</sup>  
Matheus Jeruel Fernandes Catão<sup>2</sup>

#### RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo analisar, por meio de método hipotético-dedutivo se a forma federativa de Estado contribui para a efetivação do princípio democrático. A técnica de pesquisa utilizada no texto foi a revisão bibliográfica em autores brasileiros e estrangeiros sobre federalismo e democracia. O artigo se inicia com uma análise geral acerca do federalismo e suas definições e multiformatações, em seguida passa a analisar esta forma de estado como instrumento para a consagração da autonomia e do pluralismo, fazendo uma análise histórica sobre como males dos governos centralizados e, por fim, concluindo pela confirmação da hipótese de que o federalismo serve como instrumento para a efetividade do princípio democrático, uma vez que a descentralização do Estado possibilita uma aproximação maior da comunidade com os entes estatais.

**Palavras-chave:** Estado. Forma federativa. Democracia.

#### ABSTRACT:

This paper aims to analyze, from a hypothetical-deductive method, whether the federative form of state contributes to the implementation of the democratic principle. The research technique used in the text was the literature review of Brazilian and foreign authors on federalism and democracy. The article begins with a general analysis of federalism, its definitions and multiformations, then proceeds to analyze this form of state as an instrument for the consecration of autonomy and pluralism, making a historical analysis of the evils of centralized governments and, therefore, finally, it concludes by confirming the hypothesis that federalism serves as an instrument for the effectiveness of the democratic principle, since the decentralization of the state enables a closer approximation of the community with state entities.

**Keywords:** State. Federative form. Democracy.

JEL: K10

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UERJ, Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. É professor Titular do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ) e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento Sustentável desta Instituição. Professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Email: glauberdelucena@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ) e pós-graduando em Direito Tributário. Advogado. Email: matheus\_jeruel@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

A democracia, assim como a forma federativa, possui modelos, teorias e formatações próprias em cada local onde seja institucionalizada. Assim, não serão discutidas as teorizações existentes sobre esse sistema de governo nem apresentadas as concepções de democracia de cada país que a consagra, pois este não é foco central do presente trabalho. O objetivo desse tópico é trazer considerações que possam confirmar a hipótese de que o federalismo é um importante fator de catalisação do fundamento democrático nos países, já que ele propicia uma aproximação do povo com o seu governo, em razão da descentralização vertical de poder que lhe é inerente. Essa aproximação permite, dentre outras vantagens, que haja uma fiscalização mais efetiva dos atos dos poderes constituídos e a democratização de acesso dos cidadãos aos cargos políticos, desde que sejam incorporados na estrutura sociojurídica do país os instrumentos que afirmem essa concepção de poder.

O fundamento democrático exige que a população do país, principalmente as comunidades que se encontram em grupos sociais vulneráveis, possa ter direito a voz e participação nos rumos daquela sociedade. Dessa forma, será possível concretizar a liberdade e a pluralidade de opinião e manifestação, bem como a igualdade entre as pessoas proclamada por esse regime de governo. Atualmente, há um clamor da sociedade para que se desenvolvam ou se assegurem instrumentos que proclamem os valores democráticos de real participação popular no exercício do poder político. Nesse sentido, o princípio federativo abre a perspectiva para uma efetivação, em maior escala, do princípio democrático.

Não se está afirmando que, em um Estado unitário, não exista democracia ou que ela não seja efetiva. Também não se pretende afirmar que, em Estado federal, será encontrado necessária e plenamente o regime democrático. Longe disso! Até porque existem vários casos de Estados unitários com as liberdades democráticas plenamente ativas e, também, casos de Estados federais que são autoritários. Todavia, é dentro da forma federativa que se encontra mais exequível a incorporação e instrumentalização dos preceitos integrantes de um governo do povo e para o povo. Assim, quanto mais descentralização vertical de governo aquele país possuir (unidades internas), provavelmente será maior o grau de democracia naquele Estado.

É sobre esse fundamento que o presente artigo irá se apresentar. A partir da configuração do conceito e alguns aspectos gerais do federalismo, procurar-se-á demonstrar que a adoção dessa forma de Estado aproxima a população das esferas de Poder e da concretização dos ideais democráticos; pois tal convergência pode proporcionar uma maior participação social na gestão e nos rumos que determinado país, estado-membro, e no caso do Brasil, os municípios (já que estes são constitucionalmente considerados entes federativos - art. 1º, caput c/c art. 18, caput da CF/88), irão perseguir politicamente.

## 2. FEDERALISMO E SUAS MULTIFORMATAÇÕES

Um dos temas mais estudados e diversificados do direito público, se é que ainda existe essa dicotomia entre público e privado no direito, é o Federalismo. Até os tempos atuais, busca-se encontrar uma teoria geral sobre o tema, com a adoção de premissas comuns e formas exatas que pudessem ser adequadas à sua efetivação para todos os Estados que o adotem. Todavia, cada vez que se estuda essa temática, surge a necessidade de fazer novas concepções e institucionalizações que atendam ao interesse peculiar de cada país que abrace o federalismo.

Na verdade, isso não acaba sendo um problema. Trata-se de uma das características mais salutares dessa forma de Estado: a capacidade de se adaptar à cultura, à natureza

e à diversidade de cada ente nacional que venha a incorporá-lo em sua estrutura político-administrativa. A forma federativa de Estado acaba sendo uma espécie de chave-mestra que pode abrir diversas portas, pois sua estrutura consegue se amoldar aos mais variados tipos de fechadura existentes. Tem, portanto, a capacidade de se adequar às realidades que são postas em cada país que o adota, compatibilizando sua formatação com a cultura e a variedade ideológica que a sociedade de cada Estado possui.

A modelagem federal encontrada, por exemplo, nos Estados Unidos não é igual à que se observa na Alemanha, que também não é igual à brasileira e assim por diante. Evidentemente, alguém poderia dizer: mas é óbvio que o federalismo norte-americano não é semelhante ao alemão, afinal, os dois países têm formas de governo também diferentes, tendo em vista que, no primeiro se adota um governo presidencialista, enquanto que no segundo existe o parlamentarismo. Ora, mas é exatamente aí onde melhor se verifica a fluidez da forma federal. Independentemente das características, da estruturação político-governamental e demais fatores específicos pertencentes a cada país, a forma federal de Estado tem a flexibilidade e a habilidade de se moldar e adaptar às peculiaridades das nações. Acrescente-se, também, que o federalismo consegue se transformar mais facilmente com o passar do tempo, de modo a acompanhar as transformações sociais cada vez mais constantes nesse novo mundo.

A forma federal de Estado é o nítido exemplo de descentralização política. É nesse modelo onde se encontra mais visível essa pluralidade de estruturas que fazem irradiar diversos segmentos do poder, criando formações e instituições às quais são conferidas competências jurídico-político-administrativas. De uma forma harmônica, essas instituições tentam traçar a melhor ordem para a convivência entre os povos que estão situados sob sua área de influência.

O princípio federativo resulta da repartição das funções e das competências estatais, possibilitando que haja, dentro de um mesmo centro de poder político, várias outras esferas nas quais se encontram imbricados outros núcleos de poder e do direito. No federalismo, verifica-se não só a concretização da descentralização estatal, mas, principalmente, a teórica operacionalização harmônica das estruturas de poder. Cada centro existe e sobrevive em separado dentro de suas respectivas esferas. Dessa forma, suas normatizações e estrutura organizacional são diferenciadas e independentes dos outros centros. Porém, ao mesmo tempo, devem prestar satisfação aos ditames dispostos em uma ordem jurídica superior, que tem como finalidade garantir as premissas estabelecidas nessa união dos centros de poder.

Existe, portanto, uma individualidade de instâncias territoriais, políticas e administrativas, aliada à fidelidade compromissória de se manterem unidas ao centro nacional e institucional de poder jurídico e político. Esse sistema possibilita que o federalismo seja considerado a melhor forma de estruturar Estados nacionais que possuam grandes dimensões geográficas, ou que tenham um contingente populacional diversificado em função da sua cultura, religiosidade, etnias etc. Pode também ser adotado naqueles Estados que tenham uma formação histórica diversa, mas que, por um ou outro motivo, necessitam estar agregados por um centro unitário que lhes confira segurança, em razão da tentativa de dominação por outros Estados<sup>3</sup>. É uma estruturação complexa que envolve a existência do trinômio: distribuição, equilíbrio, associação em relação aos seus partícipes. Significa que as diversidades de ações públicas devem ser observadas e pormenorizadas para que se encontre o ponto de equilíbrio dos interesses das unidades federadas e do seu povo.

<sup>3</sup> Heinz Laufer afirma que a forma federativa de Estado é a mais propícia para ser utilizada em países como a Alemanha, em função desse modelo oferecer as seguintes justificativas e fundamentações: a) é o mais adequado à democracia; b) favorece a separação dos poderes e intensifica o Estado de direito; c) fortalece a concorrência política; d) possibilita a pluralidade cultural e social (LAUFER, Heinz. Os princípios e a estrutura organizativa do ordenamento federativo. In: JUNG, Winfried (Diretor). *O federalismo na Alemanha*. Trad. Sperber S.C. Ltda. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, pp. 34-38).

### 3. DEFINIÇÃO DO FEDERALISMO E SEU ARRANJO INSTITUCIONAL

Apesar de não se conseguir definir o federalismo de forma harmônica, em razão dos fatores apresentados no item anterior, há um certo consenso entre os pensadores políticos e juristas em torno das características gerais daquela forma de Estado.

Adotando uma concepção mais tradicional, José Afonso de Silva define o federalismo como sendo uma união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional. Nele existem duas esferas governamentais sobre a mesma população e territórios: a da União e a dos Estados federados, com competências internas e órgãos governamentais próprios. Acrescenta o autor que, nessa união, verifica-se a existência de um todo coletivo que é dotado de personalidade jurídica de direito público internacional<sup>4</sup>.

Já para Paulo Gustavo Branco, em sua obra compartilhada com Gilmar Mendes e Inocêncio Coelho, o Estado federal é aquele que se divide em uma organização político-administrativa descentralizada. Essa organização construída sobre uma repartição de competências entre esferas governamentais (central e locais) consagradas na Carta Magna, em que os Estados federados participam das decisões da União, sem disporem do direito de secessão<sup>5</sup>.

Com base nos conceitos acima apresentados, há de se notar que a descentralização estatal está fortemente presente na federação, em função da existência de várias esferas governamentais dotadas, cada uma delas, de competências políticas e administrativas próprias. No Estado federal, a organização territorial está subdividida em diversas coletividades públicas que possuem autonomia de se constituírem como pessoa jurídica de direito interno. Podem dispor de suas próprias leis, possuindo uma constituição própria que será a norma ápice de seu ordenamento<sup>6</sup>. Podem também se aparelhar estruturalmente para atender às necessidades coletivas de sua população. Independentemente dessa plural divisão de esferas governamentais, no federalismo há obrigatoriedade de associação desses entes para formarem outro que possuirá personalidade jurídica de direito público externo e que representará aquele Estado soberanamente perante a comunidade internacional.

No plano interno, as unidades federadas detêm autonomia, enquanto que no plano externo, ao Estado como um todo será atribuída a soberania. Esse poder supremo conferido ao Estado-nação, que lhe permite instituir sua própria ordem jurídica em um plano absoluto, sem submissão a qualquer outro tipo de poder interno ou externo, é exercido pelo governo central, representado pela União. Sob essa premissa, perfaz-se o federalismo, sendo atribuídas aos entes internos as competências e a autonomia necessárias para o desempenhar de suas funções político-administrativas. Mas essa competência não é plena, pois tais entes declinam de parte de sua independência em prol da unidade estatal a quem foi conferida a soberania. Segundo Paulo Bonavides, a associação de Estados no federalismo tem em vista uma integração harmônica de seus destinos. Nela, os entes associados não possuem soberania externa. Do ponto de vista interno, estão sujeitos, em parte, ao poder único (governo federal), mas, em parte, conservam sua autonomia em que lhes foi atribuída pela constituição<sup>7</sup>.

Com base nessa concepção, efetivam-se a autonomia e a soberania dentro do princípio federativo. Assim, as unidades federadas exercem sua parcela de liberdade e competências, sendo teoricamente independentes de qualquer influência de outra unidade, nos termos em que

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 99-101.

5 BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 851.

6 Há de se fazer a ressalva de que essas normas ápices das unidades federativas periféricas têm que guardar compatibilidade com a Constituição Federal, pois é esta que lhes confere validade, sendo aquelas resultantes do denominado poder constituinte decorrente.

7 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 181.



a constituição do país estabelece. Por outro lado, a soberania será exercida pela unidade desses entes ao outorgarem parte de sua liberdade plena, pelo pacto federativo, para a construção do governo central, assumindo a figura plena e absoluta de Estado-nação no âmbito internacional.

O Estado federal parte dessa premissa associativa de entidades governamentais<sup>8</sup> que se vinculam em função de um documento jurídico supremo (pacto federativo), que confere a estruturação e as capacidades legais de cada uma delas, impondo também a impossibilidade de ruptura com essa convenção. Assim, uma vez formada e composta, a federação, será indissolúvel, impedindo que qualquer um dos entes que a compõem possa se desvincular do elo institucional. Essa vontade associativa dos entes para formarem um Estado federal é fundamentada ou jurisdicizada por uma Constituição. É ela que irá sacramentar a institucionalização do pacto formado, atribuindo a modelagem, as competências e as formas de manutenção da aliança, bem como a penalização para os entes que quiserem descumpri-la. É difícil pensar em outro documento jurídico, senão a constituição, para cancelar a formalização do referido pacto<sup>9</sup>.

#### 4. DAS ESFERAS POLÍTICAS FEDERATIVAS: A CONSAGRAÇÃO DA AUTONOMIA E DO PLURALISMO

Diante dessa organização traçada pelo federalismo, há uma pluralidade de esferas governamentais internas que, associadas, formam um ente estatal dotado de personalidade internacional. Convém frisar que os entes federados internos estão dispostos de forma igualitária, sendo proibida qualquer interferência sobre suas ações e decisões político-administrativas, salvo situações devidamente especificadas na constituição que ensejem a intervenção entre eles. Essa disposição é conferida em função da autonomia que cada ente federativo possui, esclarecendo que somente o poder constituinte originário pode estabelecer as exceções da interferência de um ente sobre o outro.

Segundo Paulo Bonavides, a autonomia consiste na possibilidade que as unidades federadas possuem de livremente estatuir uma ordem jurídico-constitucional própria, estabelecendo competências aos poderes que integram o Estado. Dessa forma, exercerá prerrogativas gerenciais e financeiras que lhes são deferidas, decorrente da própria da natureza mesma do sistema<sup>10</sup>. A autonomia dos entes federativos lhes confere a liberdade de compor seu próprio governo e prover sua administração na forma e limites dispostos pela legislação, assumindo a governança daquela entidade. Além disso, estabelece uma repartição de atribuições e prerrogativas aos entes federados dispondo sobre as competências a serem exercidas por eles, bem como estabelecendo os limites da autonomia de cada unidade federal.

O federalismo possui estreita relação com o pluralismo. Seu gene é exatamente o da multiplicidade e da diversidade, fazendo com que, dentro de seu sistema, seja possível a coexistência das mais variadas estruturas, representações e composições. A pluralidade de instituições criadas para realizar as funções estatais exemplificam essa caracterização múltipla. Além disso, possibilita que, dentro de determinadas esferas e instâncias, possam ser implantados novos arquétipos que contribuam para sua manutenção e desenvolvimento. O objetivo maior dessa pluralidade é fomentar coexistência política de unidades regionais autônomas de forma coordenada e coesa<sup>11</sup>.

8 A expressão "federalismo" se origina do latim *foedus, foederis*, que significa aliança, pacto, união.

9 Sobre essa afirmação, importante comentário faz Cármen Lúcia Antunes Rocha. Segundo ela, a adoção do princípio federativo tem sede constitucional, sendo o poder constituinte quem modela a forma de Estado, elegendo o modo de institucionalizar a federação e o seu arranjo peculiar no sistema (ROCHA, Cármen Lucia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 171).

10 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 181

11 ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 180.

Esse pluralismo também se faz presente no compartilhamento de diversos ordenamentos jurídicos em um Estado federal. A autonomia legislativa dos entes federados faz com que cada um deles seja capaz de dispor de um conjunto de leis próprias e adequadas as suas necessidades, possibilitando que, dentro de suas respectivas competências, os rumos político-decisórios sejam ditados pelo próprio ente. Acrescenta-se que o pluralismo legislativo na forma federativa de Estado, também se caracteriza ante a obrigatoriedade imposta à população de obedecer às múltiplas legislações que estejam vigendo internamente no respectivo território.

Como salienta Cármen Lúcia Antunes Rocha, dentro do federalismo deve predominar a ideia de “unidade na pluralidade”. A unidade deve considerada como sendo a ordem jurídica nacional, compondo, coordenando e harmonizando as diversas ordens jurídicas das unidades internas, de forma sistemática e equilibrada<sup>12</sup>. Assim, as diversas ordens jurídicas são autônomas dentro da respectiva jurisdição do ente federativo interno, mas devem guardar a devida compatibilidade com a ordem posta nacionalmente. Em razão dessa necessária coexistência de diversas ordens jurídicas a serem instaladas em um mesmo território e proclamadas à sua população, o federalismo representa a busca do equilíbrio e da sistematização dessas diversas ordens (a ordem jurídica parcial central e a ordens jurídicas parciais periféricas). Esses comandos se unem em nome de uma melhor maneira de satisfazer as necessidades coletivas do povo.

Como se pode observar, discutir o federalismo significa dialogar com a pluralidade e com o associativismo. É conviver com as liberdades e os limites que são necessários à boa condução da atividade política das esferas que compõe a federação. Conjugando todos esses aspectos, o princípio federativo dialoga com a questão democrática. Como será visto nos próximos tópicos, há fortes ligações do federalismo com aquele sistema de governo, sendo um importante vetor de efetivação do sentimento democrático em uma nação. Sua descentralização político-jurídico-administrativa faz com que o povo esteja mais próximo dos centros de onde irradia o poder, permitindo maior facilidade de exercício das ferramentas democráticas e controle das instituições por parte da população.

## 5. PRINCÍPIO FEDERATIVO COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO: O PROBLEMA DA CONCENTRAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO NA HISTÓRIA

Após a queda do *ancien régime*, uma das principais preocupações das nações foi instalar um modelo de Estado que pudesse garantir os anseios fundamentais de sua população e, ao mesmo tempo, impedisse que a concentração de poder nas mãos de uma ou de poucas autoridades. Os abusos decorrentes das experiências absolutistas ou de outro governo que desprezasse o conceito democrático e de participação política da população nos rumos do Estado fizeram com que cada vez mais fossem pensadas fórmulas e instituições que determinassem as prerrogativas do Estado e, concomitantemente, limitassem sua autoridade sua autoridade por meio de procedimentos adotados e instituições criadas para esse objetivo.

Essa preocupação em delimitar as esferas do poder, promovendo uma repartição da autoridade estatal em diversos centros, persiste, na verdade, desde os tempos da Grécia antiga. Em suas ideias, Aristóteles já prescrevia que os grupos sociais deveriam participar dos destinos do seu governo, sem a inexistência de privilégios políticos entre eles, conferindo-lhe legitimidade e sustentação. Além disso, o poder do Estado deveria ser repartido em esferas

<sup>12</sup> ROCHA, Cármen Lucia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 172.

governamentais, cada uma com suas respectivas funções, pois achava injusto e perigoso que todo o poder ficasse concentrado plenamente em apenas um indivíduo<sup>13</sup>.

Essa concepção de repartição do poder governamental teve algumas modelações teóricas durante a Idade Média e Moderna<sup>14</sup>, até chegar a John Locke. Em sua obra, “Segundo tratado de governo civil”, escreve, em nome do pensamento liberal, a ideia de desconcentração do poder, já que o absolutismo arbitrário seria completamente incompatível com os anseios da sociedade. Para evitar esse autoritarismo supremo, imposta de forma concentrada, propõe regras protetivas dos cidadãos em relação à sua liberdade e propriedade. Proclamou também, que o poder deveria ser dividido em esferas independentes e outorgado a instituições distintas<sup>15</sup>.

Posteriormente, Montesquieu apresentou uma concepção de repartição dos poderes estatais que passaria a ser o marco para a organização dos Estados democráticos. Concebeu-se, pela primeira vez, a instituição de um sistema que, ao mesmo tempo, outorga funções estatais principais a uma determinada esfera e estabelecia a limitação desse poder por parte das outras esferas institucionais, também detentoras de tal prerrogativa. Surge, dessa forma, a ideia de limitação do poder pelo próprio poder, evitando-se a centralização autoritária em qualquer das esferas governamentais.

Para o pensador francês, não deveria haver uma espécie de conluio entre os poderes constituídos ou a concentração deles em uma só pessoa, pois isso corromperia as liberdades políticas do cidadão. Para evitar tal situação autoritária, ele partiu da premissa de um controle entre si das esferas, em que uma fiscalizasse as ações da outra. Além disso, seria prescrita a possibilidade legal de cada uma desconstituir os atos abusivos cometidos do outro poder. Na sua nomenclatura, cada um dos poderes estatais teria a “faculdade de estatuir”, que seria o direito de se auto-ordenar e corrigir o que foi ordenado por outro, e a “faculdade de impedir”, consistindo no direito de anular algo proclamado por outro<sup>16</sup>. Essa organização por ele pensada favoreceu o equilíbrio, a liberdade política e, em decorrência, a democratização das instituições, pois descentralizou o poder horizontalmente e impôs limites institucionais entre aqueles que o exercem.

O estabelecimento dessa repartição horizontal com a sistematização do controle de um poder pelo outro (*system of checks and balances*) fez com que as instituições governamentais do Estado se tornassem menos despóticas e autoritárias. Além disso, possibilitou que o indivíduo pudesse exercer seus direitos políticos e individuais de forma mais livre. A sociedade, por conseguinte, passou a ter segurança de que qualquer abuso cometido por parte daqueles que estivessem no exercício das funções estatais seria contornado pelo próprio Estado, através dos instrumentos legais de controle de um poder pelo outro.

Faltava apenas aproximar essas instâncias governamentais cada vez mais do povo, possibilitando que aqueles que estivessem mais distantes dos centros de discussão políticas do Estado pudessem ter mais visibilidade por parte dos governantes. Ao mesmo tempo, era preciso fazer com que o cidadão tivesse mais acesso aos órgãos políticos estatais e participasse, de alguma maneira, das decisões tomadas pelas esferas de governo (descentralização político-estatal). Nesse ponto, a repartição vertical do poder preconizada no princípio federativo possibilitou que houvesse uma aproximação do cidadão comum da administração estatal, principalmente quando se tratasse dos assuntos que fossem de maior interesse da comunidade.

13 ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Editora Escala, 2010, pp. 175-184.

14 Paulo Bonavides comenta que nesse intervalo após as ideias aristotélicas sobre a divisão de poderes, pontificaram Marsílio de Pádua, a Escola de Direito Natural e das Gentes, com Grócio, Pufendorf e Wolf, além de Bodin, Swift e Bolingbroke. Cada um, ao seu modo, defendeu a ideia de divisão das funções estatais em formatos parecidos ao que fora proclamado mais destacadamente por Locke e, depois, por Montesquieu (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 136).

15 LOCKE, John. *Segundo tratado de governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, S/D, pp. 72-75. Disponível em: [http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo\\_Tratado\\_Sobre\\_O\\_Governo.pdf](http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf). Acesso em 13 de setembro de 2019.

16 MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, pp. 166-170.

Em um Estado democrático, a forma federativa une as duas repartições de poder (horizontal e vertical), tornando-o mais limitado e dificultando sua concentração. As decisões políticas, tanto técnicas quanto pessoais, passaram a ser tomadas com mais transparência, reflexão e controle, pois cada ente federativo possui competências limitadas, havendo uma divisão no poder de domínio estatal dentro do seu território. A repartição rígida das competências em um Estado federal faz prevalecer a autonomia de cada ente federativo. Assim, em regra, qualquer das unidades, principalmente a detentora do poder central, não tem a possibilidade de anular ou usurpar, no todo ou em parte, as competências distribuídas constitucionalmente entre os entes menores<sup>17</sup>. A tentativa de interferência não autorizada constitucionalmente de um ente em relação ao outro pode gerar severas sanções para os detentores de poder naquela entidade.

Essa limitação de competências acaba tendo por consequência a necessidade de que cada ente federativo coopere com o outro na realização de determinadas funções, obstando, assim, a concentração do poder<sup>18</sup>. Aliado a isso, a participação dos Estados-membros nas decisões políticas da nação através dos seus órgãos de representação, como o Senado Federal, também confere o caráter limitativo de poder na forma federativa. Com isso, no federalismo, a busca pelo diálogo e equilíbrio entre os entes federados e os poderes constituídos é uma constante. Essa interação acontece em razão da presença dos instrumentos de repartição horizontal e vertical de poderes estatais, dificultando que haja a concentração de autoridade nas mãos de qualquer centro decisório estatal.

## 6. O FEDERALISMO E A FACILITAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS RUMOS DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL

Como afirmado, o federalismo assegura uma divisão interna de esferas governamentais, todas elas dotadas de instâncias governamentais próprias. Dispõem também de autonomia para gerir seu destino político na forma que lhe for conveniente, dentro dos limites traçados pela constituição. Tem-se, como resultado, uma porta aberta para a democratização das instâncias políticas àqueles que estão mais distantes do centro do poder estatal e para os integrantes das minorias sociais existentes naquele território<sup>19</sup>. Essa descentralização permite que o governo interno do Estado, devidamente instituído em razão do princípio federalista, possa acolher as demandas básicas daquela região ou daquele grupo social mais apartado ou inferior, de uma forma mais célere e mais eficiente. O cidadão periférico terá mais altivez em seus pleitos, em razão da proximidade que possui com o governo local. Isso o torna politicamente mais ativo, no que se refere à possibilidade de acesso aos cargos públicos eletivos de sua região, sendo talvez, o primeiro passo para uma futura postulação a um mandato na esfera central.

É bem provável, tendo em vista a centralização das instituições de poder em um único espaço físico, a população da periferia do país ou que vive mais distante do centro não participará da vida política da nação com tanta intensidade quanto seria desejável, como resultado dessa natural distância espacial entre o polo político e a localidade regional periférica. Além disso, as

17 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 125.

18 LAUFER, Heinz. Os princípios e a estrutura organizativa do ordenamento federativo. In: JUNG, Winfried (Diretor). *O federalismo na Alemanha*. Trad. Sperber S.C. Ltda. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, p. 36.

19 Para Rainer-Olaf Schultze o federalismo tem por missão o cumprimento de duas funções: a divisão do poder por meio da separação vertical, com a proteção das minorias através da autonomia territorial; a integração de comunidades heterônomas no que diz respeito à inclusão econômica, social e cultural. Observando-se esses objetivos do princípio federativo, infere-se de pronto que essa forma de Estado é a que mais se relaciona com a essência democrática, porque estabelece: a) seleção dos governantes por meio de mecanismos postos à disposição da população; b) limitação do poder para que se evitem o absolutismo e a tirania; c) concorrência entre os direitos da maioria com o respeito e a proteção aos das minorias (SCHULTZE, Rainer-Olaf. *Federalismo*. In: JUNG, Winfried (Diretor). *O federalismo na Alemanha*. Trad. Sperber S.C. Ltda. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, p. 15).

políticas públicas desenvolvidas pelo Estado poderão ter uma implementação mais demorada nos locais mais afastados. Será mais fácil e célere a realização das ações estatais nos grandes centros e localidades no entorno do núcleo decisório do Estado unitário do que nas regiões mais longínquas e menos desenvolvidas daquele país.

Por mais inovações que a tecnologia propicie no mundo atual, principalmente, os avanços nos sistemas de informática e de informações; que sejam pensados e instaurados instrumentos de participação política que mais aproximem o cidadão dos rumos decisórios da nação (como acontece nas experiências de governo eletrônico); a presença física de um órgão de decisão e execução de ações estatais mais próximo da população dá a sensação de maior efetividade na participação e resposta às suas demandas, pois o Estado estará mais próximo da realidade do povo.

Todas essas inovações que contribuam para a maior participação popular nos seus respectivos governos são salutares e positivas. Podem resultar, futuramente, numa espécie de democracia direta virtual, onde cada um, através de seu computador, poderá ser chamado a opinar sobre todos os assuntos de interesse da coletividade. Mas enquanto não se dispuser dessas ferramentas, é corrente a necessidade de uma descentralização vertical do poder, de modo a trazer o governo mais próximo da comunidade. Essa exigência é maior, quando se tratar de países com grandes dimensões territoriais, diversidade cultural e contrastes socioeconômicos.

Sob esses aspectos, o princípio federativo dá mais efetividade e potencializa os preceitos democráticos. A democracia é o regime político mais legítimo, pois se estrutura numa concepção organizativa de que o poder político é constituído, legitimado e controlado pelo povo (autogoverno e autodeterminação)<sup>20</sup>. Dentro de um conceito formal de titularidade de domínio, o Estado se organiza em um modelo cuja legitimação se dará pela vontade soberana do povo. Ele participará direta ou indiretamente, dos processos de organização do Estado e do governo, além de influenciar nos rumos e decisões que são tomados<sup>21</sup>. Traduz-se na exigência de um certo consenso em estabelecer as diretrizes da atividade estatal, da participação coletiva nos processos de decisão e no controle político e jurídico de seus representantes, minorando-se as traições os abusos que determinados governantes queiram estabelecer<sup>22</sup>.

Assim, quando se descentraliza o Estado verticalmente, com a formação de unidades territoriais internas autônomas de poder, dotadas de competências próprias para a realização das funções estatais, dá-se, em tese, a aproximação do governo com o povo. Assim, o cidadão que se encontra em um rincão territorial mais afastado terá diminuída a distância do poder, já que estará próximo do ente periférico ou regional, permitindo o que Iribure Júnior chama de “participação discursiva” da sociedade nas decisões políticas<sup>23</sup>. Com isso, suas demandas poderão ser satisfeitas mais rapidamente pela unidade governamental menor, desde que ela possua a competência constitucional para a realização de determinadas ações. Caso não possua, o governo local poderá levar os anseios daquela comunidade à unidade governamental de maior dimensão para que este possa realizar a ação solicitada.

O Estado federal tem a função de catalisar a participação política do indivíduo e, por consequência, a realização do fundamento democrático. Quanto mais próxima estiver dos centros de decisões políticas, mais a população participará do exercício do poder e mais

20 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 284.

21 Vânia Siciliano Aieta faz importante consideração, ao afirmar que o ideário democrático tem seus postulados inclusos na construção do conceito de bem comum. Enfatiza que a sua essência reside nas concepções de liberdade e da igualdade (AIETA, Vânia Siciliano. *Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 56-60). Essa afirmação da autora converge para os fundamentos do Estado federal, tendo em vista que, na sua formação se identificam também os preceitos de liberdade no que se refere à autonomia que cada ente federativo possui em relação aos outros e à igualdade que deve ser preservada, já que internamente não há hierarquia entre eles. Tomando por base essa afirmação, pode-se verificar a íntima relação que o federalismo possui com o fundamento democrático.

22 AIETA, Vânia Siciliano. *Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 76.

23 IRIBURE JÚNIOR, H. Uma reflexão crítica do constitucionalismo numa dimensão do modelo de Estado Democrático de Direito: tendências contemporâneas. *Direito e Desenvolvimento*, v. 10, n. 1, p. 192, 16 jul. 2019.

legitimará suas decisões<sup>24</sup>. A participação política do cidadão se faz mais presente em função da proximidade das sedes dos órgãos públicos deliberativos. Isso possibilita frequentar mais facilmente aqueles espaços, emitindo suas opiniões e insatisfações. Além disso, pode acompanhar a atuação de seus representantes, efetivando, nesse momento, a função fiscalizatória das ações e do desempenho do agente político (controle social). Viabiliza-se, assim, a perspectiva de que, no processo democrático, os líderes devem ser sensíveis e receptivos aos anseios legítimos dos liderados, pois nestes se concentra o controle dos atos dos seus representantes, devendo esse controle ser amplamente partilhado pelo povo<sup>25</sup>.

Em países de matriz federal esses instrumentos robustecem ainda mais, a democracia e participação popular, pois aproximam ainda mais as comunidades de seus respectivos governos. Os avanços tecnológicos e dos meios de comunicação, aliado ao desenvolvimento de instrumentos de participação popular na administração pública, aproximaram consideravelmente o povo de seus representantes políticos. Com eles, viabilizou-se a formatação de sistemas virtuais de controle das ações administrativas e de governo, principalmente, no que se refere aos gastos do Poder Público. Esses instrumentos possibilitarão até mesmo que pessoas de outra unidade federativa ou de localidades diversas daquela região venham a participar da vida política de determinado ente. Isto porque, apesar de cada um deles ser autônomo em suas competências, estão todos ligados pelo sentimento comum de unidade da nação. Com isso, a participação democrática se amplia, abrangendo as unidades federativas vizinhas ou de interesse comum ao que o cidadão pertença.

O federalismo propicia também a efetivação do princípio democrático no que se refere à possibilidade de haver um melhor conhecimento da realidade fática de cada setor da população que habita em determinada região. Por exemplo, um Estado de grandes dimensões territoriais provavelmente apresentará características regionais sociais, econômicas e culturais das mais diversas ordens. Dentro dessa conjuntura, terão mais facilidades de prover as ações estatais nas mais diversas comunidades aqueles governos que estão mais próximos da realidade de seu território, pois eles conhecem mais a fundo os problemas e as características de cada localidade, além de estarem mais próximos dos anseios demandados por sua população.

No caso de um Estado unitário, ter-se-á uma situação diametralmente oposta, pois, muitas vezes, o governo central não tem qualquer familiaridade com as várias características que envolvem o seu território. Outras vezes, não possui a habilidade necessária para lidar com aquele problema ou realidade identificada em uma determinada localidade periférica. Em consequência disso, pode acontecer um retardamento na solução dos problemas comunitários, ou mesmo, a utilização de uma política estatal errônea ou ineficaz para o caso.

Acredita-se que a efetivação do princípio democrático é o fim em si mesmo das aspirações sociais. Ele não se limita apenas ao aspecto da determinação da vontade política de uma nação através da livre consulta ou do chamamento de seus cidadãos ativos para deliberarem sobre algo ou escolherem seus representantes. A democracia se concretiza, também, quando o povo tem seus anseios devidamente satisfeitos pelos governos. Quando a vontade do povo não é respeitada a contento, ou mesmo quando as ações estatais não conseguem chegar ao seu destinatário final (que é o próprio povo); a democracia é lesada e perde um pouco de sua função, que é devolver à população aquilo que ela pleiteou aos órgãos do Estado e aos governantes.

No Estado federal há um maior exercício da democracia pela população. Isso ocorre, dentre outras coisas, porque ela será convocada para escolher uma quantidade mais elevada de representantes em eleições ou de poder vir mais vezes a se manifestar diretamente, em sufrágio, sobre a aprovação ou ratificação de leis (plebiscito e referendo). Em razão da existência de

24 ROCHA, Cármen Lucia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 173.

25 AIETA, Vânia Siciliano. *Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 90.

várias unidades federativas internas, cada uma com cargos públicos próprios eleitos pelo voto popular, haverá, na forma federal de Estado, um maior chamamento do povo para a escolha de seus representantes ou mesmo a convocação para consulta popular.

Nos países que proclamem a democracia como princípio constitucional de legitimação do poder do Estado, seja na forma representativa ou na direta, possivelmente a participação popular é maior no Federalismo. A razão é simples: nos países que adotam a forma federal, a quantidade de cargos políticos é superior ao número existente no Estado unitário. No primeiro, além de existir a eleição para escolha dos mandatários do governo central, haverá a necessidade de se escolher os representantes dos governos de cada ente federativo interno. Assim, quanto mais verticalizada for a federação em unidades regionais ou locais autônomas, mais escolhas dos seus representantes o povo deverá proceder. Ou seja, no federalismo, efetiva-se com mais intensidade aquilo que talvez seja o único momento em que muitos cidadãos de um país exercitam o princípio democrático: o direito ao voto para a escolha dos seus representantes.

Acrescente-se, ainda, que no federalismo, as unidades autônomas podem proclamar, em seus ordenamentos jurídicos, a necessidade de consultas populares sobre determinada matéria. Essa medida, em tese, permitirá o aumento desse tipo de convocação, se comparado ao Estado unitário. Desta forma, na teoria, a democracia estará mais solidificada na forma federativa que no modelo unitário, em razão do maior chamamento do povo para o exercício dos seus direitos políticos de escolha e deliberação direta sobre determinada matéria.

Mas essa visão do federalismo como um dos instrumentos efetivadores do fundamento democrático sofre questionamentos por parte de alguns autores. Para Michael Bothe, por exemplo, a afirmativa de que o federalismo proveria a democracia, em virtude da abertura de um plano adicional para a participação popular, deve ser vista com ressalva. Segundo ele, para que tal princípio democrático esteja presente na forma federal, exige-se a necessidade de conformação do ordenamento estatal com tais preceitos. Caso não seja verificada tal premissa, como ocorre em alguns países, haverá o fortalecimento do elemento burocrático na condução do Estado central, com a retirada dos poderes das unidades regionais, e por consequência, o enfraquecimento da participação democrática nos estados federados<sup>26</sup>.

Todavia, a argumentação do citado autor não pode ser considerada como um fator de desqualificação da forma federativa de Estado, em sua relação com o princípio democrático. Na verdade, seu comentário não se refere a um defeito do federalismo em relação à questão da democracia. Faz alusão apenas à ausência de instrumentos jurídico-normativos que possibilitem a concretização do federalismo em relação à autonomia dos entes internos e da consequente centralização das funções e competências no governo central. Realmente, a inexistência de mecanismos jurídicos que deem mais autonomia aos entes gera uma tendência centralizadora. Mas essa não é a regra dos Estados federais, mas sim uma exceção trazida pela incompletude de sua formalização. Essa falha origina uma verdadeira concentração de poder no governo central, similar ao que acontece nos Estados unitários.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das argumentações acima levantadas, considera-se que a efetividade de um federalismo democrático passa pela necessária disposição de um aparelhamento jurídico-político que possibilite a concretude daquele sistema. Para tanto, deve-se haver a distribuição constitucional de competências para os entes federativos, de forma organizada e compatível com as características e necessidades de cada um deles. É preciso também que haja o

<sup>26</sup> BOTHE, Michael. Federalismo: um conceito em transformação histórica. In: JUNG, Winfried (Diretor). *O federalismo na Alemanha*. Trad. Sperber S.C. Ltda. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, p. 10.

fortalecimento da autonomia daquelas entidades e da capacidade de obtenção dos recursos financeiros indispensáveis ao seu próprio financiamento, sem necessitar mendigar receitas de outros entes de maior dimensão. Finalmente, prover uma maior quantidade de mecanismos de participação e fiscalização popular da coisa pública, bem como a melhoria de efetividade, além de um núcleo eficaz de instrumentos de proteção às minorias, pois sem o respeito a elas, a democracia jamais terá sua plenitude. Da mesma forma, com a ausência de tais medidas políticas democráticas, não se terá um federalismo verdadeiro, capaz de compatibilizar e potencializar sua estrutura com os anseios de uma sociedade mais justa e participativa.

Assim, em regra, pode-se dizer que a forma federal fortalece o princípio democrático, sendo a recíproca verdadeira. Ocorrerá um casamento entre eles, verificando-se um complemento e um aprofundamento de seus institutos quando há a integralidade de suas aplicações. Com essa manifestação, haverá uma abertura maior para a discussão dos problemas existentes nas entidades federativas internas, além de aproximar o cidadão dos debates que envolvem os interesses daqueles entes.

Quando o Estado adota uma forma que permita descentralizar seu foco de decisões, deixando-o mais regionalizados e próximos da população, o princípio democrático se tornará mais efetivo. Isso possibilita que aqueles para o qual o sistema foi estruturado tenham maior acesso às políticas públicas e a resolução dos problemas, de maneira mais célere e eficaz. Dentro desse contexto, o federalismo possibilita que suas ações sejam mais concretizadas, em razão da descentralização territorial interna das estruturas de poder. A população, dessa forma, estará mais próxima dos centros de decisão política, com maior possibilidade de fazer pressão pelas demandas e, conseqüentemente, com uma superior probabilidade de resolução dos seus problemas.

Haverá uma aproximação dos governos com a vontade das bases. E essa é uma das maneiras de tornar mais efetivo o princípio democrático. A democracia participativa exige que sejam instalados processos que permitam à população ter mais acessibilidade e mais presença popular nos processos de decisão. Na forma federal, de uma maneira bem mais legítima que num Estado unitário (mesmo naqueles com uma maior descentralização), esses processos participativos estarão mais presentes, como resultado de todas essas justificativas que acima foram apresentadas.

## REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Editora Escala, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTHE, Michael. Federalismo: um conceito em transformação histórica. In. JUNG, Winfried (Diretor). **O federalismo na Alemanha**. Trad. Sperber S.C. Ltda. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995.

BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio; MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



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

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

IRIBURE JÚNIOR, H. Uma reflexão crítica do constitucionalismo numa dimensão do modelo de Estado Democrático de Direito: tendências contemporâneas. **Direito e Desenvolvimento**, v. 10, n. 1, p. 184-201, 16 jul. 2019.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LAUFER, Heinz. Os princípios e a estrutura organizativa do ordenamento federativo. In. JUNG, Winfried (Diretor). **O federalismo na Alemanha**. Trad. Sperber S.C. Ltda. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995.

LOCKE, John. **Segundo tratado de governo civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, S/D, pp. 72-75. Disponível em: [http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo\\_Tratado\\_Sobre\\_O\\_Governo.pdf](http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf). Acesso em 13 de setembro de 2019.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. **República e federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SCHULTZE, Rainer-Olaf. Federalismo. In. JUNG, Winfried (Diretor). **O federalismo na Alemanha**. Trad. Sperber S.C. Ltda. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

FROM STATE PLANNING TO PUBLIC CONTRACTING:  
A NECESSARY OPTION FOR SUSTAINABLE  
DEVELOPMENT

BRUNO GOMES BAHIA  
ANDRÉ RICARDO FONSECA DA SILVA

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019

## FROM STATE PLANNING TO PUBLIC CONTRACTING: A NECESSARY OPTION FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

### DO PLANEJAMENTO ESTATAL À CONTRATAÇÃO PÚBLICA: UMA NECESSÁRIA OPÇÃO PELO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Recebido: 04/11/2019  
Aprovado: 04/11/2019

Bruno Gomes Bahia<sup>1</sup>  
André Ricardo Fonseca da Silva<sup>2</sup>

#### ABSTRACT:

This article is about analyzing the state dynamics that goes from planning, through the public budget, to materialize with public procurement. Its focus is to find, in each of these institutes linked to the economic and financial order, its point of intersection with sustainable development, defended in the present work as one of the fundamental principles of the Republic, through the intertwining of arts. 1º, 3º, 170 and 225 of the Constitution. From this, it sheds some light on what is called sustainable public procurement, calling attention to the state purchasing power, which, because of the large volume of resources it moves, can be an important tool to induce and influence the market to a more sustainable behavior. Thus, recognizing the socio-environmental crisis suffered by the planet, it is intended to articulate forces to develop a culture oriented to reconcile the dimensions of sustainability, especially its economic, social and environmental aspects. Thus, adopting a qualitative research methodology of bibliographic review, it was concluded that, from planning to hiring, the State necessarily needs to opt for sustainable development, under penalty of aggravation of the socio-environmental crisis or even make the effort in sustainable public procurement mere initiatives in the field of public administration.

**Keywords:** Planning. Sustainable Public Procurement. Sustainable Development.

#### RESUMO:

Este artigo trata de analisar a dinâmica estatal que vai desde o planejamento, passando pelo orçamento público, até se concretizar com a contratação pública. Seu foco é encontrar, em cada um desses institutos ligados a ordem econômica e financeira, seu ponto de intersecção com o desenvolvimento sustentável, defendido, no presente trabalho, como um dos princípios fundamentais da República, mediante o entrelaçamento dos arts. 1º, 3º, 170 e 225 da Constituição. A partir disso, são lançadas algumas luzes no que se denomina de contratação pública sustentável, chamando atenção para o poder de compra estatal, o qual, em razão do grande volume de recursos que movimenta, pode ser uma importante ferramenta para induzir e influenciar o mercado a um comportamento mais sustentável. Assim, reconhecendo a crise socioambiental sofrida pelo planeta, pretende-se articular forças para que se desenvolva uma cultura orientada a conciliar as dimensões da sustentabilidade, notadamente seus aspectos econômicos, sociais e ambientais.

<sup>1</sup> MSc in Law and Development at University Center of João Pessoa - UNIPÊ (2019), Specialist in Public Law (2010), Specialist in Tax Law (2012), Specialist in Administrative Law (2015), Graduated in Law at UFBA (2010), member of the Agro-Environmental Extension Project and Public Lawyer. E-mail: bgomesbahia@yahoo.com.br

<sup>2</sup> PhD in Public Policies and Human Education (UERJ). Master in Legal Sciences (UFPB). Specialist in Municipal Law (UNIPE). Graduated in Law (UNIPE). Coordinator of the On-Theology Course at the Faculdade Internacional Cidade Viva-FICV. Permanent Professor of the Master in Law of UNIPE. Adjunct Professor of UNIPE Graduation. Editor-in-Chief of the Scientific Journal: Law and Development of PPGD / UNIPE (ISSN 2236-0859). E-mail: professor.andrefonseca@gmail.com

Assim, adotando uma metodologia de pesquisa qualitativa de revisão bibliográfica, concluiu-se que, desde o planejamento até a contratação, o Estado necessariamente precisa optar pelo desenvolvimento sustentável, sob pena de agravamento da crise socioambiental ou, ainda, de tornar o esforço em torno das contratações públicas sustentáveis meras iniciativas no âmbito da Administração Pública.

**Palavras-chave:** Planejamento. Contratação Pública Sustentável. Desenvolvimento Sustentável.

## 1. INTRODUCTION

The world is currently undergoing severe economic, social and environmental disturbances which, combined, have made us question the future-oriented development model.

In this sense, the environmental crisis issue is no longer hermetic and linked only to environmental problems. The issue is cross-sectional, connecting itself to other societal aspects and elements.

One can no longer say that a nation is developed when its ecosystem languishes, and the individual quality of life is threatened. A country cannot be considered rich if an abyss of social inequality stands among its citizens.

In Brazil, our Political Charter establishes, in its 3<sup>rd</sup> article, that goals of our Republic are the construction of a free, just and solidary society which guarantees, in addition to that, national development, the eradication of poverty and the reduction of social and regional inequality.

Linked to these purposes, the Constitutional Congress, in article 225, has shown that, as a pathway to development, everyone has the right to a ecologically balanced environment, crucial to a healthy quality of life, being a duty of the public authorities and the collectivity to defend and preserve it for the present and future generations.

Besides, in observance of the section on economic and financial order and considering the aforementioned State duties and ethic objectives, there's nothing more evident than demanding from it a necessarily planned performance, as exactly stated on article 174.

Given these points, the purpose with the present article is to verify if the economic and financial order from the 1988 Constitution, beginning with the activity of state planning up to its accomplishment – with public contracting – would be necessarily linked to a road leading to sustainable development.

For this purpose, it is necessary to inform that the choice of planning and public contracting institutes was not random. It concerns two extremes of state dynamics, in which the first deals with generic and abstract actions, geared towards establishing aims and broad objectives for the State. The second, in turn, reveals itself as one of the most concrete acts of the Public Administration, having in its ultimate extent, the goal of accomplishing effectively and positively the planning set before.

In this desideratum, this article had as a first objective expounding on the evolution of the concept of economic development, going through the study of sustainable development dimensions to an analysis of state planning and public contracting, with reference to the evaluative and axiological directives of the 1988 Constitution.

Furthermore, concerning the methodology, qualitative researching was adopted, through a technique of bibliographical theme revision, in a clear intent to link sustainable development, State planning and public contracting.

Finally, the present article is divided into five topics, in which the first and the last deal with the introduction and final considerations, respectively. The second concerns the principle of sustainable development in the 1988 financial and economic order, while the third examines state planning and its connection to development, and the fourth focuses in public contracting from a perspective of sustainability.

## **2. SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN THE 1988 FINANCIAL AND ECONOMIC ORDER.**

This topic is justified by the need of analyzing the grounds and origins of development, notably its breaking away from an ideal of exclusively economic development until what is currently known as sustainable development.

From there, an evaluation of the very postulate of sustainability from the standpoint of the Federal Constitution is intended, especially in the title relating to Economic and Financial Order, thereby laying ground for the study of state planning and public contracting.

### **2.1 From growth to development**

According to Miranda (2018), up until the half of the past century, development has been synonymous with economic growth, in which the main way of attaining it would be through the accomplishment of progress. This led governments to put faith in politics and actions geared toward intensive use of resources to increase production and wealth, by creating industries and fostering consumption.

In this sense, countless transformations have managed to mark the mentioned period, especially due to a surge in conscientization that begun to question this growth model, based, so far, in the irrational and unsustainable increase in production and consumption. Environmental disasters and catastrophes revealed mankind's inability in managing such exploitation of natural and social resources, drawing attention to the plight suffered by the planet.

From there, Varela (2003) explains that the confrontation with the environmental crisis has sparked a standoff between Northern and Southern countries. The former, remarking the loss of its populations' quality of life, became proponents of a global pact in defense of the environment. The latter, however, still suffering from severe social problems, demand the right to development as a case for searching economic growth.

On this matter, Granziera (2014, p. 36) reveals that the shock of interests was so intense that Southern countries have formally disavowed any action that might impede its growth, "even if it meant having to cope with environmental problems."

On the other hand, movements such as the Rome Club (1968), the Stockholm Conference (1972), the Brundtland Report (1987), ECO-92, the Millennium Declaration (2000), RIO+10 and the United Nations Summit (2015) have been of significant importance in questioning and making a stand against the then-current model, creating a split between the concepts of growth and development.

The international community, in its turn, began demanding a paradigm shift, in a way that development would no longer be measured and linked only to strictly economic criteria, claiming a multidimensional amalgamation with social and environmental aspects.

Following such trend, the right to development begins to lose ground in the realm of International Economics while gaining, at the same time, relevance in International Environmental Law. This made the growing decay of the planet become a matter of concern to all, no longer representing an economic conflict between North and South (VARELLA, 2003, p. 31).

Corroborating with this analysis, Milaré (2014) clarifies that the myth of mere growth is being increasingly (albeit slowly) reconsidered by society, scanning for alternative measures able to conciliate full development, environmental preservation and quality of life improvement.

Following this rationale, Nusdeo (2002) advocates the need of imposing a conceptual distinction between growth and development. The latter, apropos, would be deeper than the former, revealing itself as a pathway or passage, composed by many steps, starting from a state of underdevelopment to attain a “developed” status. In this desideratum, development is linked to structural modifications not only of economic, but also environmental and social nature.

In addition, to the author growth concerns solely the availability of goods and services, without effectively implying structural and qualitative change in a nation. This would represent, therefore, “an upsurge, a cycle, and not a stable process.” (NUSDEO, 2002, p. 19)

Development, effectively, is more complex, accounting for ideas of wellbeing, life conditions improvement, freedom, acquisition of human capacities, wealth distribution, poverty reduction, plurality, environmental protection, HDI, among others. (FEITOSA, 2013).

Feitosa (2013), with this outline, sums up this conceptual shift from growth to development given an inflection of economic into law. According to the author, this trajectory begins with the illuminist ideal of progress, going through the understanding of growth as a durable, accumulative and speculative strategy, arriving at the present concept of development, “considered as a plural inclusion and capacity recuperation process, which guarantees and (is) guaranteed by rights” (FEITOSA, 2013, P. 177).

Therefore, from this context and this conceptual shift the definition of economic development takes form, attaching itself to new aspects, notably social and environmental ones, creating the idea of sustainable development, which is the subject of the next topic.

## 2.2 Sustainable development: environmental, social and economic dimensions

After its origins on the narrow definition of economic growth, sustainable development undergoes a conceptual evolution, relating to other aspects of life and society, and gaining notoriety with the Brundtland Report (Our Common Future), elaborated by the United Nations World Commission on Environment and Development.

According to the mentioned document, sustainable development is that “which allows the present generation to satisfy its needs, without compromising other generations’ satisfaction of their own.” (BRUNDTLAND COMMISSION, 1991, p. 46)

Such definition, although criticized by many authors (such as Arthur Lyon Dahl, Reinaldo Dias, Amartya Sen, Maria Helena Martins Brasileiro, and others), had an important role in publicizing the debate on the matter, drawing attention, in its’ first moments, to the search for balance between economic development and environmental preservation. (MIRANDA, 2018)

Further on, the discussion concerning sustainable development has attained greater breadth and cross-sectionality, evoking Human Rights as well. According to Granziera (2014), the Rio/92 Declaration, for instance, has set a close relation between poverty and environmental

decay, in a such way that one can only speak of a healthy environment if social rights are considered as well.

It is exactly on this expansion and broadening that Feitosa (2013) explains that it was exactly because of the collapse of the market's deregulating structures, the worsening of the environmental crisis and the greater awareness of the dangers of inequality, that the concept of sustainable growth detaches itself from a merely environmental standpoint to embrace human and social aspects.

With this, sustainable development is then understood in a way aiming at conciliating social, environmental and economic dimensions, forming the so-called the tripe bottom line. (MIRANDA, 2018)

Under such a perspective, Mendonça (2018), emphasizing the environmental dimension, explains that in this task of balancing, the promotion of sustainable development is related to the search for sustainable patterns of consumption and production. Its purpose should head towards an increase in the efficiency of energy usage with the goal of reducing the pressure on the environment, as well as pollution and the depletion of natural resources, given that the current model places the very survival of mankind at risk.

Freitas (2019, p. 74), following this trend, warns that "there can be no worthy longevity in a degraded environment" and that "there can't even be human life with no careful protection of environmental sustainability", as "either the quality of the environment must be protected or there will simply be no future for our species".

From the standpoint of the economic dimension, sustainability poses a double challenge, as stated by Cruz and Ferrer (2015): on one hand, there's the intention of increasing wealth generation in an environmentally sustainable way and, on the other, finding mechanisms for its fair distribution. Some measures refer to these purposes, such as the need to invest in "green" technology sectors and in renewable energy sources, prohibiting abusive and unsustainable practices, as well as having in mind a new model for generation of wealth, away from classic consumerist patterns.

Freitas (2019, p. 75), in this way, explains that the economic dimension of sustainability cannot be detached from rationality and the measurement of ecosystemic consequences. That is, transactions must deal directly with externalities in order to repress dysfunctions, reducing waste and promoting robust investments in educational improvement, increasing individual income, "in a cost-benefit equation that leans towards positive externalities".

From the social dimension standpoint, however, sustainable development is linked, more intensely, to the principle of human dignity, in a way that, according Freitas (2019, p. 65), "an excluding, insensible and inequitable development model cannot be tolerated".

In this phase, the task at hand is aligning the exercise of fundamental rights with the formulation of public policies that can effectively reduce poverty and inequality, without implicating a mere growth process, dissociated from environmental protection.

Such dimensions, as observed by the author, are entangled, as they are not a mere union of sparse characteristics, but of articulated and systematized aspects, in a mutual and complex relationship between individuals, as well as between them and the planet.

Therefore, it is from this study of sustainability dimensions that the importance of discussing whether Brazil is observing, through its Political Charter, environmental and social problems, becomes clear. That given, it is essential to analyze if the Economical and Financial Order established by the 1988 Constitution is aligned with sustainable development, a relation that will be addressed in the following subtopic.

### 2.3 An economic and financial order geared toward sustainable development

With the unveiling of the origins and dimensions of sustainable development, it is now suitable to investigate if the Constitution, specially in its 7<sup>th</sup> title, concerning the economic and financial order, has embraced sustainability as an orienting vector of state activity, which will allow us to lay the ground for the analysis of our following topics.

Indeed, article 1, clause III of the Constitution already stated its first sign of favoring sustainability, by funding the Democratic Rule of Law in the dignity of the human person. In this continuous act, article 3 states the fundamental objectives of the Republic, highlighting, among them, the making of a free, just, and solidary society, which can uphold national development, eradicate poverty and reduce social and regional inequalities.

Following this line of thought one may say that the referred article is a synthesis of all dimensions of sustainable development. After all, it would not be possible to plan for a just society if economic activity is detached from the reduction of poverty and environmental problems.

Moreover, a nation cannot be classified as developed if there linger social and regional inequalities among its citizens. There won't be quality of life if the ecosystem languishes. There is no possibility in sight to ensure national development should human dignity and a solidary society not be ensured as well.

Therefore, it is possible to affirm that the Constitution, through a simple interpretation of its fundamental principles, as expressed in its first and fourth articles, is committed to sustainable development. Such an inference, it should be said, is quite relevant, since it is usual for the interpreter, while analyzing the constitutional section on economic and financial order, to make a narrow and non-systematized rendition, forgetting the foundations and objectives.

From the article 170, dealing with general principles of economic activity, the Constitution did not forget its' founding goals by stating in its beginning that the purpose of economic activity is ensuring a dignified existence to all, as demanded by social justice.

Besides, clauses VI and VII highlight the status the Constitution grants to sustainable development, explicitly indicating that the economic order should observe environmental protection and the reduction of social and regional inequalities.

This circumstance, consequently, reveals the concern of the founding constitutional congress in correcting the mistakes of an economic model that ignores biological, physical and chemical limitations of the ecosystem. (PAIVA JÚNIOR, 2018)

With this desideratum, article 225, although concerning matters outside the section of economic order, attaches itself, in a systematical and teleological way, to the beginning and clause VI of article 170, establishing that everyone has the right to an ecologically balanced environment that ensures a healthy quality of life, imposing to the public authorities and the collectivity the duty to defend and preserve it for the present and future generations.

Paiva Júnior (2018, p. 115), in this sense, states that "if the economic order is geared towards the accomplishment of a dignified existence and social justice, its practice cannot result in the reduction of the population's quality of life", being necessary, therefore, to strive for balance among the dimensions of sustainable development.

Freitas (2019), in a study on the constitutional value of sustainable, explains that the systematic topic intertwining of articles 3, 170, VI and 225 of the Charter is exactly what adamantly determines the orientation of the Brazilian State, along with its economic and financial order, towards continuous and lasting development, able to reduce inequality; in other words, sustainable development.



Corroborating this understanding, Silva (2004, p. 63) highlights that the constitutional section on Economic Order shows that the national wealth and production goods should be compatible “with the attainment of quality of life throughout the entire population, considering the perspective of working in equitable conditions with other social strata.” The author, furthermore, concludes that, in order to make this possible, state action should be guided by the fundamental principle of national development.

Additionally, he states that “the entire constitutional order, concerning Section VII of the Economic Order, was conceived and constitutionally structured in order to make national development possible”, seeking to accomplish the fundamental tenets of the Republic. (SILVA, 2004, p. 63) Here, however, we have made a small addendum to Silva’s thinking, given that, as explained before by Freitas, such national development can only be the sustainable one.

Adri (2007, p. 91), while analyzing the matter, advocates that the entire constitutional corpus “shows that economic order and the State can only have their *raison d’être* in serving the human being, its citizens, and not the other way around.”

In this way, development and, consequently, the constitutional economic order, observed by a strictly economic perspective, ignoring dignity, life quality and environmental balance tenets, would have no legitimacy to accomplish the founding goals of the Republic, especially considering articles 1, III and 3.

Vieira (2010), on this matter, explains that the telos of economic order is to ensure a dignified existence to all, as dictated by social justice, observing environmental protection (beginning and clause Vi of article 170), it is therefore an objective of an ecologically balanced environment and essential to a healthy quality of life.

Finally, the referred author concludes that, through a contextualized analysis, the constitutional economic system brings forth, “in an irreversible and uncontestable way, the sustainable development model is the preferred one by systematical interpretation of the norms stated in articles 170 and 225”. (VIEIRA, 2010, p. 11)

Therefore, considering the foregoing, it is possible to affirm that sustainable development is more than compatible with economic and financial order, it is the orientation vector to be sought by the Brazilian state. As such, there is no possibility for development that is not in line with the multidimensionality of sustainability, conciliating the complex environmental, social and economic aspects.

### 3. STATE PLANNING

Considering the prior investigation had as its goal demonstrating the necessary option by the constitutional congress for sustainable development, the present topic intends to analyze one of these economic and financial order institutes, namely state planning.

Therefore, some preliminary general observations will be made concerning its historical evolution, definition and nature, in the scope of the Brazilian legal system. Afterwards, it is intended to relate development to planning, with greater attention in connecting the matter with public contracting.

#### 3.1 Historical evolution, concept and juridical nature

It is curious to observe that the Brazilian state planning is a relatively young matter to be treated in the constitutional corpus. Cardoso Júnior (2011) notes that from 1889 (the First

Republic) to 1930 there was no state planning, with complete omissions of the then-effective Constitutions about the subject.

Afterwards, in the period between 1933 and 1955, known as the Vargas Era, Brazil lived the period of Non-Systemic Planning, marked by the SALTE Plan, which aimed to answer an industrialization context, by creating the first state companies (such as Petrobras, BNDE and Vale do Rio Doce).

From 1956 to 1964, the author points that the country pursued Discretionary Planning, which had a more present and lasting character, albeit freely adopted by the incumbent. This period was marked by developmentalism and the 31 Goals Plan of Juscelino Kubitschek. From 1964 to 1979, during the military regime, Planning became technocratic and bureaucratic, when the government assumed everything could be solved by the know-how conceived by its authoritarian bureaucrats. In this period the Superior School of War (Escola Superior de Guerra) was created and the PAEG (Government Economic Action Program – Programa de Ação Econômica do Governo) and the second PND (National Development Plan – Plano Nacional do Desenvolvimento).

From 1980 to 1989, the referred author defines the moment of planning as a series of attempts to implement stabilization plans, given that in the redemocratization period there were attempts to implement plans Cruzado (1986), Bresser (1987), Verão (1988) and Mailson (1989), which were, in their turn, not successful as promised. However, from 1990, an year marked by democratic consolidation and managerial reforms in the state, the scholar notes that since 1994, with plan Real, state planning was marked, effectively, by its stabilization plans, especially with the obligatoriness of the public authorities to elaborate, every 4 years, pluriannual plans.

After the very idea of planning having evolved throughout Brazilian history, the 1988 Constitution has addressed it in the economic and financial order section, especially in article 174.

Art. 174. As a normative agent and regulator of economic activity, the State will exercise, as written in law, the functions of surveillance, stimulation and planning, the latter being determinant for the public sector and advisory for the private sector.

§ 1º The law will establish the directives and grounds of the planning of balanced national development, which will incorporate and make the national and regional developments plans compatible.

Hence, it became a subject of greater study by the doctrine. Meirelles (2014, p. 844), for instance, defines planning as the “study and establishing of directives and goals that will orient government action, through a general government plan (...)”

Grau (2006), in the same vein, states that planning is a rational action characterized by the signaling of future social and economic behaviors, with goal-making and the setting of coordinated means of action.

By such definition, the scholar (2006) advocates that the nature of planning is not intervention, but a technique or rational action method that aims to qualify state intervention. Such line of thought however, is not unanimous, with the opposing argument that with article 174 itself the constitutional congress intended to characterize planning as one the intervention forms. According to Adri, the legal corpus does not confer to the mentioned institute a generic idea of a technical act of mere administrative and financial act. His position follows:

It does not suit dynamism and efficacy that the juridical order confers planning the idea that it is a technical act void of ideological content, being granted, solely, the nature of

administrative and public-resource financial action, with no interference or association with social control and demands, which would result in its neutrality (...)

Planning presupposes political action with its own purpose and dynamizing status, which assimilates the diversity of choices facing certain objectives as identified by standards chosen by society. (ADRI, 2007, p. 123)

However, for the purposes of the present article, the definition of Eros Roberto Grau will be adopted, since, for us, planning is a mean of the State to achieve sustainable development. It does not seem possible to intervene in economy with the purpose of planning for the sake of it, as an end on itself. The activity of planning does not derive from Law, but from other sciences, such as Economy, Political Science, Statistics, Accounting and many others, which seek to establish techniques and methods so that the public authorities can, prior to intervention, rationally outline practicable goals.

Besides, from such conception, planning becomes the directive vector of the entire Administration, spreading it across the state structure, avoiding its distance from reality and the administrative routine, in a way to encourage the public manager to adopt a more professional and managerial performance, closer to the State goals and objectives.

Furthermore, as warned by Marrara (2011), from adopting this definition, the theme of planning is no longer linked to an ideological discussion between economic liberals and socialists, given that its conception is primarily technical, inasmuch the State cannot profit from disorganization, randomness and inefficiency in the achievement of its public policies.

Thus planning can be understood as a technique or method that allows the State, in rational, systematized and cross-sectional action, to project goals and objectives geared towards formulating public policies that, necessarily, pursue sustainable development, a theme that will be further described in the next topic.

### **3.2 State planning: a necessary option for the sustainable development of the Brazilian state**

As described, state planning was considered in the economic and financial order, specially in article 174 of the Constitution. However, the provision represents solely the opening of the debate, since the act of planning is found throughout the entire constitutional text and, as intended to be demonstrated here, the entire Charter is oriented towards sustainable development.

Anyway, the starting point will necessarily be article 174. In its beginning, it is written that “As a normative agent and regulator of economic activity, the State will exercise, as written in law, the functions of surveillance, stimulation and planning, the latter being determinant for the public sector and advisory for the private sector.”

According to Silva (2004), by reading the referred provision, the Constitution has listed two roles of state intervention: normative and regulating agent, along with the three functions to carry them out: surveillance, stimulation and planning. Here, four relevant observations should be made.

The first one is that the State, by exercising its planning function, has the objective of qualifying and rationalizing the interventive roles of the State, either as a normative agent or as a regulator of economic activity, which indicates the appropriateness of the concept by Eros Roberto Grau.

Secondly, to the author (SILVA, 2004, p. 105) although the Constitution has declared that surveillance, stimulation and planning functions will be exercised as written in law,

“by foreseeing the determining character of planning to the public sector, the constitutional congress has vested the norm of article 174 with a self-executing character.

Thirdly, when the text informs that the act of planning is determinant for the public sector and advisory for the private sector, it means that the State may suggest goals and ways, to which he will be attached and must therefore strive to enforce them; it, however, may not coerce them in any way from the private initiative. (TAVARES, 2011)

Besides, the public authorities may create mechanisms and incentives so that the private agent may collaborate with its planning, but always voluntarily, given that the principle of free initiative is also a constitutional tenet.

In a fourth commentary on the beginning of article 174, Tavares (2011) explains that some scholars, such as Miguel Reale and Oscar Dias Corrêa, distinguish planning from planification. While the former is advisory to the private sector, planification is compulsory and enforceable on the entire collectivity, as experienced in the former USSR.

Now, heading for § 1 of article 174, the true intention of the constitutional congress is revealed, that being: planning must be geared towards sustainable development. According to the provision, “the law will establish directives and grounds for planning the national balanced development, which will incorporate and make compatible regional and national development plans”.

Grau (2006), while commenting the text, argues that § 1 has the purpose of defining and qualifying planning as addressed in the beginning of article 174. Thus, the state will not exercise a function of planning whatever or indiscriminately planning, but of planning “balanced national development”, which, as explained by Freitas, can only be sustainable development:

Sustainability is, in the Brazilian legal system, among its values, one of constitutional magnitude. Furthermore, it is a “supreme value”, when interpreting the Charter as an instrument of long-term social and biological balance.

It is easy to justify: from the introductory statement of the Constitution, development stands out as one of the “supreme values”. Which development, may we ask? It cannot be that of the imperious and nature-degrading anthropocentric view, nor that of the insensibility typical of parasitic relations. It is sustainable development, or preferably, sustainability, that appears as a supreme value (FREITAS, 2019, p. 121)

Supporting this, Adri (2007, p. 142) also holds that “not any political provision will answer this demand from the constitutional text, but planning geared towards (sustainable) development”, which presupposes an articulation of interests guided towards conciliating economic (wealth production), social (wealth distribution) and environmental (importance to healthy quality of life) factors.

Further in this context, Silva (2004, p. 112) comparing the French and Italian experiences, explains that the Brazilian development model “seeks, precisely, the diminishing of local, regional and national differences”, since the Federative Republic of Brazil has the ontological and inexcusable duty of ensuring development.

In this view, the public authorities have the moral and legal duty of executing its plan and adopting every providence necessary to its execution, but from the decision to plan, going especially through the (content) elaboration phase, up to its implementation, planning must be oriented towards sustainable development.

That is, fundamental principles, chartered in human dignity, in the making of a just, free and solidary society, in the eradication of poverty and the goal of reducing regional and social inequalities, are the gravitational center of planning.

From there, every other sphere relating to planning will be necessarily linked to thinking and obliging the duty of sustainability, considering the evident intertwining of articles 3, 170 and 225 of the Constitution.

For instance, when discussing urban planning, article 182 establishes the duty of the state to order urban policy to “the full development of the city’s social functions and ensuring its inhabitants wellbeing”. That said, there’s a clear link with the aforementioned provisions, in a way that observing the city’s social function and ensuring wellbeing is a matter inexcusably linked to sustainable development, in an indicative task of conciliating the social, economic and environmental instances.

In the same way, in thinking economic planning one cannot forget article 170, which is based in the cherishing of human labor and in free initiative, having as a goal ensuring a dignified existence to all, as demanded by social justice, observing furthermore, environmental protection.

Similarly, by mentioning the planning of the national financing system, article 192 of the Charter states that it will be “structured so as to promote balanced development in the country and serving the collective interests”.

If one considers furthermore the educational planning, article 205 states that education “will be promoted and fostered with societal collaboration, seeking full personal development, its preparation to the exercise of citizenship and qualification for work”, associating itself clearly with articles 3, 170 and 225 of the Constitution, given that there will be no quality education if no heed is paid, respectively, to the diminishing of inequality, respect to social norms and healthy quality of life (with a balanced environment).

The same happens with scientific and technological planning and innovation, given that articles 218 and 219 set the state duty to relate them to the “country’s cultural and socioeconomic development, along with the population’s wellbeing and national technologic autonomy”, which, combined, represent the dimensions of sustainable development.

The state budgetary and financial planning of the state will be directed towards sustainability as well; the theme, however, due to its strong connection to public contracting, will be addressed in the next topic.

Anyhow, what is evident is the clear and explicit constitutional will in directing state planning, along with all its correlated matters, to sustainable development, thus guided to the ethical environmental duty, the purpose of ensuring everyone a dignified existence, the eradication of poverty and the diminishing of inequality.

### **3.3 Budgetary and financial planning: paving the way to sustainable public contracting**

Given that economic and financial order, as well as its institute of state planning, follows the way of sustainable development, it must, coherently, be observing in budgetary planning.

From it, the analysis on financial resource allocation, intended to attain the public policies planned by the state, proves to be of the utmost importance.

As observed by Leite (2017), initially the budget was considered to be a mere accounting piece, detached from the idea of planning, with no goal or objective setting. Hence there was no concern with the true needs of the collectivity. In evolving, discussion began on the budget-program model, adopted in Brazil, by which the resource allocation is linked to the objectives, goals and projects of the state plan.

Pereira (2008), on the other hand, argues that the environmental crisis and social problems experienced by the planet demand another evolution, pursuing the so-called “sustainable budget”. With this, it was initially suggested greater investment in personnel improvement (obviously geared towards sustainability) so that there is greater quality in control and evaluation of public expenses. For him, any budgetary destination should be considered in a holistic and integrated way, as performing isolated expenses, without considering the whole (especially its externalities).

Pereira’s viewpoint is an interesting one, as the constitutional order would allow such an evolution and budgetary planning, needing only a paradigm shift; not that it is an easy or simple task, especially in the political field, engaging the incumbents, responsible for drafting the budget, in a mindset centered around sustainability.

In Brazil, the budget is expressed, in general terms, in three budgetary laws: the Pluriannual Plan (PPA), the Budgetary Directives Law (Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO) and the Annual Budgetary Law (Lei Orçamentária Annual - LOA).

Indeed, the PPA represents long-term strategical planning, elaborated every 4 years (non-coinciding with the presidential mandate), establishing, in generic terms, the goals and objectives of the Administration for capital expenses (relating to investments). The LDO, on the other hand, is short term strategic planning, representing a link between PPA and LOA, establishing, in a summarized way, goals and priorities to the Administration, on top of the financial stimulation agencies application policy (e.g. BNDES, Caixa and Banco do Brasil), LOA, in turn, is the budgetary piece that foresees revenues and sets the expenses of the following accounting period, as guided by the PPA and LDO.

Moreover, they are all linked to article 174, § 1 of the Constitution. Therefore, budgetary planning is tasked with making the national and regional development plans compatible, as, pursuant to article 165, § 4, these plans will be elaborated in accord with the PPA.

In addition, § 7 of article 165 meets all that is advocated in this study, since the LOA will have among its functions that of “diminishing interregional inequalities”, thus linking itself to article 3 of the Constitution.

In other words, the attainment of fundamental principles of the Republic do not escape the public budget. Plans and programs, along with their expression in budgetary laws, are not an end in themselves. They are means of attaining human dignity, of building a just society, of ensuring a healthy quality of life (with a balanced ecosystem), bent on diminishing inequality.

From there, one may say that an ineffective allocation of resources in programs and actions seeking to accomplish the environmental ethical duty of ensuring an ecologically balanced environment or having the purpose of diminishing social inequalities, would result in standing against the very fundamental principles chartered in the Constitution.

The budget has, therefore, as a mean of making public policies possible, the duty to seek sustainable development and, as observed by Pereira, the analysis of public expense demands a holistic approach, that may integrate social, environmental and economic dimensions.

All things considered; budgetary planning is the strongest link of public contracting. As stated in article 165, § 10 of the Charter, “the Public Administration has the duty of executing budgetary programs, adopting the necessary means and measures, with the goal of ensuring the effective provision of goods and services to society.”

Additionally, one of the ways by which the public authorities may deliver goods and services to society is through public tenders and contracts. Here, one may say, the broad goals and objectives of the State (planning) are joined with the concrete actions meant for the collectivity in the effective acquisition of goods and services.

It is in this moment that the two extremes of this complex, interdependent state dynamic are linked, with planning on one end and public contracting on the other, the latter being the most tangible way of concretizing the policies and plans established by the Brazilian state.

Given this, if the starting point is an approach of the economical and financial order in a sustainable manner, the following step is that state planning and, consequently, its budgetary plan, be oriented towards attaining sustainable development. Therefore, concrete action, materialized in public purchases, should also gravitate around such provision, which has been currently referred to as sustainable public contracting.

#### **4. SUSTAINABLE PUBLIC CONTRACTING**

From understanding state planning as a mean by which the public authorities elaborate their most broad and general goals and objectives, the public contract is, in its turn, one the used tools for the State to concretize and achieve its plan.

Therefore, as we have already covered in the course of planning, the present topic is justified in order to analyze the other end of this dynamic, also linked to sustainable development, hence currently known as sustainable public contracting (or Sustainable Public Tender or Green Public Tender)

##### **4.1 A new administrative law and sustainable public contracting, a renewed form**

Initially, it is necessary to understand that by thinking sustainable public contracting one speaks of renewed Administrative Law, in which traditional institutes are hence intensely associated with the value of sustainability.

In the words of Freitas (2019), even strict legality, the bulwark of the most basic Administrative Law coursebook, is now associated with sustainability and reappears as a duty of critical observance of norms, setting aside the “all or nothing” discourse, making its interpretation closer to that of the values of the 1988 Political Charter. Henceforth, the public interest itself is not necessarily revealed as an objective of tending the administrative machinery, but the interests of present and future generations.

According to the aforementioned scholar, this new Administrative law has sustainable development as a booster for state dynamics, crossed by new values, with a holistic approach and participative stake holding, in lieu of constricting bureaucracy, power centralization, authority cult and patrimonialism.

Confirming this new tendency, Moreira (2017, p. 18) explains that the conventional standards which regulate the public sector are normally elaborated and executed under static conditions, not considering the relevance of these new changes in the way of governance or the performance of public services. With that, “the new Public Law intends to harmonize state conduct with the changes and vicissitudes of current society”, coming closer to “constitutional demands, fundamental principles and rights”.

This is justified not only by all the international outcry warning about the risks of the current societal model, founded in unsustainable patterns of consumption and production, but also by values chartered in the Constitution, especially, by the already mentioned intertwining of human dignity and articles 3, 170 and 225.

That considered, the State may not excuse itself from fulfilling its environmental and ethical duty, being up to it the preservation and protection of a ecologically balanced environment, which is in turn essential for the healthy quality of life of present and future generations. This task cannot be performed without seeking an economical order which ensures a dignified existence to all, geared towards the construction of a free, just and solidary society.

Consequently, the Administrative Law cannot be without this constitutional essence, notably its fundamental principles. And, being so, all its institutes demand a new perception, including Public Tenders.

Freitas (2011), in this line of thought, defines the so-named Sustainable Public Tender as an administrative procedure that, with equality and the effective search for sustainable development, seeks the selection of the most advantageous proposal to the Administration, while reckoning, with utmost objectivity, the cost and social, economic and environmental benefits.

It is in this context that the infra-constitutional lawmakers have promoted a change in article 3 of law 8.666/83, including the promotion of national sustainable development as one of the goals of public contracting.

Art. 3 Public tenders are intended for ensuring the observance of the constitutional principle of equality, the selection of the most advantageous proposal to the Administration and the promotion of sustainable national development, and it will be processed and judged in strict accordance to the basic principles of legality, impersonality, morality, equality, publicity, administrative integrity, entailment to the calling instrument, objective judgement and those related (as written in law 12.349, 2010)

Cherishing the aforementioned legal change, Furtado (2017, p .32) explains that the reformed provision has attained the very object sought by the State, which “started to contain elements which do not strictly relate to the utility that the good or service will provide to the Administration, but to the effects by which their purchase will favor Brazilian society”.

It was for no other reason that the law 12.305 of 2010, in instituting the National Policy on Solid Waste, defined that, in article 7, clause XI, one of its objectives is that governmental contracting prioritize the purchase of recyclable products and goods and services considered compatible with patterns of social consumption and environmental sustainability.

Art. 7 The objectives of the National Policy on Solid Waste are:  
 XI – prioritization, in governmental purchases and contracting, of:  
 a) recycled and recyclable products.  
 b) goods, services and works considered to be compatible with patterns of social consumption and environmental sustainability.

Following this trend, in the federal sphere, the President of the Republic has edited Decree 7746 of 2012, to establish criteria and practices for the promotion of sustainable development in Public Administration contracting.

Theme was further elaborated in non-statutory legislation, having the Ministry of Planning (currently Ministry of Economics) published the Normative Instruction nº 01 of 2010 (on sustainability criteria); nº 10, of 2012 (Plan of Sustainable Logistics Management) and nº 05 of 2017, although it had no direct editions on its theme, it was extremely important in demanding sustainability criteria in service contracting under the indirect execution regime.

Hence, public purchases started to be constituted under the directive of sustainability, and thus, to seek goods and services with a lesser impact on natural resources, giving



preference to local-sourced technologies and raw materials, as well as those which show greater efficiency in use of water and energy, those which have a greater service life and lower cost of maintenance. Those which reduce pressure on resources and so on.

Therefore, it is under this new Administrative Law that Public Tenders are no longer thought as a mean of satisfying the strict necessities of the administrative machinery, but now, given its new name as Sustainable Public Contracting, it is its duty to promote sustainable development.

Bearing this in mind, the indication is already made that with governmental contracting on one end, in line with state planning on the other, both should follow the same way, that is, a necessary option for sustainability.

#### **4.2 The planning of public contracting: a necessary option for sustainable development**

We have seen, so far, that the Public Authorities have the duty of preserving and defending an ecologically balanced environment. Equally, the fundamental objective of the Republic, and, therefore, of the Brazilian state, is to build a free, just and solidary society, which ensures national development, eradicates poverty and reduces social inequality.

In order to attain that, the State can make use of one the instruments prescribed in the economic and financial order, state planning, whose article 174, § 1, qualifies it as necessarily geared towards balanced national development, which, as we insisted and evinced, can only be the sustainable one.

We have seen that while planning finds itself in one of the extremes of this developmental dynamic, public contracting is in the other, with the function of instrumentalizing and fulfilling state planning.

The Budget, in turn, would be the middle point of this track, demanding intensive political articulation able to correlate the use of financial resources to public purchases with a sustainable approach.

But, after all, what would be the strategy or element that can best integrate all this process and dynamics, joining them in favor of sustainable development?

The answer, for us, is the good usage of the State's purchasing capability.

It is estimated that the Union alone turns over resources in the magnitude of 10% of the GDP (SOUZA, 2015). In consulting the federal government purchase webpage ([paineldepreços.planejamento.gov.br](http://paineldepreços.planejamento.gov.br)), it is declared that, from January to August 2019 more than R\$ 116 billion in public tenders were homologated for the acquisition of goods and service provision for the Federal Public Administration.

Given this, one may note that the State detains a great volume of financial resources, which must meet the demands of the administration and the collectivity. The question, however, is if this power should only tend exclusively to the interests of the administrative machinery or the Administration has an environmental and ethical duty of preserving the planet for present and future generations?

Here, the present work strives in advocating that sustainable public contracting does not lead the public manager to the option of meeting the mere desires of the administration nor obliging the whims of the manager. There is a necessary choice for sustainable development, lest the planetary crisis worsens.

The public authorities, while consumer of goods and services, has, with its purchasing power, the possibility of inducing the market to more sustainable behaviors.

Biderman (2008, p. 23), by the way, indicates that, in the hands of public authorities concerned with the ecosystem, public contracting represents a powerful instrument for environmental protection, as, given the high sums it turns over, its purchasing power must be used to promote the production of sustainable goods and services. One may even “expect considerable improvement and change in the short- and medium-term market structures”.

However, the author warns that it is no use for the State to hold great sums of money if this power is not duly and well used. She observes, concerning this point, that an authority, in general, does not generate innovation, but when several public authorities combine their purchasing power in favor of sustainability criteria, it is possible to think about a change of the consumption and production model (BIDERMAN, 2008)

Carvalho (2009), in this sense, observes that the purchasing power makes the Public Administration a great user and consumer of natural resources, capable of making new forms of production possible, nudging practices in the consuming market, creating demands headed towards sustainability, fostering innovation, generating a multiplying effect and reducing negative socio-environmental impact.

Franco (2013), as well, states that the new article 3 of law 8.666/93, which demands the promotion of sustainable national development, went on to establish that the State purchasing power must be inexcusably linked to socioenvironmental matters.

Mendonça (2018), while advocating that this power must be geared towards the inclusion of sustainability criteria, reports, with examples, how public tenders can conciliate the dimensions of sustainable development. In this sense, the scholar proposes, concerning economic sustainability criteria, scale gains with the adoption of a shared purchase system (gathering several administrative units), process rationality, greater participation and accountability, innovation incentives and preference and fomentation to micro and smalls companies.

Respectively to environmental sustainability criteria, whose field is currently further developed, it is recommended that the public authorities demand from their tenders products of lower environmental impact. For instance, the author mentions pencils, envelopes and other items derived from paper made of legal-sourced wood, preferably recycled. He also advises the purchase of cleaning products with biodegradable tensioactive agents, electrical equipment with the best efficiency ENCE (National Energy Saving Label – Etiqueta Nacional de Conservação de Energia) label, LED lamps, “flex”-type vehicles, electronic versions of newspapers and magazines, batteries that observe the maximum limits of lead, cadmium and mercury and whose supplier mandatorily commits to perform the reverse logistic.

Concerning social sustainability criteria, Mendonça (2018) also mentions a more efficient administrative surveillance on the labor of workers younger than 14 years old, forced or compulsory labor, both forbidden by the legislation. On control, further auditing on the confirmation that the company observes social and working rights, prohibiting racial, ethnic and religious discrimination practices, instructing the outsourced employees on harassment (moral and sexual) practices, demanding a safety plan with supply of EPI, a drinking water supply, mess hall and protection measures for workers against incidents.

In other words, should the State insert in its calls and contracts a significant share of the aforementioned criteria (with no pretension of a complete list), it is possible to say that the public authorities would have, in fact, fulfilled their role in the making of a new consumption model.

From this, it is possible to understand that the sustainability-oriented state purchasing power must integrate and handle the development dynamics from planning to public contracting.

That is confirmed by Normative Instruction 05 of 2017, published by the Ministry of Planning (current Ministry of Economics), which is, doubtlessly, the most important federal public tender norm. It deals with the regulations concerning service provision under the indirect contracting regime, known as mean-activity outsourcing, broadly used by the direct and indirect Federal Public Administration.

By the mentioned instruction, it is clearly noticeable that public contracting must be linked to state planning, according to clause III of article 1:

Art. 1 Service contracting of the performance of executive tasks under the indirect execution regime, by organs or entities of the direct, foundational and autarchic Federal Public Administration will observe, when applicable:

I – the phases of Contract Planning, Supplier Selection and Contract Management;

II – The sustainability criteria and practices; and

III – alignment with the organ or entity's Strategic Planning, when available.

In addition, the administrative unit must, when performing the initial procedures of contract planning, justify the need for the tender, relating it to the State's strategic planning. Here is article 21, clause I, 'a':

Art. 21. The initial procedures of Contract Planning consist of the following activities:

I – document elaboration for formalizing the demand by the service-requesting sector, compliant with the model of Attachment II, which observes:

a) the justification for the need of contracting, explaining the option for outsourcing the services and considering strategic planning, if that's the case;

Lima (2017), in commenting the provision, explains that said Instruction went on to demand a more professionalized, efficient and improved public management, especially in developing the process of planning.

The public manager, thus, is now understood as the one who observes and analyzes state planning and seeks to make it concrete through several contracts, which, intertwined, must ensure the effective provision of goods and services to society (article 165, §10 of the Constitution);

Therefore, if the purchasing power is not well utilized by the public authorities, this provision of goods and services to society will only reproduce the current consumption model, unsustainable and coherent with the idea of mere growth.

Besides, as already stated, the state purchasing power must be the strategic element that integrates this entire dynamic, from planning to contracting. This means that if the planning is not imbued with the purpose of ensuring sustainable development, it is possible and probable that public contracting won't be as well.

That is, should the purchasing power not be purposed for attaining sustainability, the managers themselves won't make efforts to fulfill said purpose. With this, sustainable public contracting will be no more than mere, faint initiatives in the field of public administration.

That is why, from planning to public contracting, there's a necessary option for sustainable development, lest not only we breach fundamental principles, but worsen the socioenvironmental crisis the planet experiences.

## 5. FINAL CONSIDERATIONS

In recognizing that the planet suffers under severe social, economic and environmental problems, the international community has debated ways of facing them, especially with the

effort of leaving behind the old mere economic growth practices and going on to influence a new model, based on sustainable development.

In Brazil, a good part of the doctrine has noted the need for the country to adopt a new role which can, effectively, fight the social and environmental crisis, which, one may say, are not limited to geographical markings, but permeate all nations in the world.

Given that, a new interpretative approach is cast on the 1988 Constitution, articulating a logical and systematic intertwining of articles 1, 3, 170 and 225, in a way that sustainable development is made into a fundamental principle to be attained by the Brazilian republic.

That is, the ethical duty of the state to preserve and protect an ecologically balanced environment is necessarily linked to an economic order directed towards ensuring a dignified existence, along with the fundamental objectives of our Charter: the making of a free, just and solidary society, which ensures national development, eradicates poverty and reduces social and regional inequality. All this, obviously, linked to the principle of human dignity.

From there, the present study evinced that one of the institutes of the economic and financial order, namely state planning, has an important role of reshaping state action. Therefore, efforts must be made in promoting it as a technique of rationalizing public policy, making it more efficient and effective.

Besides, by interpreting article 174, its beginning and § 1, of the Constitution, state planning must be necessarily geared towards balanced national development, which was shown to be the sustainable one. In this way, all matters which contact it must also take this provision into consideration.

Budgetary planning, for instance, if analyzed in the present study by its strong link to public contracting, also shows its link to sustainability, as the budgetary laws (PPA, LDO and LOA) are oriented towards reducing social and regional inequality.

In addition, considering that planning is the most broad and abstract point, by declaring the budget's goals and broad objectives, the public contract, on the other hand, shows itself to be the most concrete and specific act, whose objective is precisely to make the state plan concrete and effective.

With this intention, if the whole legal system is linked to sustainable development, the same should be with Administrative Law. New renewed, it goes on to reform its most traditional institutes, including public tenders, re-signifying them as Sustainable Public Contracting.

Given this outlook, it was shown that the State, given the large sums of public resources it turns over, holds the so-called purchasing power, capable of influencing and nudging the market to adopt a new consumption model, being sustainable and complying with the Charter values.

In order to make it so, it was noted that the purchasing power must integrate the state development dynamic, promoting interaction from planning to public contracting.

That is, if sustainable development is not the crux of planning, possibly it won't be so for public contracting, since the managers, those of have the role of making the state plan concrete (by mean of several contracts), they will be not be engaged in this purpose.

Therefore, if the purchasing power, even if obviously oriented towards attaining sustainable development, does not correspond to the strategic planning of this complex and interdependent process, one may affirm that sustainable public contracting will be no more than a faint initiative of a few agents in the scope of the Public Administration.

Thus, the conclusion that, from state planning to public contracting, there's a necessary option for sustainable development, is drawn.

## REFERENCES

ADRI, Renata Porto. **O planejamento da atividade econômica como dever do Estado**. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

BIDERMAN, Rachel *et al.* **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável**. 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

CARDOSO JÚNIOR. José Celso. Planejamento governamental e gestão pública no Brasil: Elementos para ressignificar o debate e capacitar o Estado. **Texto para Discussão 1584, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Brasília, 2011.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CRUZ, Paulo Márcio e FERRER, Gabriel Real. **Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos**. Sequência (Florianópolis), n. 71, p. 239-278, dez. 2015.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. **Direito econômico do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento**. Limites e confrontações. *In*: Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa et al. (orgs.). **Direitos humanos de solidariedade: avanços e impasses**. Curitiba: Appris, 2013, pp. 171-240.

FRANCO, Caroline da Rocha. **Licitações ecoeficientes** e as políticas públicas ambientais. *A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. – ano 13, n. 51, (jan./mar. 2013), Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. -7.ed.rev.atual. e ampl.- Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. - 3.ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11.ed. São Paulo: Método, 2006.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 6.ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

LIMA, Fábio de Andrade. Os 17 anos do Termo de Referência: evolução histórica e a repercussão da IN SEGES/MP nº 05/2017. In: **Terceirização: Legislação, doutrina e jurisprudência**. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na administração pública: O papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: **Revista eletrônica de Direito do Estado**, n. 27 – julho/agosto/setembro de 2011 – Salvador, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDONÇA, Carmen Thereza Pietsh Cunha. **A sustentabilidade no Processo de Compras em Instituições Federais de Ensino Superior do Centro-Oeste**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2018.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9.ed.rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Nara Oliveira. **Compras públicas sustentáveis: Barreiras e oportunidades de melhoria no âmbito das organizações militares da Marinha**. Dissertação (Mestrado). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas - FGV. Rio de Janeiro, 2018.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Direito Administrativo e sustentabilidade: o novo controle judicial da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico: Um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo, Editora Malheiros, 2002.

PAIVA JÚNIOR, Luiz Carlos de Oliveira. **O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: da previsão constitucional à garantia de sustentabilidade**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

PEREIRA, Romilson Rodrigues. Orçamento público e os paradigmas do desenvolvimento sustentável. In: **Revista do TCU**, ano 40, n.112, mai/ago, Brasília, 2008.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Editora Método, 2004.

SOUZA, Lilian Castro de. Política nacional do meio ambiente e licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 103-115.

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

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, André Luís. A ponderação entre preservação ambiental e desenvolvimento na ordem constitucional. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**, Belo Horizonte, ano 9, n. 50, p. 1324, mar./abr. 2010.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA NA POLÍTICA  
NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS: APLICABILIDADE  
DA NORMA TRIBUTÁRIA AMBIENTAL INDUTORA

MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA  
LEONARDO TELES DE OLIVEIRA

VOLUME 10 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2019



## RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS: APLICABILIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA AMBIENTAL INDUTORA

### SHARED RESPONSIBILITY IN THE NATIONAL SOLID WASTE POLICY: APPLICABILITY OF THE INDUSTRY TAX ENVIRONMENT

Recebido: 06/12/2019  
Aprovado: 12/12/2019

Maria Marconiete Fernandes Pereira<sup>1</sup>  
Leonardo Teles de Oliveira<sup>2</sup>

#### RESUMO:

É inegável que, ao longo das últimas décadas, as transformações sociais muito contribuíram para o aumento da degradação dos ecossistemas. Em decorrência do consumismo exagerado instalou-se uma verdadeira crise ecológica. Faz-se, então, necessário o desenvolvimento de estratégias eficazes, de modo a mobilizar a sociedade em defesa da proteção dos recursos naturais. Nesse sentido, a Constituição Federal já impõe algumas medidas à iniciativa privada e à sociedade. A instituição da política nacional de resíduos sólidos, através da Lei nº 12.305/2010, pode ser um instrumento de responsabilidade compartilhada. Esse diploma legal prevê a integração dos setores público e privado, baseada na cooperação, mobilização e participação social. A questão é saber se essa estratégia pode ser considerada um marco na superação dos clássicos mecanismos de comando e controle predominantes. A citada lei permite a instituição de medidas indutoras tributárias, tais como a concessão de incentivos fiscais, econômicos e creditícios. Para a realização desta pesquisa, optou-se pelo método dedutivo e pela técnica da revisão bibliográfica. Após o estudo, confirmou-se a hipótese de que a utilização da extrafiscalidade tributária ganha relevo como forma de estímulo a comportamentos ambientalmente adequados às diretrizes da política nacional de resíduos sólidos.

**Palavras-chave:** Resíduos sólidos. Responsabilidade compartilhada. Taxa de coleta de resíduos sólidos.

#### ABSTRACT:

It is undeniable that, over the last decades, social transformations have greatly contributed to the further degradation of ecosystems. Due to the exaggerated consumerism, a true ecological crisis has set in. It is therefore necessary to develop effective strategies to mobilize society in defense of the protection of natural resources. In this sense, the Federal Constitution already imposes some measures on private initiative and society. The establishment of the national solid waste policy, through Law No. 12.305 / 2010, can be an instrument of shared responsibility. This legal diploma

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Público pela UFPE. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Professora Titular da graduação em Direito Tributário e de Administrativo do UNIPÊ. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ. Email: maria.fernandes@unipe.edu.br

<sup>2</sup> Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ) e Procurador do Município de João Pessoa. Email: leonardoprogram@gmail.com

provides for the integration of the public and private sectors, based on cooperation, mobilization and social participation. The question is whether this strategy can be considered a milestone in overcoming the prevailing classic command and control mechanisms. The aforementioned law allows the imposition of tax-inducing measures, such as the granting of fiscal, economic and credit incentives. For this research, we opted for the deductive method and the literature review technique. After the study, the hypothesis was confirmed that the use of tax extrafiscality becomes relevant as a way of stimulating behaviors that are environmentally appropriate to the guidelines of the national solid waste policy.

**Keywords:** Solid waste. Shared responsibility. Solid waste collection rate.

## INTRODUÇÃO

As atividades humanas impactam diretamente o meio ambiente como resultado das complexas necessidades da sociedade contemporânea. Em consequência, são produzidas diariamente, grandes quantidades de resíduos produzidos nos centros urbanos.. A questão envolve o comportamento humano em relação à preservação do meio ambiente. Daí a necessidade de se desenvolverem métodos para estimular a redução de danos ambientais ocasionados pelo consumismo.

O legislador brasileiro tratou da temática protecionista ambiental como uma responsabilidade compartilhada por toda a sociedade, incluindo-a também, como agenda política dos entes federados. A Lei nº 12.305, de 03 de agosto de 2010, institui a política nacional de resíduos **sólidos (PNRS)**, com o propósito de traçar diretrizes, instrumentos, metas e ações. O objetivo é estimular uma gestão integrada para fins de gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos. É consenso que um dos maiores problemas ambientais da atualidade é a produção desenfreada e o manejo inadequado dos resíduos sólidos.

A responsabilidade compartilhada envolve o ciclo de vida dos produtos promovendo a união de interesses entre os agentes econômicos e sociais. Esses agentes podem integrar a iniciativa privada (fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes), podem ser os responsáveis pelos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos, consumidores e gestores públicos. Busca-se, com essas estratégias, implementar processos instrumentais de redução dos impactos no meio ambiente.

Um dos instrumentos econômicos adotado pelo Estado seria efetivado por meio de normas tributárias indutoras, como a extrafiscalidade tributária. Com sua implementação, é possível alterar os custos de utilização de recursos naturais, reduzindo os danos ambientais. A intervenção econômica do Estado busca a promoção de uma concreta internalização das externalidades ambientais negativas. Pretende, especialmente, a materialização do princípio do poluidor pagador, de modo a induzi-lo a realizar suas atividades em níveis ecologicamente desejáveis. Essa medida governamental pretende superar os mecanismos de comando e controle daquela postura repressiva no combate à degradação ambiental.

Com a adoção da política nacional de resíduos sólidos, busca-se quebrar esse paradigma relacionado à antiga postura repressiva estatal. Dessa forma, pretende-se valorizar a indução indireta de condutas, como meio eficaz para o alcance das diretrizes e objetivos legalmente fixados. Nesse contexto, foram utilizadas, como exemplo, as taxas de coleta de resíduos sólidos que, ainda, em grande parte, são revestidas de característica meramente retributiva, quando poderiam potencializar estímulos a comportamentos preservacionistas.

A interação entre a intervenção indutora do Estado e o meio ambiente reflete a capacidade de disciplinamento da atividade econômica, que passa, necessariamente pelo Direito nessa conjuntura da contemporaneidade. Expressa-se, no entanto, pela pretensão do Poder Legislativo em estimular os comportamentos ambientalmente desejados dos *stakeholders*. Na tentativa de disciplinar esses comportamentos, o sistema jurídico possui a capacidade necessária de implementá-los por meio de comandos legislativos.

Com base nesse pressuposto, o presente artigo tem por objetivo responder ao seguinte questionamento: A Lei nº 12.305/2010, que instituiu a gestão e o gerenciamento integrados de resíduos, pode ser considerada um marco na superação dos clássicos mecanismos de comando e controle, conferindo destaque aos instrumentos econômicos, a exemplo da extrafiscalidade tributária? Partindo-se dessa hipótese, infere-se que a política nacional de resíduos sólidos pode ser considerada uma baliza normatizadora da superação da clássica postura corretiva-repressiva do Estado, possuindo potencial a adoção de ferramentas vinculadas à concessão de incentivos fiscais, financeiros e creditícios. Uma das estratégias é a extrafiscalidade tributária, materializada na taxa de coleta de resíduos sólidos. É inegável seu poder de estimular a redução na excessiva produção de lixo.

No desenvolvimento desta abordagem, adotou-se o método dedutivo, partindo-se da hipótese de que a nova ordem jurídica ambiental, com a instauração da política nacional de resíduos sólidos, promove a interação dos agentes econômicos por meio da responsabilidade compartilhada. Há execução dessa medida, pode ser aplicada a extrafiscalidade tributária como instrumento econômico de proteção ambiental. Com base nesse pressuposto, far-se-á uma análise do marco normatizador da política nacional de resíduos sólidos. Discutir-se-á, especialmente, a instauração da gestão e do gerenciamento integrados de resíduos como estratégia da suplantação dos mecanismos de comando e controle por parte do poder público, quando se permite a promoção de normas tributárias indutoras para dirimir externalidades negativas ambientais.

Após essa breve análise, buscar-se-á fazer uma correlação entre as normas tributárias ambientais indutoras e a redução da produção dos resíduos sólidos, tendo como ferramenta a utilização da taxa de coleta de lixo com finalidade ecológica. Utilizar-se-á, como técnica de pesquisa, a revisão bibliográfica, tanto da doutrina brasileira como estrangeira sobre tributação ambiental. Partir-se-á de uma perspectiva econômica vinculada à responsabilidade compartilhada, sob a ótica constitucional e infraconstitucional, para a utilização dessa ferramenta.

Ao final, a hipótese se encaminhará no sentido de provar que a adoção individualizada da regulação direta tem se mostrado ineficaz para os fins pretendidos. A anuência de uma política pública adequada, bom como da indução natural a um comportamento ambientalmente desejável, têm reduzido o alcance e a eficácia desses mecanismos. Em razão dessa evidência, defende-se a adoção crescente de instrumentos econômicos, como método mais eficiente para a regulação indireta de condutas ecologicamente adequadas

## **1. A CRISE AMBIENTAL A NOVA ORDEM JURÍDICO-ECOLÓGICA CONSTITUCIONAL**

Nas últimas décadas, as transformações sociais e o desenvolvimento econômico tem sido os principais fatores da degradação dos ecossistemas e instalação de uma verdadeira crise ecológica no planeta. Esse fenômeno acarretou a elevação dos riscos ambientais para a sociedade atual e, principalmente, para as futuras gerações. O nível de degradação da natureza,

em grande medida, é resultante dos modos de produção e consumo. Os danos ao meio ambiente são estimulados por fatores como: desenvolvimento econômico, crescimento populacional, colapso na urbanização dos grandes centros e revolução tecnológica. Para Cunha e Rangel (2016, p. 22-23), a degradação ambiental é um dos maiores problemas a serem enfrentados pela sociedade e governantes. Transformou-se em um problema transnacional resultante da devastação da biodiversidade, destruição da qualidade de vida dos seres humanos e do agravamento das desigualdades sociais.

Nesse cenário de devastação ecológica, um dos maiores desafios é a urgente redução dos impactos ao meio ambiente, gerados pela absurda quantidade de resíduos produzidos diariamente nas cidades, sem a devida destinação. Para conter o agravamento desse quadro, impõe-se o desenvolvimento de métodos alternativos para estimular a redução desses resíduos. Sua correta destinação é uma responsabilidade compartilhada entre poder público e sociedade, devendo ocupar posição de destaque nas agendas políticas dos governantes.

Segundo Montero (2014, p. 41), a degradação ambiental decorre do comportamento central e da forma como estão organizados a produção e o consumo na chamada sociedade pós-industrial. Para enfrentar essa problemática, mecanismos próprios da lógica de mercado que começam a ser redimensionados, com a intervenção do Estado. Busca-se, com algumas medidas, o equilíbrio da ordem jurídica da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços, bem como de seus processos de elaboração e prestação (BRASIL, 1988).

O sistema governamental vem tentando criar estratégias eficazes para reduzir o impacto ecológico dessas externalidades negativas ambientais é uma das medidas é motivar a sociedade para proteger os recursos naturais, por meio da mudança de comportamento. Para Callan; Thomas (2016, p.68), são consideradas externalidades ambientais “aquelas que danificam a atmosfera, recursos naturais e a qualidade de vida como um todo”

Os resíduos produzidos pelo consumismo geram externalidades negativas, na medida em que afetam a sociedade. Em razão disso, seus efeitos precisam ser combatidos com medidas eficientes. Essas externalidades advêm de falhas de mercado, citando-se, como exemplo, a falta de incentivos para funcionamento adequado do mercado. É preciso conscientizar os empresários de que não podem visar somente à lucrativa com a venda dos produtos, mas também perceber a necessidade do ganho social. A esse respeito, anotam Callan; Thomas (2016, p. 74):

Embora essas empresas possam estar conscientes dos danos ambientais vinculados à sua produção, não existe incentivo (...) para que elas absorvam tais custos. Se assim o fizessem, afetariam negativamente seus lucros. Seria como se as empresas oferecessem pagar os custos externos em defesa da sociedade. Entretanto, não existe incentivo de mercado para que uma empresa racional incorra em custos maiores do que o necessário, mesmo se for para o bem social.

Os problemas ambientais persistem. Em razão disso, justifica-se a intervenção governamental, de acordo com o texto constitucional para buscar alternativas políticas no sentido de evitar maiores danos à natureza. Essa postura protetiva floresceu, notadamente, nos países que promulgaram suas constituições após a Conferência de Estocolmo, em 1972. Foi um dos primeiros marcos na tentativa de melhor disciplinar o desenvolvimento econômico e a reduzir a degradação ambiental. Como um dos países participantes do evento, o Brasil passou a reconhecer a existência de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em consequência, o meio ambiente vem recebendo atenção especial, de modo que nenhum agente, seja público ou privado, poderá tratá-lo como valor acessório (BENJAMIN, 2010, p. 117-118).

Na Constituição Federal de 1988, a proteção ambiental, como garantidora da dignidade da pessoa humana, foi elevada ao patamar de direito fundamental. A luta pela garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações passou a ser dever, do poder público e de toda a coletividade. Assim, preceitua o art. 225 da Constituição Federal, consagrando o princípio da solidariedade intergeracional. Como elemento de sustentabilidade, esse princípio tem o objetivo de estabelecer a “equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que nascerão no futuro” (CANOTILHO, 2010).

A juridicidade ambiental ganha o patamar de base fundamental do Estado constitucional. Assim, qualquer projeto que vise ao desenvolvimento econômico e humano, em padrões considerados sustentáveis, deverá ser submetido, necessariamente, à tutela da lei ambiental. Com esse objetivo, foi estabelecida uma nova ordem jurídico-ecológica, composta de duas dimensões: a social e a ambiental. A dimensão social direciona sua preocupação para o indivíduo e a comunidade, considerando-os elementos integrantes de uma mesma realidade político-social (mínimo existencial para uma vida com dignidade). Já a dimensão ambiental preocupa-se com a qualidade de vida como um todo, incluindo-se o ambiente em que a vida humana se desenvolve (mínimo existencial ecológico). Como resultado, exigiu-se uma completa redefinição da concepção de dignidade da pessoa humana quando vista sob a perspectiva dessas duas dimensões (CALIENDO; RAMMÉ; MUNIZ, 2014, p.2).

O direito de usufruir de um meio ambiente sadio passou a ser reconhecido como materialização dos direitos fundamentais. No entendimento de Canotilho (2010), não cabe à Constituição do país fixar concretamente os instrumentos políticos, econômicos, jurídicos, técnicos e científicos indispensáveis à solução dos problemas ecológico-ambientais. Deve-se, no entanto, estabelecer diretrizes que possam ser implantadas, de modo a garantir uma melhor qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. A efetivação dessa garantia constitucional passa pelo necessário equilíbrio entre o crescimento econômico, a preservação do meio ambiente e a equidade social, que são pilares do desenvolvimento sustentável. A implantação de políticas públicas eficientes, a partir do diálogo com as entidades civis, é tarefa que se impõe ao Estado, como forma de garantir a concretização do direito ao meio ambiente equilibrado (THOMÉ, 2014, p. 147-148).

A expressão “desenvolvimento sustentável” alcançou grande visibilidade depois da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD, realizada na cidade do Rio de Janeiro, em 1992. Desde então, vêm sendo feitas tentativas de implementação de políticas de gestão que contemplem os seus princípios fundamentais. Passou também a ser melhor compreendida a relação entre o desenvolvimento econômico e a manutenção do meio ambiente equilibrado (BARTHOLOMEU, 2011, p. 95).

Seguindo essa linha, a Constituição Federal erigiu, no seu art. 170, VI, a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica, para fins de assegurar uma vida digna à população e a garantir a justiça social. Para o cumprimento desse comando constitucional, justifica-se a atuação impositiva do Estado (GRAU, 2018, p. 248). Dessa forma, é papel cogente do poder público disciplinar os projetos desenvolvimentistas, no sentido da racionalidade no uso dos recursos naturais. Para cumprimento da ordem constitucional, foi promulgada a Lei nº 12.305, de 03 de agosto de 2010, que institui a política nacional de resíduos sólidos (PNRS). A lei foi, posteriormente, regulamentada pelo Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro do mesmo ano. Trata-se de um relevante marco normatizador de princípios, objetivos, diretrizes, metas, ações e instrumentos. O texto oferece soluções para o enfrentamento de um dos principais problemas ambientais, sociais e econômicos: o manejo inadequado dos resíduos sólidos.

Para Yoshida (2012, p. 4), a política nacional de resíduos sólidos exerce um importante papel na consecução do federalismo cooperativo brasileiro. Com esse objetivo, traçou

diretrizes gerais a serem observadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Porém, não comprometeu a autonomia dos entes federados que ensejarem criar normas suplementares, como forma de melhor atender as diversidades regionais, bem como as necessidades locais. Com a PNRS, foram priorizados a gestão e o gerenciamento dos resíduos sólidos, a partir de uma atuação compartilhada entre os setores público e privado. Esse compartilhamento é baseado na cooperação, mobilização e participação social, em busca do fortalecimento de uma consciência ambiental. Em consequência, abandonou-se o tradicional controle passivo (mecanismos de comando e controle) e passou a adotar um controle ativo, com maior eficácia na promoção de padrões sustentáveis de consumo e descarte de resíduos.

O legislador federal, ao instituir a política nacional de resíduos sólidos, estabeleceu a seguinte ordem prioritária de gerenciamento e gestão: redução da geração, reutilização, reciclagem, tratamento e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos. Com base nesse modelo, o poder público e a sociedade devem direcionar suas ações para a preservação do meio ambiente. Motivando a intervenção do poder público o panorama de aumento exponencial do consumo e o crescimento acelerado da degradação dos recursos ambientais, este motivado, sobretudo, pela geração e destinação irregular dos resíduos sólidos. O Estado deve assumir uma postura operacional, mediante a utilização de instrumentos que possam motivar os cidadãos a reduzir seus níveis de consumo e considerar os custos socioambientais decorrentes das suas condutas.

Com efeito, a PNRS conferiu visibilidade à ferramentas utilizadas pelo poder público, por sua maior eficácia na tarefa de promover uma conscientização efetiva em prol da observância das diretrizes nele estabelecidas. Entre esses instrumentos, destacam-se aqueles que, através da concessão de estímulos e vantagens, incorporam o controle ativo na implementação do princípio do poluidor-pagador. De posse dessa ferramenta, procura induzir positivamente mudanças de comportamento, adotando, como estímulo, a extrafiscalidade tributária.

Dessa forma, devem os entes públicos, principais responsáveis pela manutenção do equilíbrio ambiental, abandonar a aplicação do tradicional sistema corretivo-repressivo. Para o controle ambiental, deverão valer-se, entre outras ferramentas, das normas tributárias ambientais indutoras, chanceladas pela PNRS. Trata-se de um instrumento eficiente à motivação de condutas preservacionistas e à redução da geração de resíduos sólidos decorrentes do processo de consumo.

## **2. A RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA E A CRESCENTE UTILIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS ECONÔMICOS**

A política nacional de resíduos sólidos (Lei nº 12.305/2010), foi gestada em meio a uma engajada estrutura legislativa ambiental brasileira, inspirada em uma base constitucional prevista no art. 225 da CRFB. Entre os variados pontos de inovação, destaca-se a implementação de uma gestão compartilhada do meio ambiente, que envolve deveres de cooperação entre o poder público, o setor econômico-empresarial e os demais segmentos da sociedade civil. O objetivo desse compartilhamento é garantir um gerenciamento integrado dos resíduos sólidos (YOSHIDA, 2012, p. 3).

Para Juras e Araújo (2012, p. 69), a PNRS inovou de forma expressiva quando fixou, entre os seus objetivos fundamentais, a responsabilidade compartilhada também em relação ao ciclo de vida do produto. Ao adotar o princípio do poluidor-pagador, atribuiu responsabilidade pela geração de resíduos sólidos, não somente aos fabricantes dos produtos colocados no mercado,

mas também aos importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e ao poder público, responsável pelos serviços de limpeza urbana.

Em uma de suas inovações, estabeleceu a corresponsabilidade e a gestão compartilhada do meio ambiente entre os poderes estatais dos três níveis federativos e os atores socioeconômicos, com fundamento na solidariedade e equidade intergeracional. Dessa forma, a PNRS se destaca como marco formal da superação da tradicional prática do sistema de comando e controle estatal e suas características protetivo-repressivas. Os acordos setoriais, as modalidades de gerenciamento e os instrumentos econômicos são exemplos desse novo modelo de valorização da auto-organização, participação efetiva e controle por parte da sociedade.

Ao criar a PNRS, o legislador não teve a intenção de retirar a responsabilidade do poder público na gestão de resíduos e repassá-la, integralmente, ao setor privado. Pelo contrário, reforçou a responsabilidade compartilhada do Estado na proteção do meio ambiente, prevista na Constituição Federal, como tarefa primordial na luta pela preservação ecológica. No cumprimento de sua obrigação, os entes públicos devem utilizar instrumentos eficientes capazes de produzir mudanças de comportamento na sociedade. Essas mudanças podem ser estimuladas por intermédio de concessões de vantagens e incentivos àqueles que decidirem proteger o meio ambiente.

A inserção da proteção ambiental na Constituição Federal legitima e vincula a intervenção estatal, com o apoio da iniciativa privada no processo de recuperação dos ecossistemas. Portanto, é dever do poder público atuar de forma enérgica e assertiva em favor da proteção ecológica, sempre visando à preservação de um meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações (princípio da equidade intergeracional). Nessa perspectiva, as políticas públicas ambientais podem ser entendidas como o poder estatal necessário para a regulação das atividades sociais e econômicas. Exerce essa prerrogativa através da imposição de limites, da aplicação de punições e da concessão de incentivos e aos particulares, de modo a instituir uma verdadeira ordem pública ambiental. Ao cumprimento do seu dever constitucional de proteção dos ecossistemas, o Estado deve valer-se, basicamente, de duas ferramentas: mecanismos de comando e controle e instrumentos econômicos.

Historicamente, no cumprimento de sua responsabilidade constitucional de garantir um meio ambiente equilibrado, o poder público tem se valido de instrumentos de comando e controle. São medidas de regulação direta, instituídas mediante a fixação de normas, regras, procedimentos e padrões predeterminados para as atividades econômicas. A não observância das determinações legais acarreta sanções de cunho administrativo, como, por exemplo, fixação de padrões, estudos de impacto ambiental, licenciamentos e zoneamento. Porém, conforme assinala Montero (2014, p. 158-159), a adoção da regulação direta tem se mostrado ineficaz para os fins pretendidos. Os custos para sua implementação, a uniformidade das medidas, sem considerar as especificidades dos agentes econômicos, bem como a ausência de uma indução natural a um comportamento ambientalmente desejável, têm reduzido o alcance e a eficácia desses mecanismos.

A política ambiental instituída através de mecanismos corretivo-repressivos, comando e controle foi dominante nas décadas de 1970 e 1980. A partir dos anos de 1990, foi sendo substituída pela adoção de instrumentos econômicos. A mudança foi provocada por diversos fatores, como: a) o reconhecimento das limitações dos governos em geral, bem como dos sistemas tradicionais de comando, controle e regulamentação, em lidar adequadamente com os problemas ambientais, apesar da imposição de custos econômicos consideráveis; b) a necessidade de adotar mecanismos para internalizar os custos ambientais nos preços de bens e serviços, como forma de melhor implementar o princípio do poluidor-pagador; c) a

necessidade de integrar a política ambiental a outras políticas públicas: agricultura, indústria de transporte, turismo, emprego e renda (LEITE et al., 2018, p. 04).

A utilização de instrumentos econômicos, para fins de proteção do meio ambiente, tem se mostrado eficiente no combate às externalidades negativas, resultantes dos danos ecológicos causados pelos processos produtivos e pela própria utilização de recursos naturais. Constatou-se, portanto, uma maior eficiência na concretização do princípio constitucional do poluidor-pagador. Há execução da gestão responsável dos resíduos sólidos, o Estado deve adotar políticas públicas com base nos mecanismos de comando e controle. Para tanto, deve valer-se, principalmente, de instrumentos econômicos, com vista à redução do volume dos resíduos. Com a aplicação efetiva do princípio do poluidor-pagador, os custos ambientais passarão a ser assumidos pelos agentes econômicos (JURAS;ARAÚJO, 2012, p. 61).

A lei da política nacional de resíduos sólidos fixou um rol exemplificativo de instrumentos que devem ser utilizados para a redução da produção descontrolada de resíduos sólidos urbanos, bem como para sua adequada destinação. Um deles é a concessão de incentivos fiscais, financeiros e creditícios. Para Ribeiro; Ribas (2013, p. 13), essa medida possibilita que os entes públicos instituem normas para ampliar os instrumentos econômicos a serem usados na reutilização, tratamento e reciclagem dos resíduos.

Com relação aos instrumentos econômicos para a redução e o tratamento de resíduos sólidos, a Lei nº 12.305/2010, nos seus arts. 42 e 44, outorgou ao poder público a prerrogativa de instituir medidas indutoras às condutas de preservação do meio ambiente na execução de processos produtivos. Esse estímulo, conforme preceitua a citada lei, poderá ser concretizado através de normas que objetivem a concessão de incentivos fiscais, financeiros e creditícios. Nesse tipo de medida, inclui-se o uso de tributos para o alcance das diretrizes e objetivos fixados na PNRS, conforme lembra Barreira (2012, p. 145-146). Montero (2014, p. 165) faz referência à tentativa de classificar as categorias de instrumentos econômicos que podem ser utilizados pelo Estado, para fins de proteção ambiental. Com esse objetivo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE fixou a seguinte divisão: sistemas de depósito/reembolso, criação de mercados, medidas de apoio ou ajuda financeiras e tributos.

Dentro desse rol de instrumentos econômicos de maior relevância na atualidade, destaca-se a adoção de normas tributárias indutoras com finalidade socioambiental. Essas normas podem ter grande eficácia, especialmente quando alinhadas com o dever do poder público de instituir um melhor gerenciamento dos resíduos sólidos. Trata-se de medida que extrapola os fins econômicos da exação, para mirar na verdadeira mudança de hábitos por meio da educação ambiental, administrando com eficácia, os custos dos processos produtivos.

### **3. NORMAS TRIBUTÁRIAS AMBIENTAIS INDUTORAS PARA A REDUÇÃO DA GERAÇÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS**

Conforme já referido, o Estado deve assumir seu papel constitucional de garantia da preservação do meio ambiente, do crescimento ecoeficiente e da equidade social, alicerces do desenvolvimento sustentável. Para tanto, precisa lançar mão de instrumentos econômicos, a exemplo da extrafiscalidade dos tributos. Com essa medida, pode suprir a baixa eficiência que os mecanismos de comando e controle têm demonstrado na proteção ambiental (MONTERO, 2014, p. 158-161).

Para Barreira (2012, p. 141), o tributo utilizado como instrumento de implementação de políticas públicas ambientais, como forma de desenvolver a corresponsabilidade dos contribuintes, atende a ordem econômica constitucional. Assim, com fundamento nos arts.



170, VI, e 225, da Constituição Federal, os poderes constituídos podem e devem instituir exações ambientais que promovam, através da extrafiscalidade, comportamentos positivos e desestimulem atitudes danosas ao meio ambiente. Inquestionavelmente, a adoção da extrafiscalidade tributária, em favor da proteção dos ecossistemas, é a melhor alternativa para a consecução efetiva do princípio do poluidor-pagador. O principal objetivo é estimular condutas que visem à internalização compulsória das externalidades ambientais negativas geradas pelo próprio sistema produtivo. Evita-se, em consequência, a socialização dos custos ecológicos da produção, fato gerador de injustiças socioambientais. (CALIENDO, RAMMÊ; MUNIZ, 2014, p. 6).

Existem diversas técnicas que permitem a indução de comportamentos ambientalmente adequados. Uma delas é tornar a carga fiscal mais branda, ou desestimular a prática de condutas degradadoras do meio ambiente pela adoção de taxas tributárias mais gravosas. São exemplos de estratégias indutoras de exações: utilização de alíquotas progressivas ou seletivas, isenção fiscal, redução de alíquotas, aproveitamento de créditos fiscais e redução da base de cálculo.

Inserção de critérios ambientais na tributação ordinária e criação de “incentivos fiscais verdes” são outras formas de indução de condutas que podem atender os objetivos da política nacional de resíduos sólidos. Especial destaque deve ser dado à geração, tratamento e destinação ambientalmente adequada desses resíduos. A previsão da extrafiscalidade na referida norma é considerada um estímulo a comportamentos direcionados à tutela da proteção ambiental. Há ainda outros instrumentos relevantes, a exemplo do poluidor-pagador, protetor-recebedor, desenvolvimento sustentável e ecoeficiência (MAIA; SILVA, 2017, p. 60-61).

Está provado que uma norma tributária ambiental tem o potencial de induzir os contribuintes optarem por uma conduta em prol da preservação do meio ambiente, com a concessão de isenções ou imposição de um gravame. Essa medida pode ser direcionada para fins de uma melhor gestão e destinação dos resíduos sólidos. Esse instrumento indutor pode ser utilizado em qualquer espécie de exação, inclusive nas taxas (LIMA, 2014, p. 156). Em razão da sua grande abrangência estrutural, as taxas possuem destacada relevância para fins ambientais, quando utilizadas com escopo indutor. Exemplo disso são as taxas de coleta de lixo, que devem assumir um caráter extrafiscal incentivador de comportamentos voltados à proteção do meio ambiente, de modo a atender os objetivos e diretrizes da política nacional de resíduos sólidos (TAPIASSU, 2006, p. 141).

Os municípios brasileiros possuem competência primária em matéria de resíduos sólidos. No entanto, vêm aplicando uma função exclusivamente retributiva (arrecadatória) às taxas exigidas aos beneficiários dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos. Essa referida exação, de forma recorrente, encontra-se desprovida de quaisquer aspectos de extrafiscalidades capazes de motivarem, efetivamente, comportamentos ambientalmente aceitáveis. **É oportuno lembrar** que a lei da política nacional de resíduos sólidos instituiu o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos. Trata-se de condição indispensável para que os entes municipais tenham acesso aos recursos do governo federal. Ao município cabe estabelecer o **cálculo dos custos e forma adequada de cobrança pelos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos**.

Cita-se, a propósito, a Lei nº 11.445/2007, que fixa as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Estabelece, no seu art. 29, II, que os serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos deverão ter sustentabilidade econômico-financeira assegurada por meio da cobrança de taxas, tarifas ou preços públicos, conforme o regime da prestação do serviço ou das suas atividades. No art. 30, III, destaca a proteção ao meio ambiente como um dos fatores relevantes na estrutura da cobrança pelos serviços de saneamento básico. Dessa forma, a utilização das taxas referentes às questões ambientais obtiveram a efetivação da

política nacional de resíduos **sólidos (Lei nº 12.305/2010)**. Essa utilização apresenta-se como ferramenta relevante do poder público na indução de condutas comportamentais proativas, direcionadas à minoração dos danos ambientais.

A consequência disso é que, na composição da cobrança pelos serviços de manejo dos resíduos sólidos, **não** se deve considerar unicamente a arrecadação de valores suficientes para cobrir os custos da sua adequada disponibilização. Cabe ao poder **público municipal estimular a população** a adotar práticas que propiciem à redução, na fonte, do volume de resíduos gerados. Fazendo também seu manejo adequado. A citada Lei nº 11.445/2007, autoriza que as taxas ou tarifas decorrentes da prestação dos serviços de manejo dos resíduos sólidos levem em consideração o volume médio coletado por habitante ou domicílio. Uma vez adotada essa medida, a composição da cobrança dos serviços de coleta de lixo teria um alto potencial para estimular a redução da geração de resíduos sólidos, sendo efetivamente concretizado o postulado constitucional do poluidor-pagador.

Deve-se evitar a tradicional e ineficaz repartição dos custos entre os agentes que demandam o serviço de limpeza urbana e coleta de lixo. É preciso implementar instrumentos de desestímulo à geração de resíduos. Uma das hipóteses é a exploração do caráter extrafiscal da exação que visa a remunerar os referidos serviços. Para tanto, podem ser concedidos incentivos fiscais àqueles contribuintes que mantiveram seus níveis de agressão ao meio ambiente.

Portanto, o poder **público, no exercício do seu dever constitucional**, não deve utilizar apenas os tradicionais mecanismos de comando e controle, para punir aqueles que descumprirem as normas protetivas do meio ambiente. Deverá também valer-se de instrumentos econômicos, a exemplo da extrafiscalidade tributária, como forma de estimular os contribuintes a adotarem posturas alinhadas com a necessária qualidade ambiental. Dessa forma, aqueles que adotarem condutas preservacionistas deverão ser beneficiados com uma menor carga fiscal em relação ao grupo mais agressivo ao meio ambiente (BARREIRA, 2012, p. 169).

A política nacional de resíduos **sólidos** recepciona a mudança de paradigma do mundo moderno. A mais importante foi migrar da regulação direta para a indireta, por mostrar-se mais eficiente. A Lei nº 12.305/2010 **chancelou ao Estado** a prerrogativa de instituir medidas indutoras às condutas de preservação do meio ambiente, especialmente, por parte dos empresários nos processos produtivos. Para tanto, deve conceder às classes produtivas incentivos fiscais, financeiros e creditícios.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se que, historicamente, a sociedade tem adotado uma postura de descompromisso com a conservação ao meio ambiente, levando a uma dupla reflexão: como se chegar a esse grau de degradação; o que se deve fazer para recuperar a natureza degradada. É inegável que, ao longo das últimas décadas, ocorreu uma verdadeira revolução nos modos de produção e consumo. Ela foi estimulada por fatores como o desenvolvimento econômico, o desenfreado crescimento populacional, a inadequada urbanização nos grandes centros e a inovação tecnológica. Como consequência ocorreu o aumento da degradação do meio ambiente, com a eclosão de uma verdadeira crise ecológica, notadamente, no inadequado dos resíduos sólidos.

Para fazer frente à ineficiência do poder público e da sociedade como um todo, após um longo período de tramitação no Congresso Nacional foi promulgada a Lei nº 12.305/2010, que dispõe sobre a política nacional de resíduos sólidos. Esse diploma legal foi criado para

regulamentar o comando constitucional em matéria ambiental. Entre outras medidas, promoveu a responsabilidade compartilhada entre os entes públicos e os segmentos socioeconômicos, na gestão integrada e no gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

A lei conferiu importante estímulo à auto-organização, à cooperação, à mobilização e à participação de todos os segmentos da sociedade, na preservação do meio ambiente. Esse novo modelo abandonou o tradicional o controle passivo-repressivo, materializado através dos mecanismos de comando e controle. Em substituição, criou instrumentos que induzem positivamente as mudanças de comportamento da sociedade, através da concessão de benefícios àqueles que protegem o meio ambiente. No conjunto dessas medidas indutoras das condutas de preservação da natureza e redução da geração de resíduos sólidos, destaca-se a extrafiscalidade tributária como um dos poderosos instrumentos econômicos de proteção ambiental. A norma tributária indutora, quando utilizada em prol da proteção dos ecossistemas, leva à consecução efetiva do princípio do poluidor-pagador.

A adoção da extrafiscalidade tributária ganha relevo como medida de estímulo a comportamentos ambientalmente adequados às diretrizes da política nacional de resíduos sólidos. A dimensão indutora das exações está prevista na Lei nº 12.305/2010, que estabelece como um dos seus objetivos primordiais o estímulo a condutas que resultem na tutela da proteção ambiental. Exemplo disso é a aplicação da taxa de coleta de resíduos sólidos. Com ela, evita-se a injusta repartição dos custos entre os contribuintes, que demandam o serviço de limpeza urbana e coleta de lixo. Além dessa medida, é preciso implementar instrumentos de desestímulo à geração de resíduos, como a extrafiscalidade das exações. Aplica-se, por conseguinte, o princípio do poluidor-pagador, estabelecendo-se a internalização das externalidades ambientais negativas.

Em conclusão, pode-se afirmar que a PNRS potencializou a substituição dos mecanismos de comando e controle (normas corretivo-repressivas). Através do compartilhamento de responsabilidades ambientais no ciclo de vida dos produtos, estimulou o poder público a adotar instrumentos econômicos capazes de melhor incentivarem a mobilização social e a mudança de comportamentos na corresponsabilidade de preservação dos ecossistemas. Exemplo disso é a utilização da taxa de coleta de resíduos sólidos, como forma de estimular a redução na geração desses resíduos, bem como na correta destinação.

Infelizmente, os municípios brasileiros, em grande maioria, ainda não estão aplicando as novas formas de cobrança pela prestação dos serviços de limpeza urbana e coleta de lixo, deixando de explorar o potencial indutor da exação. Portanto, é necessário que todos os entes federados abandonem, de uma vez por todas, o antigo modelo repressivo e passem a adotar ferramentas que conduzam à mudança de mentalidade da sociedade em favor da conservação do meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

BARREIRA, Fábio Nieves. Aspectos tributários. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA Consuelo; MACHADO, José Valverde (Org.). **Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. São Paulo: Manole, 2012.

BARTHOLOMEU, Daniela Bacchi. Desenvolvimento Sustentável e a Questão dos Resíduos Sólidos. In: BARTHOLOMEU, Daniela Bacchi; CAIXETA-FILHO, José Vicente (Org.). **Logística ambiental de resíduos sólidos**. São Paulo: Atlas, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiente brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALIENDO, Paulo; RAMMÊ, Rogério; MUNIZ, Veyzon. **Tributação e sustentabilidade ambiental: a extrafiscalidade como instrumento e proteção do meio ambiente**. Revista dos Tribunais de Direito Ambiental online. vol. 76, out-dez 2014.

CALLAN, Scott J.; THOMAS, Janet M. **Economia ambiental: aplicações, políticas e teoria**. 2.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhnê**, Barcelos, n. 13, p.07-18, jun. 2010. Disponível em <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-99112010000100002&lng=pt&nrn=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002&lng=pt&nrn=iso)>. Acesso em 02 dez. 2019.

CUNHA, Belinda Pereira da; RANGEL, Ana Celecina Lucena da Costa. A crise contida em outras crises: perspectivas históricas e político-sociais da crise ambiental atual. In: CUNHA, B. P. (Org.). **Crise ambiental**. Curitiba: Appris, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

JURAS, Ilidia da A. Garrido Martins; ARAÚJO, Suely M. Vaz Guimarães de. A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto. In JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA Consuelo; MACHADO, José Valverde (Orgs.). **Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. São Paulo: Manole, 2012.

LEITE, Acácio Zuniga et al. **Reforma tributária ambiental: perspectivas para o Sistema Tributário Nacional**. Texto para discussão. Plataforma política social. Fevereiro de 2018. Disponível em [http://sindifisco-pa.org.br/wp-content/uploads/2018/05/TD\\_18.pdf](http://sindifisco-pa.org.br/wp-content/uploads/2018/05/TD_18.pdf). Acesso em 15 ago. 2019.

LIMA, Isabel Arruda Matheos de. **Normas tributárias indutoras ambientais**. 331f. Tese (Doutorado em teoria e dogmática do direito). Faculdade do Recife/Universidade do Estado de Pernambuco, Recife, 2014.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; SILVA, Rafaela Patrícia Inocência. **A aplicação da extrafiscalidade à Política Nacional de Resíduos Sólidos examinada pela perspectiva de Enrique Leff**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife. vol. 89, nº 01, p. 51-71, jan-jun 2017.

MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Maria de Fátima; RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Políticas públicas de incentivos fiscais como instrumentos da política nacional de resíduos sólidos. In RIBEIRO, D. M.; BENACCHIO, M. (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas II. XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=113>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

ROMEU, Thomé. **O princípio da vedação do retrocesso ambiental no contexto da sociedade de risco**. Salvador: Editora Juspodvim, 2014.

TAPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

YOSHIDA, Consuelo. Competência e as diretrizes da PNRS: conflitos e critérios de harmonização entre as demais legislações e normas. In JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA Consuelo; MACHADO, José Valverde (Orgs.). **Política Nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. São Paulo: Manole, 2012.



**UNIPÊ**

Centro Universitário  
de João Pessoa