

ISSN 1415-6490

---

# SCIENTIA IURIS

---

VOLUME 12 - 2008

---

REVISTA DO  
CURSO DE  
MESTRADO EM  
DIREITO  
NEGOCIAL  
DA UEL

---



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

REITOR

Wilmar Sachetin Marçal

VICE-REITOR

Cesar Caggiano Santos

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Alamir Aquino Corrêa

Diretora de Pós-Graduação: Prof. Dra. Vera Lúcia Tiekko Suguihiro

Diretor de Pesquisa: Prof. Dr. Edison Miglioranza

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof. Anísio Ribas Bueno Neto

Vice-Diretor: Profa. Vilma Aparecida do Amaral

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Marília Salerno

Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. César Bessa

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Luiz Fernando Belinetti

Vice-Coordenadora: Profa. Dra. Marlene Kempfer Bassoli

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

Londrina : Ed. da UEL, 1997-

v. ; 22 cm

Periodicidade anual, a partir de 1998, com designação numérica apenas de volume.

Descrição baseada em: Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997).

ISSN 1415-6490

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

34(05)

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

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

Indexada em / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - LATINDEX  
*Solicita-se Permuta / Solicitase Canje / Request Exchange / On Demande Échange / Vogliamo Cambio / Wir Würden Wus Über Einen Austausch Mit Ihrer Zeitschrift Freuen*

ISSN 1415-6490



---

# SCIENTIA IURIS

---

VOLUME 12 - 2008

---

REVISTA DO  
CURSO DE  
MESTRADO EM  
DIREITO  
NEGOCIAL  
DA UEL

---

*LONDRINA - PARANÁ*

---

# SCIENTIA IURIS

ISSN 1415-6490

## COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

*Editora / Editor*

Marlene Kempfer Bassoli

*Titulares:*

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (UNIMAR)

Maria de Fátima Ribeiro (UNIMAR)

Rozane da Rosa Cachapuz (UEL)

Luiz Fernando Belinetti (UEL)

Luiz Otávio Pimentel (UFSC)

Paulo Roberto Pereira de Souza (UEM)

Ruy de Jesus Marçal Carneiro (UNIMAR)

*Suplentes:*

Lourival José de Oliveira (UEL)

Adauto de Almeida Tomaszewski (UEL)

Sandra Aparecida Lopes Barbon Lewis (UEL)

*Assessoria Técnica:*

Celito De Bona, Ivan Martins Tristão, Jussara Seixas Conselvan,

Márcia dos Santos Eiras, Sharon Cristine Ferreira de Souza,

Thiago Vieira Mathias de Oliveira

Secretaria de Apoio: Francisco Carlos Navarro

## CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

Carlos María Cárcova (Universidade de Buenos Aires)

Clayton Reis (UFPR)

Delamar José Volpato Dutra (UFSC)

Fernando Faccury Scaff (UFPA)

Gustavo José Mendes Tepedino (UERJ)

Jesus Castillo Vegas (Universidad de Valladolid)

João Bosco Lee (PUC-PR-Curitiba)

José Alfredo de Oliveira Baracho (UFMG)

José Lamego (Universidade de Coimbra)

José Ribas Vieira (UGF)

José Roberto dos Santos Bedaque (USP)

Leonardo Greco (UGF e UERJ)

Luis María Chamorro Coronado (Universidad

Rey Juan Carlos - Madrid)

Luiz Edson Fachin (UFPR)

Maria Francisca Carneiro (UFPR)

Odete Maria de Oliveira (UFSC)

Olavo Ferreira Neto (ITE - Bauri)

Ricardo Cesar Pereira Lira (UERJ)

Roberto Luiz Silva (UFMG)

Welber Barral (UFSC)

---

## Curso de Mestrado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA

Campus Universitário - CEP 86051-990 - Londrina - Paraná - Brasil

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

Home page: <http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito>

---

S U M Á R I O / CONTENTS

---

Ed i t o r i a l .....	7
Intervenção do estado no domínio econômico: síntese econômica, filosófica e jurídica e perspectivas para a economia globalizada <i>State intervention in the economic domain: economic, philosophical and legal synthesis and perspectives for the global economy</i> Adyr Garcia Ferreira Netto; Lourival José de Oliveira .....	9
O acesso à justiça e a proposta habermasiana para um processo civil discursivo <i>Access to justice and the habermasian proposal for a discursive civil procedure</i> Eder Fernandes Monica .....	23
As interações sistêmicas entre direito, economia e organizações: considerações sobre o rompimento com o cartesianismo e o direito como custo para atividade empresarial <i>Systemic interactions between law, economics and organizations: considerations about the rupture with the cartesianism and the law as cost to the business activity</i> Luciano Vaz Ferreira .....	43
Fungibilidade entre as tutelas de urgência: cautelar e antecipada (reflexão sobre o parágrafo 7 <sup>a</sup> , do artigo 273, do código de processo civil) <i>Fungibility (inter-changeability) between urgency protective measures: provisional and anticipated (reflection on paragraph 7th of article number 273 of the code of civil procedures)</i> Raquel Carolina Palegari Saraiva .....	55
Titularidade patrimonial na empresa frente à ordem civil-constitucional e o papel empresarial para a dignidade humana: primeiras anotações <i>Patrimonial ownership in the enterprise before the civil-constitutional order and the enterprise role for human dignity: first notes</i> Marcia Carla Pereira Ribeiro; Guilherme Borba Vianna .....	71
Arbitragem: Instrumento Efetivo de Acesso à Justiça <i>Arbitration as an effective instrument to access justice</i> Rozane da Rosa Cachapuz; Elaine C. Gomes Condado .....	95
Aplicação do direito da concorrência na união européia e o protocolo de fortaleza para o Mercosul <i>Application of the competition right in the european union and the fortaleza protocol for Mercosul</i> Martha Asunción Enríquez Prado .....	117
Novos paradigmas para uma nova sociedade: a sociedade de consumo e as relações contratuais <i>New paradigms for a new society: the consumption society and contractual relations</i> Andreza Cristina Baggio .....	139

---

Resolução de conflitos ambientais internacionais: soberania, jurisdição internacional e ingerência ecológica <i>Resolution of international environmental conflicts: sovereignty, international jurisdiction and ecological intervention</i> Rafael Lazzarotto Simioni; Eliane Moreira Lorenzet .....	155
Direito tributário ambiental: benefícios fiscais às empresas para proteção do direito fundamental ao meio ambiente <i>Environmental tributary law: fiscal benefits to companies for protection of the fundamental right to environment</i> Samia Moda Cirino; Marlene Kempfer Bassoli .....	177
Aspectos econômicos dos direitos fundamentais: benefícios fiscais para portadores de deficiência <i>Economic aspects of the right human tax benefits for disabled people</i> Soraya Regina Gasparetto Lunardi .....	199
Estado e Comércio Internacional: convergências e divergências <i>State and international trade: convergences and divergences</i> Patricia Ayub da Costa; Tânia Lobo Muniz .....	217
Intervenção contemporânea do estado brasileiro: positivação dos ideais neoliberais trabalhistas <i>Contemporary intervention in the brazilian state: positivization of the working neoliberal ideals</i> César Bessa; Andreana Dulcin Platt .....	235
Os desafios da tutela específica em relação aos novos direitos e à responsabilidade social empresarial <i>The challenges of specific tutelage in respect of new rights and the social responsibility business</i> Leandro Cioffi; Yvete Flávio da Costa .....	257
Formatação de tutelas específicas e dosagem da amplitude da cognição <i>Formatting of specific protective measures and proportion of cognition scope</i> Odoné Serrano Júnior .....	275
Le class actions in Italia: problemi e prospettive in chiave comparata <i>The class actions in Italy: problems and perspectives in comparative analysis</i> Gianluca Sgueo .....	295
Instruções aos Autores / Instructions for Authors .....	319
Lista de Revistas Permutadas / List of Exchange Journals .....	325

---

É

com grande satisfação que apresentamos o décimo-segundo volume da revista *Scientia Iuris*.

Atendendo os critérios indicados pela Comissão de Área e pela CAPES, este número conta com diversos trabalhos de docentes, discentes e colaboradores externos ao programa, referentes a temas relacionados às linhas de pesquisa, criteriosamente selecionados pela comissão editorial.

A partir deste ano, além da versão impressa, o periódico também estará disponível para consulta na página do Programa na Internet, onde estarão disponibilizados, juntamente com o presente volume, os trabalhos publicados nos números 9, 10 e 11, referentes aos três últimos anos.

Com isso, damos mais um passo no sentido de adequar a publicação aos novos parâmetros de qualidade que estão sendo implantados para a estratificação do *Qualis*.

Agradecemos a todos que contribuíram para a publicação do volume, e especialmente à Coordenação dos Cursos de Especialização em Direito do Estado e em Direito Civil e Direito Processual Civil, pelo apoio financeiro.

Prof. Dr. Luiz Fernando Belinetti  
Coordenador do Programa de Mestrado em  
Direito Negocial da UEL





---

INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO:  
SÍNTESE ECONÔMICA, FILOSÓFICA E JURÍDICA E PERSPECTIVAS PARA  
A ECONOMIA GLOBALIZADA<sup>1</sup>

STATE INTERVENTION IN THE ECONOMIC DOMAIN:  
ECONOMIC, PHILOSOPHICAL AND LEGAL SYNTHESIS AND  
PERSPECTIVES FOR THE GLOBAL ECONOMY

Adyr Garcia Ferreira Netto  
Lourival José de Oliveira\*

**Resumo:** O presente artigo pretende apresentar uma síntese da intervenção do Estado no domínio econômico a partir de uma perspectiva interdisciplinar, envolvendo filosofia, economia e direito, comentando sobre as dificuldades que a economia globalizada apresenta às autoridades públicas, para a prática de políticas econômicas.

**Palavras-chave:** Regulação. Intervenção do Estado, domínio econômico, economia global e política econômica.

**Abstract:** The present article aims to present a synthesis of State intervention in the economic domain from an interdisciplinary approach involving Philosophy, Economics and Law, while commenting on the difficulties that the global economy presents to public authorities for the practice of economic policies.

**Keywords:** State Intervention, economic domain, global economy and economic policy.

## 1 INTRODUÇÃO

Para discorrer sobre o direito na conjuntura multifacetada e policêntrica da realidade social, imersa sob a pressão das diversas forças que o mercado

---

<sup>1</sup> Este texto resgata e atualiza as principais idéias do 6<sup>a</sup> capítulo “Intervenção do Estado no domínio econômico” da dissertação “O DIREITO NO MUNDO GLOBALIZADO: Reflexos na atividade empresarial”, publicada na biblioteca digital da UEL - Universidade Estadual de Londrina (<http://bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls0001248640>), autoria de Adyr Garcia Ferreira Netto (Mestre em Direito Negocial <[adyr@sercomtel.com.br](mailto:adyr@sercomtel.com.br)>) e orientação de Lourival José de Oliveira (Doutor em Direito das Relações Sociais).

globalizado impõe as tradicionais formas de praticar políticas públicas, faz-se necessária a precaução de não limitá-lo ao pressuposto consagrado pelo uso comum do termo, de que se trata apenas de um conjunto delimitado de leis que garante a organização de uma sociedade específica.

A própria Constituição em seu dispositivo preambular, anuncia a instituição de um Estado que assegure a harmonia social comprometida com a ordem interna e internacional sob os valores da justiça. No entanto, a dificuldade de tratar o direito como um instrumento dinâmico que acompanha a dialética do processo cultural e evolutivo das sociedades complexas, a fim de realizar efetivamente os seus objetivos, consiste em desvanecer a essência paradigmática de pressupostos ideológicos, criada pela idéia de que o direito está meramente limitado na pura expressão da ordem legislativa estatal, e assim enrijecido a uma realidade estritamente jurídica.

Evidente que na prática e, em tempos de globalização, por questões de princípios como legitimidade, segurança jurídica, legalidade, territorialidade, autoridade e outros, a idéia de direito não pode se relativizar a ponto de perder sua identidade com seu povo, sua soberania e o poder do Estado.

No entanto, a rigidez conceitual que reduz a justiça apenas ao seu aspecto normativo, pode ao aprisionar os princípios do direito nos limites lingüísticos da lei positiva, envelhecê-los, tornando-os pouco eficazes e desatualizados com as necessidades que o dinamismo social alimenta e renova as relações intersubjetivas que requerem tutela judicial<sup>2</sup>. Como entende Roberto Lyra Filho (2001, p. 85), as normas são meios de expressão do direito móvel, em constante progresso, e não direito em si.

Desta forma, a idéia de intervenção do Estado no domínio econômico (forma do direito interferir na esfera econômica), também exige análise que transcende o paradigma axiomático do qual sempre se projetou o pensamento de uma realidade jurídica autônoma e exclusivista. Para tanto, se propõe neste artigo uma visão de natureza axiológica, entendendo a intervenção do Estado não apenas como uma previsão legal, mas como resultado da evolução do pensamento e da história partindo de uma realidade plural e multidisciplinar.

---

<sup>2</sup> Não se trata de mera crítica ao positivismo, mas de propor novos desafios a velhos conceitos.

## 2 FUNDAMENTOS DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - ELEMENTOS DE NATUREZA ECONÔMICA, FILOSÓFICA E JURÍDICA

O conjunto de normas do sistema positivo que tem por objeto a judicialização da política econômica do Estado é chamado de direito econômico. Este surge como resposta necessária depois do pós Primeira Guerra, nas décadas de 1920 e 1930, quando o modelo liberal clássico econômico de isenção total de intervenção entrou em colapso.

Naquele contexto, o direito cumprindo sua função de harmonizar as relações humanas, diante do novo desafio de desequilíbrio social, trouxe para si a responsabilidade de estabelecer a ordem por meio de normas jurídicas, regulando a atuação do Estado no domínio econômico. Em outras palavras é o Estado interferindo no mercado.

É curiosa a observação de que tal proposta surge de dentro da própria economia, e não da imposição unilateral de um suposto domínio do direito sobre as outras esferas do poder institucional.

O fato é que a intervenção estatal tem seu marco teórico em 1936, com a publicação da obra de John Maynard Keynes “A teoria geral do emprego, do juro e da moeda”, que conclui que a depressão da atividade econômica no começo do século XX, exigiria a participação ativa e imediata do Estado, a fim de restabelecer a ordem e a prosperidade.

A mudança de foco do fluxo circular da renda, ou seja, a visão econômica que explica o nível de atividade por meio da produção, passa a potencializar o consumo como forma de elevar a renda nacional. Isso, conforme Keynes, seria possível mediante política monetária e fiscal expansionista.

Quando as relações econômicas passam a ser discutidas em foro jurídico, ou seja, quando o Estado traz para si a responsabilidade de equilibrar a economia mediante procedimentos legais, inaugura-se então o direito econômico, ou a união das esferas jurídicas e econômicas, de onde surge a possibilidade legal da interferência pública nas relações de mercado.

O direito econômico no Brasil só encontrou positivação constitucional em 1988, no artigo 24 inciso I e, 170 a 179, tratando da ordem econômica e financeira. Quando a Constituição estabelece os objetivos fundamentais da República, artigo 3<sup>a</sup>, I, II, III e IV, já anuncia também a possibilidade do Estado intervir em qualquer setor, a fim de garantir uma sociedade justa.

Sob outro fundamento, a “quantidade de Estado” que a sociedade deve suportar, remonta o pensamento filosófico moderno, ou seja, a Constituição do Brasil tem, notadamente, elementos históricos de natureza liberal e

republicana<sup>3</sup>, evidenciando a influência das idéias que revolucionaram o pensamento político Europeu, principalmente na Inglaterra e França nos séculos XVII e XVIII, conforme Paulo Bonavides e Paes de Andrade (2004, p. 811).

As arbitrariedades e injustiças do absolutismo, ou seja, do poder ilimitado do Estado de interferir na ordem econômica e social, especialmente aquele vivido na Inglaterra no começo do século XVII, impuseram à comunidade uma condição de insegurança e terror que se tornou insustentável à manutenção da ordem e harmonia entre o soberano e os súditos.

Jaime I governando a Inglaterra de 1603 a 1625, impôs um regime de total poder, provocando diversas disputas com o parlamento e, após sua morte, seu filho Charles I<sup>4</sup> prosseguiu com os mesmos ideais de autoritarismo. Ao afrontar sucessivamente o parlamento, desencadeou o processo revolucionário inglês, que se dividiu nas revoluções de 1640 (Puritana) e 1688 (Gloriosa).

Neste período de conflitos, surge o principal teórico do liberalismo filosófico: John Locke (1632 - 1704).

Locke concebeu as diretrizes do Estado Liberal atribuindo ao indivíduo direitos naturais e inalienáveis, que deveriam ser assegurados pela instituição de uma sociedade civil criada por meio de um consenso entre os indivíduos. Nada mais natural que o liberalismo de John Locke fosse imediatamente adotado como pressuposto filosófico da gênese dos direitos, pois este explicava que o poder irrestrito e arbitrário do Estado na pessoa do monarca, além de ilegítimo, atentava injustamente contra a natureza humana.

O liberalismo nasce então em defesa do indivíduo, que na época da monarquia, ou da intervenção absoluta do Estado no cotidiano, atribuía a vida pouco ou nenhum valor, pois a morte de um cidadão era legítima, se assim o rei determinasse.

---

<sup>3</sup> Mais notáveis são os artigos 5.<sup>a</sup> e 170 da CRFB. Normalmente, atribui-se aos direitos do indivíduo os fundamentos da filosofia política liberal e aos direitos sociais, ao republicanismo. No entanto, isto não é correto, pois quando a filosofia liberal valorizou os direitos do indivíduo em detrimento das arbitrariedades do absolutismo, portanto do Estado (que “representa” toda sociedade) não excluiu necessariamente, a existência de direitos coletivos. O fato é que a coletividade é o conjunto da soma dos indivíduos, implicando que o reconhecimento e a defesa do direito de um, necessariamente se estende à humanidade, uma vez que todos têm os mesmos direitos. A própria função social da propriedade tem origem na filosofia liberal.

<sup>4</sup> Governou de 1625 a 1649.

Deste modo, o Estado de Direito e as idéias liberais se transformaram no melhor argumento na defesa e nas garantias dos direitos do indivíduo, quando o poder do Estado não respeitava os direitos fundamentais do homem.

As idéias liberais quando se opuseram à intervenção concentrada e absoluta, consideraram uma teoria na qual o Estado deve ser mínimo, ou seja, intervir naquelas funções restritas ao qual foi subordinado no pacto da sociedade civil, que lhe outorgou tão somente a garantia de preservação da propriedade<sup>5</sup>.

O contexto no período citado justificou as idéias liberais do Estado mínimo<sup>6</sup>.

A concepção liberal do Estado nasceu de uma dupla influência: de um lado, o individualismo filosófico e político do século XVIII e da revolução Francesa, que considerava como um dos objetivos essenciais do regime estatal a proteção de certos direitos individuais contra os abusos da autoridade; de outro, o liberalismo econômico dos fisiocratas e de Adam Smith, segundo o qual a intervenção da coletividade não deveria falsear o jogo das leis econômicas, benfazejas por si, pois que esta coletividade era imprópria para exercer funções de ordem econômica. (PARODI, apud VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 5).

Ainda no século XVIII nasce o pensamento de que o interesse do indivíduo pode estar condicionado às necessidades de um bem comum ou da coletividade. Jean Jacques Rousseau, defensor desta idéia<sup>7</sup>, também se utiliza da concepção contratualista para a criação do Estado, que embora reproduzindo John Locke, renova com diferenças marcantes.

Em Rousseau, a associação de pessoas por meio de um pacto social legitima a defesa dos interesses da “vontade geral”, que não deve ser confundida com a vontade da maioria, pois aquela transfere ao Estado a legitimidade e o poder de atuar em defesa de questões fundamentais a todos, acima de seus interesses particulares, e esta pode estar corrompida ou equivocada, ao manifestar a projeção de interesses privados, conforme aponta Denis Huisman (2000).

---

<sup>5</sup> Na leitura mais cuidadosa de John Locke, é fácil concluir que para este filósofo, PROPRIEDADE é um termo genérico para designar os direitos inalienáveis do homem, ou seja, a liberdade, as posses e a vida, dando a entender que estes direitos pertencem ao indivíduo, não ao Estado, que quando teve oportunidade de dispô-las, aprisionou, espoliou e executou sem piedade e legitimidade. (LOCKE, 1998, p. 495).

<sup>6</sup> O liberalismo econômico de Adam Smith se movimenta em torno desta idéia, no entanto, com objetividade científica. Alerta que as relações de mercado se auto-regulam dispensando a atuação externa de forças estranhas às regras da própria economia.

<sup>7</sup> Precursor das idéias do Estado Social.

Jean Jacques Rousseau (2003, p. 173) preocupou-se em estabelecer princípios do direito público para fundamentar o Estado, mas não se aprofundou em uma abordagem sistemática de como a intervenção pública no setor específico da economia deve ser realizada. Desta forma, possibilitou interpretação e inspiração para várias ideologias que defenderam a supremacia absoluta do coletivo na figura do Estado, justificando por razões de segurança nacional, muitas vezes, a intervenção sobre qualquer domínio da sociedade.

O Estado mínimo do liberalismo clássico econômico desencadeou o progresso técnico notavelmente acelerado, mas por ser mal interpretado e empregado, gerou crises como a capitalista do início do século XX, baseado na promessa da lei de Say<sup>8</sup> que toda a oferta geraria necessariamente sua própria demanda.

Tampouco a estatização máxima do socialismo se verificou eficiente. A planificação total da economia baseada na premissa que todos os homens são iguais e, deste modo cabe ao Estado decidir qual será a função do indivíduo<sup>9</sup> na contribuição no progresso e desenvolvimento, se mostrou desastrosa.

Diante destas experiências históricas, a legislação pátria acertadamente acolheu de forma equilibrada os preceitos do liberalismo (filosófico e econômico) e do republicanismo, entendendo que ambos contêm argumentos válidos, por isso, não contraditórios, ainda que eventualmente conflitantes.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, o poder constituinte reconheceu os ideais do liberalismo e do republicanismo<sup>10</sup>, por meio da sua positivação, mais notadamente, nos princípios da proteção do indivíduo e da coletividade, ou ainda, nos direitos individuais e na supremacia do interesse público.

---

<sup>8</sup> Rigorosamente, a lei aplicar-se-ia a uma economia baseada no escambo, isto é, uma economia não-monetária. Nas condições modernas, contudo, a intervenção da moeda cria sempre a possibilidade de adiar decisões de compra, portanto, interrompe as vendas, o que causa uma retração da demanda, que pode resultar numa crise econômica. (SANDRONI, 1999, p. 338).

<sup>9</sup> “A utopia da sociedade igualitária e justa ainda não conseguiu dar respostas convincentes a duas perguntas cruciais: Quem vai desfrutar da calefação no trabalho de gabinete e quem vai recolher o lixo na neve da rua? Quem será o Primeiro Ministro e quem lavará a latrina do Primeiro Ministro?”. (SAMUELSON, apud BETING, 1973, p. 9).

<sup>10</sup> Termo utilizado por Jean Jacques Rousseau para designar o Estado regido pelos interesses sociais, também em voga atualmente.

Em relação ao direito, a intervenção do Estado no domínio econômico, além de todas as preocupações pertinentes aos ganhos qualitativos e quantitativos da atividade econômica, tecnicamente encontra sua prerrogativa na busca dos meios legais e legítimos para se alcançar os propósitos traçados pelo poder público.

Para esta análise de pretensão objetiva, é necessário, como adverte Tácio Lacerda Gama (2003, p. 228), estabelecer um conceito de domínio econômico para delimitar o campo das relações sociais sobre o qual o Estado atuará.

Dentre as várias acepções do termo “domínio econômico”, que não traz consenso entre os teóricos, é possível semanticamente encontrar dois significados: Conjunto de atividades econômicas em sentido amplo e em sentido estrito.

Quando a atividade econômica diz respeito a produção, distribuição de bens e prestação de serviços, o sentido é amplo, quando deste conjunto se extrai as atividades denominadas “serviços públicos”, seu sentido é estrito.

Tendo como referência o posicionamento de Lacerda Gama (2003), o “domínio econômico” deve ser visto nesta análise em sentido amplo e, por esta razão, transcende os lindes da positivação e da linguagem prescritiva do direito.

Deste modo, pode-se atribuir, conforme o sentido amplo da aceção utilizada, que o domínio econômico possui como características, a linguagem descritiva (descreve os fatos da atividade econômica, não se limitando à prescrição das normas jurídicas); a relação com os fatos sociais (pois a linguagem descreve uma atividade que só é factível em sociedade), e a relação com a produção e circulação de bens e prestação de serviços.

Um dado de fato que reunir estas três características, será parte integrante do domínio econômico.

Este conceito é importante para distingui-lo da “ordem econômica”, pois esta trata da positivação ou do conjunto de normas que disciplinam as relações econômicas segundo padrões da dogmática jurídica, portanto de linguagem prescritiva.

É interessante o posicionamento de Lacerda Gama sobre este tema, quando, lucidamente, reconhece que a prosperidade econômica não se promove pela edição de leis jurídicas, uma nação não terá progresso pelo fato de estar prescrito em lei que ela deva ser assim, desta forma conclui:

[...] o sistema econômico não determina diretamente como o sistema jurídico deve operar, da mesma forma que o direito não determina as relações econômicas. O direito percebe as demandas da realidade econômica, porém

sua única forma de atuar é por meio da produção de mais direito -normas-, nunca por meio da produção de realidade econômica. [...] Daí a ênfase em afirmar que, rigorosamente, não há intervenção do Estado no domínio econômico. (LACERDA GAMA, 2003, p. 237).

Gama sugere que a utilização do termo “intervenção do Estado no domínio econômico” é um infeliz equívoco! Posicionamento que vem a ratificar a idéia deste artigo, quando propõe que a economia global possui leis próprias que pressionam as instituições jurídicas e estas adaptam-se de acordo com a dinâmica da realidade, ou seja, o Estado nacional se mostra mais um agente passivo da economia global do que elemento condicionante.

Quando afirma que o sistema econômico não determina diretamente como o sistema jurídico deve operar, não significa que não o influencia, ainda que os domínios de cada esfera têm suas particularidades e autonomias. No entanto, como o termo “intervenção do Estado no domínio econômico” é largamente empregado pela doutrina e pelo direito positivo, propõe a busca de um sentido que satisfaça suas pretensões, ou seja, o intervencionismo estatal no domínio econômico, quando por meio de duas competências (ação normativa e ação participativa), conforme Lacerda Gama (2003, p. 239), possa interferir na atividade econômica.

Ação normativa se dá pela edição de normas e a fiscalização do seu cumprimento, a ação participativa, produzindo e fazendo circular bens<sup>11</sup> ou prestando serviços.

Adotando-se então o termo, ainda há a possibilidade legal de intervenção do Estado no domínio econômico, como na excepcionalidade dos casos necessários aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, como diz o artigo 173 da CRFB, ou na exploração direta, ou mediante autorização, concessão ou permissão, conforme o previsto no artigo 21, incisos XI e XII e alíneas.

---

<sup>11</sup> Um preciosismo desnecessário, mas interessante, é distinguir bem e produto. Bem é aquele destinado à satisfação do consumo humano e, produto, tudo aquilo, de modo geral, que foi transformado na natureza pela ação humana. Também é comum se dizer que o produto passa ser um bem, quando aquele sai de circulação do mercado no momento da compra pelo consumidor, o que era um produto, passa ser um bem. Estes conceitos divergem entre economistas, por isso pouco interesse despertaria ao jurista.



José Afonso da Silva (2001, p. 779) também de acordo com a linha de raciocínio desenvolvida até aqui, entende que a atuação do Estado no domínio econômico exige distinção entre serviços públicos e atividades econômicas, fundamentados na própria Constituição (aqueles no artigo 21, XI e XII, e estes no artigo 170 e 174).

Os serviços públicos são de natureza estatal, tendo como titular a entidade pública e, assim, dentro do regime jurídico de direito público. A atividade econômica desenvolve-se no regime capitalista, sob a livre iniciativa e administração da empresa privada, respeitando a valorização do trabalho, realizando a justiça social e o desenvolvimento nacional, segundo ainda o ilustre mestre.

A atuação do Estado na Economia não é perfeitamente definida pela Constituição. O Estado ao mesmo tempo pode ser um agente econômico ou disciplinador da economia, em outras palavras, participador ou interventor.

As duas formas constituem instrumentos de intervenção do Poder Público para atuar e coordenar na reprodução material da sociedade, a fim de atender os ditames da ordem econômica e justiça social.

É importante ter em vista essas razões que fundamentam a atuação do Estado brasileiro, no domínio econômico, porque se essa atuação não é princípio da ordem econômica, não pode também ser vista como simples exceção, na medida em que tanto a iniciativa privada como a estatal se destinam ao mesmo objetivo de realização daqueles fins, princípios e fundamentos. (SILVA, 2001, p. 782).

A Constituição permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica de duas formas distintas. Uma pelo monopólio, outra quando se faz necessário para a segurança nacional ou interesse coletivo relevante. Vale dizer, de acordo com o que afirma José Afonso da Silva (2001, p. 782), que a expressão “exploração direta da atividade econômica pelo Estado”, não é prerrogativa exclusiva da União, pois o termo “Estado” que se refere a Constituição, diz respeito a todas as entidades estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Ainda que o monopólio seja prática que conduz ao abuso da atividade econômica e reprimido por lei, o artigo 177 da CFRB estabelece taxativamente os casos estritos à atuação e exploração pela União, cujas situações se fazem necessárias para a manutenção da segurança nacional.

Compartilhando o posicionamento adotado até agora, sobre intervenção no domínio econômico, José Afonso da Silva (2001) faz interessante observação demonstrando que seu significado é mais sutil do que a doutrina costuma

tratar, pois é comum referi-la como sinônimo de todas as formas de atuação do Estado na economia.

A Constituição vigente não repudia esta postura. Mas também não impede a distinção que estamos fazendo entre as duas modalidades de atuação estatal – a participação e a intervenção, tomada esta última em sentido estrito. A primeira com base nos arts. 173 a 177, caracterizando o Estado administrador de atividades econômicas; a segunda fundada no artigo art. 174, em que o Estado aparece como agente normativo e regulador da atividade econômica, que compreende as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado regulador, o Estado promotor e o Estado planejador da atividade econômica. (SILVA, 2001, p. 785).

Sob outro ponto de vista, partindo para uma análise prática, Calixto Salomão Filho (2001) percebe forte influência norte americana na teoria da regulação brasileira, pois aponta a febre das agências reguladoras como motivadora de uma crença típica de uma concepção liberal, dando à elas o poder de organizar as relações econômicas de forma correta.

Esta parece ser a regra para a intervenção do Estado na sua atuação regulatória, em contra partida, propõe uma teoria jurídica da regulação, transformando a visão tradicional meramente baseada em imperativos econômicos, em um poder organizador cujas idéias têm endereços éticos, morais e constitucionais, conforme Salomão Filho (2001).

A referência de Calixto Salomão Filho (2001) pretende apontar a existência de uma visão moderna acerca da intervenção do Estado na atividade econômica, na qual supera a visão tradicional de entender a regulação como ingerência direta na vida econômica ou mera fiscalização dos particulares, mas atribuindo ao Estado uma forma de contribuição mais útil na sua função de organizador das relações sociais, para atender as pretensões principiológicas da Constituição.

Ainda sobre a ação normativa e participativa, Fernando Facury Scaff (1990, p. 47) faz a observação que quando o Estado atua como agente econômico, assumindo ou participando do controle de capital de uma unidade econômica, está intervindo “no” domínio econômico, sendo participativo e não absorvendo para si a atividade, ou seja, permite que outros agentes de natureza privada atuem sobre aquele mercado. De outra forma, se o Estado não permite outros agentes, absorve o mercado monopolizando-o.

Quando a intervenção é “sobre” o domínio econômico, entende-se que o Estado atua como emanador de normas com a função de ordenar o processo produtivo, e não participar dele, conforme Scaff (1990, p. 47). Esta atuação se

dá no âmbito dos três poderes, ou seja, por meio de leis, decretos, portarias ou qualquer expressão do poder normativo.

No processo de globalização, as duas formas de intervenção são importantes, mas é sutil observar que como agente ou, na ação participativa, ou ainda, na intervenção “no” domínio econômico, o Estado se sujeita às leis do mercado, submetendo-se as flutuações do interesse econômico da atividade empresarial mundial.

Por meio do princípio da segurança jurídica que vincula os entes públicos ao direito, condicionará, deste modo, o próprio Estado, pois quando este atua “sobre” o domínio econômico, ele também se submete as próprias regras. Significa dizer que, quando o Estado atuar “sobre” o domínio econômico, deve se sujeitar às regras, quando atua “no” domínio econômico. (SCAFF, 1990, p. 50).

Em posse destas noções gerais acerca do que é intervenção do Estado no domínio econômico, é possível o poder público se utilizar dos instrumentos jurídicos disponíveis, ante os interesses econômicos em território global, para atingir suas metas constitucionais? Estes instrumentos são suficientes?

### 3 INTERVENÇÃO DO ESTADO E A ECONOMIA GLOBALIZADA

A história ensinou que a liberdade do indivíduo é condição fundamental para o sucesso de qualquer sistema econômico, considerando que seja um pressuposto natural e, por isso, constitui um princípio do próprio direito. [...] Direito é o reino da libertação, cujos limites são determinados pela própria liberdade. Roberto Lyra Filho (2001, p. 90). Deste modo, a preservação da liberdade no seu sentido mais amplo, deve ser a condição a partir da qual se deve construir qualquer regime econômico ou qualquer ordenamento jurídico.

No entanto, o estado de liberdade a ser promovido, não se confunde com licenciosidade, ou seja, se todos possuem direitos e liberdades, um indivíduo, classe ou atividade, deve exercê-los sem restringir direitos e liberdades de outrem.

Neste aspecto é que deve o direito por meio do poder do Estado, interferir no domínio econômico, quando a globalização mostra que a força dos interesses lucrativos do mercado é a mola propulsora e razão de ser do próprio processo de integração econômica mundial.

Administrar este impulso é que cabe ao direito. A quantidade de Estado deve ser dosada levando em conta a liberdade, disponibilizando-a a todos, uma vez que o próprio discurso da igualdade estaria implícito ao conceito de liberdade.

No ambiente da globalização, não há desenvolvimento isolado, pois o que afeta uma nação, afeta a todos, exigindo do direito singular e internacional, novo modo de interpretar o paradigma social, orientando primordialmente a conduta da atividade empresarial como referência.

O impulso natural de competição não se altera por força de lei, não é isto que deve pretender o direito ou os regimes de política econômica, o que parece lógico é conciliar esta natureza competitiva do homem com o desenvolvimento social.

Teoricamente, os instrumentos jurídicos e econômicos disponíveis são capazes de atender as demandas de justiça dentro do território nacional, o direito neste sentido é uma conquista inestimável da civilização e condição para a vida em harmonia.

Contudo, diante da desterritorialização promovida pela abertura do mercado global, o Estado Nacional diante deste processo torna-se frágil e impotente, não podendo por meio de seus atuais instrumentos jurídicos, alcançar ou garantir os objetivos constitucionais. O processo de globalização está em seus estágios iniciais e seu poder já desestrutura as instituições jurídicas, quando questiona dogmas consagrados e constituídos pelo sistema positivo.

O mercado integrado obedece a uma racionalidade própria da economia, a busca do lucro e, o mundo global oferece oportunidades mais atrativas do que o investimento nos setores produtivos locais, impossibilitando que as políticas públicas atinjam a eficácia desejada no planejamento e desenvolvimento econômico local.

#### 4 CONCLUSÃO

Em termos gerais, é possível então concluir, que a intervenção do Estado em uma economia aberta em pleno processo de globalização, perde a eficácia e a capacidade de planejamento econômico dentro da segurança jurídica que o direito positivo pretende garantir. O poder soberano como fundamento da própria estrutura do Estado, artigo 1<sup>a</sup>, I, CRFB, é o primeiro a ser fragilizado. Os objetivos propostos no artigo 3<sup>a</sup> da constituição, dificilmente se tornarão realizáveis dentro da antiga dogmática e da concepção absoluta dos institutos jurídicos, pois a interpretação do direito é manifestadamente incompatível com a nova dinâmica da realidade.

Ou se fecham as fronteiras nacionais para o mundo a fim de adequar a realidade ao idealismo teórico jurídico, ou se moderniza o direito de modo a regular os novos desafios da sociedade. O que se tentou demonstrar, é que o espaço territorial que o direito teoricamente exerce poder e tem eficácia, é

muito menor do que o espaço territorial real. A globalização oferece ao direito uma esfera social maior do que a jurisdição nacional alcança. Um agravante consiste que o hiato espacial não é determinável, pois não se trata apenas de um território incerto em águas internacionais, mas a globalização amplia o espaço desregulado dentro das fronteiras, enfraquecendo a eficácia das pretensões e instrumentos constitucionais.

Em outras palavras, o território não regulável pelo direito que a globalização acrescenta, não está geograficamente demarcado pelas fronteiras políticas, mas representa a desterritorialização do próprio espaço interno.

Diante deste cenário, o despertar do espírito nacionalista encontra adeptos, mas a exemplo do sucesso da integração da União Européia, também há posições doutrinárias opostas. Atribui-se ao espírito de nacionalidade, motivados muitas vezes pela preservação do poder, o entrave da humanidade para pactuar em termos globais, uma república mundial, que a partir de então, poderia atribuir competência jurisdicional e supranacional a um Estado de Direito apto a controlar e intervir em todas as distorções que o impulso incontrolável da atividade empresarial encontra, no território sem lei do mercado global.

## REFERÊNCIAS

- BETING, Joelmir. *Na prática a teoria é outra*. 2. ed. São Paulo: Impres, 1973.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília: OAB, 2004.
- HUISMAN, Denis. *Dicionário de obras filosóficas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LACERDA GAMA, Tácio. *Contribuição de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17.ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.
- SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. 2. ed. São Paulo: Best Seller, 1999.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do contrato social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

---

## O ACESSO À JUSTIÇA E A PROPOSTA HABERMASIANA PARA UM PROCESSO CIVIL DISCURSIVO\*

### ACCESS TO JUSTICE AND THE HABERMASIAN PROPOSAL FOR A DISCURSIVE CIVIL PROCEDURE

Eder Fernandes Monica\*\*

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo mostrar como é possível, por meio da teoria procedimental do direito, ter um processo discursivo que, conseqüentemente, melhore o acesso à justiça no tocante ao direito processual civil brasileiro. Com isto, será possível superar a tensão que ocorre entre a necessidade de satisfação da pretensão e legitimidade dessa satisfação, ou seja, o correto provimento jurisdicional. Para tal intento, alguns institutos do direito processual civil brasileiro serão criticados e analisados sob o viés da teoria de habermas.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Processo civil. Teoria procedimental do direito.

**Abstract:** By using the theory of legal procedure, the present article aims to show how it is possible to obtain a discursive process which, consequently, improves access to justice regarding the Brazilian civil procedure law. Thus, it will be possible to overcome the existing tension between the necessity of satisfaction of the claim and the legitimacy of such satisfaction, that is, the correct jurisdictional provision. In order to do that, some elements of the Brazilian civil procedure law will be criticized and analyzed from the perspective of the theory conceived by Habermas.

**Keywords:** Access to justice. Civil procedure. Theory of legal procedure.

---

\* Artigo extraído da dissertação apresentada à Universidade Estadual de Londrina, em 25 de fevereiro de 2008, intitulada “A possibilidade de uma única sentença correta para cada caso”, para a obtenção do grau de mestre, sob orientação do professor doutor Luiz Fernando Bellinetti.

\*\* Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor do curso de direito da UNDB, em São Luis do Maranhão.

## 1 INTRODUÇÃO

A tensão entre faticidade e validade, conforme apresentada por Habermas, é imanente ao direito e manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas. Dentro do direito processual, esta tensão também se manifesta nas tarefas de se chegar à satisfação da pretensão, o que levaria à pacificação do conflito, mas ao mesmo tempo esta pacificação deve ser legítima, ou seja, o julgador precisa decidir de modo correto para o caso. Somente dessa maneira é que o processo poderá propiciar às partes o “acesso à justiça”, pois, conforme expõe a doutrina jurídica brasileira, acesso à justiça não significa uma mera “admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo” (CINTRA, 2002, p. 33). Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, um efetivo acesso à “justiça” se dá quando o sistema jurídico propicia condições para que o maior número possível de pessoas demandem e se defendam adequadamente. Isso inclui a superação de dificuldades econômicas “que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada” (CINTRA, 2002, p. 34), como o oferecimento de justiça integral e gratuita; e inclui também a eliminação do impedimento de litigar para defesas de interesses transindividuais, como no caso da “Lei da Ação Civil Pública” (Lei 7.347/85), que elenca os casos em que algumas entidades podem pleitear judicialmente em prol de interesses coletivos ou difusos. O nexos interno entre autonomia pública e autonomia privada e como ele se processa no interior do sistema de direitos é o modo como Habermas fundamenta o direito de acesso à “justiça”, o qual somente será efetivo se as condições necessárias para o ingresso ao sistema jurídico forem estendidas ao maior número possível de pessoas. Os cidadãos só poderão usufruir dos instrumentos processuais se puderem contar com direitos políticos que garantam este desfrute. E as condições de relativa simetria entre os cidadãos serão adquiridas somente se forem garantidas as condições materiais para desenvolver sua autonomia privada.

No direito processual brasileiro, autores como Dinamarco, Grinover e Cintra entendem que a pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por conseqüência, de todo o sistema processual. Entendem que hoje prevalecem as idéias do estado social, que almeja realizar plenamente os valores humanos, dentro de um objetivo-síntese que é alcançar o “bem comum”, sendo que a projeção particularizada deste bem comum na jurisdição é a “pacificação com justiça” (CINTRA, 2002, p. 4-5). Cabe ressaltar que os conceitos de valores humanos e de bem comum possuem uma outra conotação na teoria de Habermas, bem como o entendimento acerca da prevalência do estado social na sociedade



atual. Em exposição que se verá adiante, esta doutrina tem raiz nos estudos de Chiovenda a respeito da função do processo como atuador do direito material.

Na doutrina processual, Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 175-7) ponderou que esta concepção do escopo do processo ser a pacificação com justiça é imprecisa, pois a finalidade do processo não pode ser confundida com a finalidade da medida jurisdicional imposta pelo provimento. O direito material a ser atuado é somente aquele constatado pelo correto procedimento e por meio do contraditório, caso contrário não há como atuar um direito inexistente, visto que este só virá a ser no caso concreto, no momento da aplicação de uma norma. O jurista também acrescenta que, ao afirmar que a finalidade do processo é pacificar com justiça, suscita-se uma questão imediata: “os direitos garantidos no processo não se confundem com o direito material que será objeto de exame na sentença”. Não se pode estabelecer como finalidade do processo a valoração da justiça do direito material, pois “a atuação do direito poderá ser valorada como justa, se justo for o direito a ser atuado”.

Para que os cidadãos tenham acesso a uma ordem jurídica justa, que ao mesmo tempo garanta a segurança jurídica e decisões corretas, a ordem jurídica deve possuir princípios e garantias que permitam um integral acesso à justiça, sendo que dentro do âmbito especificamente processual, devem ser oferecidos, além da mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo, a garantia de observância das regras do devido processo legal, bem como a garantia da participação plena das partes na formação do convencimento do juiz que julgará a causa. Para ir mais além, o direito deve proporcionar e garantir condições para uma participação ativa nos procedimentos de produção de normas nos mais diversos níveis.

Diante disto, é necessário uma revisitação dos institutos processuais para que se consiga uma técnica processual mais adequada, capaz de atender aos anseios de uma sociedade pós-convencional e pluralista. A teoria discursiva possui manancial para abastecer novos caminhos e visões que possam responder a estes anseios. Com a pergunta acerca da possibilidade de uma única sentença correta para cada caso, podemos visualizar no campo específico da filosofia do direito as diversas correntes que se desenvolveram ao longo do tempo e que tentaram solucionar a questão da fundamentação e aplicação das normas.

A proposta de Habermas com a sua teoria foi apresentar uma possibilidade de superação da dicotomia entre segurança jurídica e decisão justa e que não recorresse a fundamentos últimos. Com uma compreensão procedimentalista do direito, e sabendo-se possível chegar a uma única sentença correta para os casos, pelo menos *in the long run*, ou seja, enquanto for mantido o acordo

referente à decisão, o juiz da teoria discursiva tem que conceber sua interpretação construtiva do direito, como a apresentada por Dworkin, como um empreendimento comum, sustentada pela comunicação pública dos cidadãos, o que levaria a um maior acesso à justiça e uma maior legitimidade das decisões, sem que se perca em termos de segurança. Em vez de um juiz com privilégios cognitivos, buscar-se-ia um processo que fosse aberto ao entendimento de todos. Não seria suficiente uma autolegitimação fática dos juízes apenas, como propuseram muitas teorias que se desenvolvem fundadas na esperança de uma melhor formação dos juízes. Isso recairia numa prática de especialistas do direito, que não proporcionaria uma intensa abertura democrática.

Um processo discursivo não visaria a um “fim natural”, à busca de um suposto direito natural passível de ser intuído pelos homens. O que há é um acordo não coercitivo, uma ordem de argumentos por enquanto coerentes, constituído de modo provisório, numa legítima busca cooperativa da verdade. Os direitos processuais devem ser aptos a garantir a cada sujeito a pretensão a um processo equitativo. As questões levadas ao processo são expostas a uma “clarificação” discursiva, permitindo aos atingidos adquirirem a segurança de que no processo só serão decisivos para a sentença judicial os argumentos que forem relevantes e não arbitrários. É por isto que Habermas afirma que as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas não apenas na dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica entre proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação. A correção de juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social, a qual não pode ser hipostasiada em fatos.

Ao concluir o capítulo referente à indeterminação do direito e a racionalidade da aplicação judicial (HABERMAS, 2005, cap. 5), Habermas dá alguns apontamentos genéricos de como poderia se desenvolver uma teoria discursiva no direito. Recorrendo ao direito processual civil e penal alemão, a partir de um levantamento feito por Günther, Habermas mostra como sua teoria pode se estruturar com a instauração jurídico-processual dos discursos jurídicos. Num primeiro momento, ele analisa os aspectos da realização de uma atividade “legitimamente argumentativa” (DUTRA, 2006a, p. 29), sob a perspectiva do olhar imparcial do juiz. Já num outro momento, ele analisa os aspectos institucionais para a garantia de um ordenamento aberto a uma legitimação democrática. Com base nestes apontamentos, algumas questões específicas do direito processual brasileiro serão analisadas sob o viés da teoria discursiva.

## 2 A INSTAURAÇÃO DE DISCURSOS JURÍDICOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O debate sobre a da função do processo tem por pano de fundo as discussões da dogmática do direito civil alemão, na disputa entre direitos objetivos e direitos subjetivos. Na origem da discussão podem-se verificar duas escolas diferentes acerca do ordenamento jurídico. De um lado estão aqueles que acreditam ser a função do ordenamento a de fazer atuar as normas abstratas, declarando o direito que preexiste no ordenamento. É a chamada teoria dualista do ordenamento jurídico. Para Chiovenda, o ordenamento jurídico estaria cindido entre direito material, que ditaria as regras abstratas que se tornariam concretas no momento em que o fato enquadrado nas suas previsões ocorresse, sem qualquer participação do juiz, e direito processual (CINTRA, 2002). Assim, o julgador somente declararia o direito aplicável ao caso concreto, ou, conforme expõe Chiovenda, a jurisdição seria a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição da atividade alheia pela dos órgãos públicos, ou afirmando a existência da vontade da lei, ou tornando-a efetiva na prática. Por esta idéia, a norma concreta nasceria antes e independentemente do processo (CINTRA, 2002). Esta concepção procura se adaptar a essa noção declaratória de jurisdição, tendo a função de “atuar” o direito (BELLINETTI, 1994, p. 71). Ela é resultante da “concepção pura de positivismo” (BELLINETTI, 1994, p. 61-2), a que resume o direito ao sistema legal e aos princípios a ele inerentes. Neste caso, a sentença seria um ato de mera inteligência do juiz (BELLINETTI, 1994).

Do outro lado está a concepção unitária do ordenamento jurídico, na qual o juiz faria mais do que simplesmente declarar o direito, pois teria também uma função constitutiva. O direito objetivo não disciplinaria sempre todos os conflitos de interesses. Por isto, o processo seria necessário para a complementação dos comandos da lei. A cisão entre direito material e direito processual, aqui, não seria tão nítida: “o processo participa da criação de direitos subjetivos e obrigações, os quais só nascem efetivamente quando existe uma sentença” (CINTRA, 2002, p. 39). Neste sentido é que Cernelutti entendeu por lide, num primeiro momento de seus estudos, qualquer conflito de interesses que for regulado pelo direito e que busca uma composição justa feita nos termos do direito. O escopo do processo seria a “justa composição da lide”, estabelecendo qual norma de direito material disciplina o caso, dando razão a uma das partes (CINTRA, 2002, p. 133). Suas raízes estão nas doutrinas positivistas críticas do positivismo puro, tendo Kelsen como o principal expoente (BELLINETTI, 1994).

Por trás dessa discussão também está aquela a respeito da evolução do conceito de direito de ação. Pela teoria imanentista, que remonta à Savigny, a ação seria o direito de pedir em juízo o que nos é devido. A ação e o processo seriam meros capítulos do direito substancial, sendo aquela vinculada ao direito subjetivo material. Com a polêmica entre Windscheid e Mütther, foi admitido um direito de agir que poderia ser exercido contra o estado e contra o devedor. A partir disto, as teorias processualistas desenvolveram a idéia de que o direito de ação era autônomo em relação ao direito material, sendo um “direito subjetivo público oponível ao estado” (GONÇALVES, 1992, p. 137). À teoria concreta filiou-se Chiovenda, pela qual formulou a tese da ação como direito potestativo<sup>1</sup>. O direito de ação é um direito autônomo, embora não seja um direito subjetivo. Dirige-se contra o adversário e configura o poder jurídico de dar condições para que a vontade concreta da lei atue. Ele seria, em resumo, um direito que pertence a quem tem razão, contra quem não a tem. Nesse sentido, a ação seria um direito autônomo e concreto. Já seguindo a linha de pensamento daqueles que entendem a ação como direito autônomo, mas abstrato, o direito de ação independeria da existência efetiva do direito material invocado. Haveria ação mesmo quando uma sentença negasse a pretensão do autor, sendo necessário para a caracterização do direito de ação apenas que o autor mencione um interesse seu protegido em abstrato pelo direito (CINTRA, 2002).

É importante verificar que somente com a desvinculação do direito de ação em relação ao direito subjetivo material é que foi possível a atribuição de garantias de defesa e de proteção jurisdicional ante possíveis violações de direitos. Nesse sentido, a teoria discursiva procurou fundamentar um direito de acesso à justiça que assegurasse a todas as pessoas idêntica proteção jurídica, igual direito de ser ouvido, igualdade na aplicação do direito, igual trato perante a lei, etc. Com a conjugação do direito a iguais liberdades subjetivas de ação, do direito de pertencimento a uma comunidade jurídica e do direito de ação é que se estabelece, para Habermas, o código do direito, que deve ser neutro e livre de qualquer ingerência material (HABERMAS, 2005).

A maioria dos processualistas brasileiros define a natureza jurídica da ação como um direito de natureza pública, que tem por conteúdo o exercício da jurisdição e de natureza constitucional. Para Calmon de Passos (2001), é o processo que deve condicionar o produto, e não o contrário. Como o direito

---

<sup>1</sup> Com Chiovenda se estabeleceu a concepção de que o direito de ação seria um direito subjetivo de natureza potestativa, e a de que o processo seria uma relação jurídica e um instrumento de atuação da lei (GONÇALVES, 1992, p. 137).

não é algo dado aos homens pela natureza, mas por eles produzido, foi importante todo esse processo de autonomização do direito de ação (PASSOS, 2001). O processo deixou de ser visto como um mero instrumento do direito material e é por isto que se critica a tese de uma instrumentalidade do processo no sentido de submissão ao direito material, dando ao processo um caráter secundário, de dependência. Segundo Bedaque, o direito processual tem a finalidade de garantir que a norma substancial seja atuada, ou seja, o direito processual atuaria quando o direito material não fosse realizado espontaneamente (BEDAQUE, 2003). Seria um instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que ele possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. Assim, a natureza instrumental do direito processual impõe que os seus institutos sejam concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial (BEDAQUE, 2003).

Dinamarco entende que o sistema processual deve guardar “perene correspondência” com a ordem constitucional, no sentido de acompanhar as “opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional”. O processo deve ser o espelho e salvaguarda dos “valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar”. Para fundar a sua teoria da instrumentalidade do processo, o autor se baseia num conceito de justiça de conteúdo substancial e efetivo e num conceito de estado que busca ser o provedor dos seus cidadãos, que preza pelo bem-estar coletivo por meio de uma prática “declaradamente intervencionista”, que age sobre a ordem econômica e social, “buscando sua modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita” (DINAMARCO, 2003, p. 33-5). Nesse sentido, o processo teria uma forte vinculação com as nuances políticas de cada período, pois tem uma estrutura teleológica que se manifesta nos escopos do processo (DINAMARCO, 2004, cap. 4). Os fins da jurisdição não seriam apenas jurídicos, mas também sociais – pacificação com justiça e educação – e políticos – a participação, a afirmação da autoridade do estado e de seu ordenamento<sup>2</sup>. O processo, então, ficaria preso ao ethos de uma comunidade e a um conceito substancial de justiça, que são alvos de crítica da teoria discursiva, no que concerne à relação entre direito e poder e direito e

---

<sup>2</sup> Aroldo Plínio Gonçalves desenvolve uma crítica a respeito dos escopos meta-jurídicos do processo no item 9.6 do seu livro “Técnica processual e teoria do processo” (GONÇALVES, 1992, p. 179-88).

moral, e por não atentar à divisão habermasiana entre discursos morais, éticos e pragmáticos.

Para Calmon de Passos, se os juristas contemporâneos atentassem para a importância dos estudos a respeito da linguagem, não dariam tanta ênfase à instrumentalidade do processo, ou a ênfase seria diferente. O direito é linguagem, e linguagem é também o direito aplicado ao caso concreto, que assume a forma de uma decisão judicial ou administrativa. Não dá para se dissociar o direito de seu processo de enunciação, pois direito pensado e o processo do seu enunciar são uma só coisa. Se direito é linguagem, o processo nada mais é que a linguagem que dá concreção ao direito. Assim, para ser rigoroso com os termos, Calmon de Passos conclui que “falar de ‘instrumentalidade’ em dogmática é utilizar-se palavra de todo inadequada”, por se tratar de um reducionismo simplificador ao ser identificada a instrumentalidade com o processo. O processo deve proporcionar a oportunidade para que as pessoas possam se “revelar”, pois esta é a estrutura do discurso e da ação, e não se constituir em meio de propagação de uma “verdade pressuposta”. Por isso, falar de instrumentalidade no nível da comunicação, do discurso, da ação, “ou é imaturidade de reflexão, por déficit filosófico, ou manipulação ideológica perversa, por déficit de solidariedade”. O direito está situado no mundo da ação e do discurso, no qual procuramos dar sentido e significação ao nosso agir. Assim, se formos usar a palavra instrumentalidade no processo teremos que dar a ela significado diferente do que aquele utilizado em nível de interação do homem com a natureza (PASSOS, 2001). A instrumentalidade do processo deve ser entendida como o meio para os destinatários do processo formarem e aplicarem o seu próprio direito e disso não se conclui que “a técnica se desenvolve pela técnica e para a técnica” (GONÇALVES, 1992, p. 168-70).

O que se quer afirmar é que o processo vai muito mais além do que ser um instrumento para a realização das opções políticas do legislador, transformando-se num legítimo meio discursivo que não se confunde com a simples realização de uma presumida vontade da lei ou de um “papel-missão do juiz” chamado a “julgar com justiça” (GONÇALVES, 1992, p. 177). As críticas da teoria discursiva ao solipsismo judicial já expressaram isso.

Habermas (2005) afirma que em relação às restrições sociais e temporais do processo pode-se dizer que no aspecto temporal, mesmo não havendo uma estipulação com relação à duração máxima dos processos, os prazos impedem que as questões em litígio sejam tratadas dilatoriamente e fiquem à mercê das vontades das partes em dar andamento ao processo. Pelo aspecto social, a

distribuição dos papéis sociais no processo estabelece uma simetria entre os pólos da ação. Isso seria um pouco mais do que a noção de que as partes apenas “colaboram” (LIEBMAN, 2003, p. 45) com o juiz no processo e que estejam sempre em posições contrapostas (LIEBMAN, 2003), numa luta de ações e reações, de ataques e defesas (CALAMANDREI, 1973). Esta simetria entre os pólos da ação é que proporcionará uma solução “que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo” (CINTRA, 2002, p. 33). Nesse sentido é que o direito ao contraditório se mostra como a garantia de participação, em simétrica paridade, daqueles aos quais se destinam os efeitos da sentença, ou seja, aos que são chamados de interessados (GONÇALVES, 1992). Mas esta garantia não se confunde com “participação coativa” (GONÇALVES, 1992, p. 159). O contraditório seria uma oportunidade, e não uma obrigatoriedade, o que vai ao encontro das idéias de Habermas a respeito dos espaços de liberdade estratégica dentro do direito.

No que concerne às provas, os ônus vêm distribuídos de forma mais ou menos unívoca entre as partes e encontra-se estruturado de modo “agonístico” (DUTRA, 2006a, p. 29), como se fosse uma espécie de competição entre as partes que perseguem seus próprios interesses. Se é tarefa do juiz decidir o litígio, deve haver critérios que o permita resolver a controvérsia quando os fatos principais não estão provados. Mesmo se tratando de espaços de ação estratégica, esta estrutura está organizada de forma tal que permita a apreensão e tematização de todos os fatos e meios relevantes para a constituição do estado de coisas, estabelecendo-se assim como uma norma de julgamento. Nesse sentido é que Marinoni afirma que o ônus da prova dirige-se, em princípio, ao juiz, e também às partes, pois orienta sua conduta processual em face da prova (MARINONI, 2004).

A idéia de prova está ligada à tentativa de racionalização da descoberta da verdade. O juiz, no processo, tem por função a “reconstrução dos fatos” que a ele são apresentados e a aplicação a estes das regras abstratas do ordenamento jurídico positivo. Entretanto, esta função foi encarada de diferentes formas no decorrer evolutivo da ciência processual. Por muito tempo esteve ligada a uma simples idéia de o juiz ser a “boca da lei”, cabendo-lhe, segundo Marinoni (2004, p. 290), um juízo de “concreção da regra aos fatos”, extraindo-se a “conseqüência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizada pelo legislador”. É certo que a função da prova é de suma importância para o processo. Conforme expõe Chiovenda (2002, p. 18-9), o magistrado só terá condições de determinar qual a regra abstrata que deve ser aplicada ao caso concreto se ele souber como as coisas se passaram, ou seja,

como os fatos se desenvolveram. A norma fica condicionada à verificação de determinados fatos. Toda a vez que se verifica os fatos ou grupos de fatos previstos pela norma, a norma que antes representava uma vontade geral, abstrata, hipotética, passa a atuar a vontade concreta da lei, pois nasce, na verificação da ocorrência do fato previsto pela lei, uma vontade particular que está propícia a atuar no caso determinado. Marinoni (2004, p. 291, nota 4) aponta que é por causa desta idéia que Chiovenda define jurisdição como aquela que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei. Chiovenda, preso ao espírito de sua época, afirma que a interpretação é obra somente da doutrina e que ao juiz cabe-lhe apenas aplicar a regra. A importância da verdade no processo levou Chiovenda (1998) a dividir o processo de conhecimento entre a demanda e a sentença, processo este que seria composto por uma série de atos que objetivariam dar ao juiz condições de se pronunciar em relação à demanda. Marinoni (2004, p. 292) também aponta que Liebman (2003, p. 4) conceitua o termo “julgar” como a valoração de determinado fato que ocorreu no passado feita com base no direito vigente e determinadora da norma concreta que regerá o caso.

Este entendimento de que a tarefa do juiz é a de aplicar o direito objetivo ao caso concreto faz imprescindível “a reconstrução dos fatos a fim de que a hipótese prevista na norma seja adequadamente aplicada”. A adequabilidade estaria na “maior ou menor aproximação da hipótese descrita na regra com a realidade descoberta”. É por isto que Marinoni afirma que a verdade material (ou substancial) seria, nessa linha histórica, o escopo básico da atividade jurisdicional. Este ideal de “busca incessante da verdade absoluta”, ou nas palavras de Carnelutti (1973), a busca da “essência material do fato” (p. 168), legitimaria a função judicial e serviria como “válvula regulatória” de sua atividade, “na medida em que a atuação do magistrado somente será legitimada dentro dos parâmetros fixados pela verdade por ele reconstruída no processo” (MARINONI, 2004, p. 292-4). Apesar de para muitos esta idéia de verdade substancial já estar superada, a maioria dos processualistas modernos ainda têm como pressuposto que a verdade é uma concordância entre um fato da realidade sensível e a idéia que fazemos dele, fruto de uma filosofia vinculada ao paradigma do objeto (MARINONI, 2004). Marinoni conclui que o conceito de verdade no processo é intimamente ligado à idéia de verdade que se tem nos demais ramos do conhecimento (2004, p. 294-5). Assim, Marioni (2004) constata que a prova não é assunto versado exclusivamente pelo direito processual e, por isto, o seu conceito, sua função e suas particularidades devem ser informadas por elementos das mais diversas ciências, ingressando no direito processual com visão e regime particulares.



A reconstrução dos fatos passados é influenciada por vários aspectos subjetivos, como os das pessoas que assistiram os fatos, ou os do julgador, que receberá e construirá o seu convencimento a partir das narrações ou provas de outra espécie. A respeito desta questão, Marinoni afirma que o perceptor de uma informação sempre altera o seu conteúdo, pois o absorve à sua maneira, acrescentando-lhe caracteres pessoais que acabam distorcendo a realidade. Desse modo, o julgador jamais poderá excluir a possibilidade de que as coisas podem ter acontecido de maneira diversa da que lhe é apresentada. Além disto, outras particularidades acabam contribuindo para a não apreensão da verdade absoluta, porque no processo também se encontram limites legais para a atividade probatória, excluindo alguns meios de provas que podem afetar outros interesses (MARINONI, 2004), ou como afirmava Chiovenda (2002), no interesse da paz social, a lei traça limites à pesquisa da verdade.

Marinoni traz para o direito probatório brasileiro uma aplicação dos estudos da teoria discursiva, procurando avaliar a questão da verdade por meio do procedimento utilizado para se chegar a ela. A partir da premissa de que “não é objetivo concreto do juiz encontrar a verdade (absoluta) no processo”, o autor conclui que a função da prova é de ser um meio “retórico” indispensável ao debate judiciário: “o processo deve ser visto como palco de discussões; a tópica é o método da atuação jurisdicional e o objetivo não é a reconstrução do fato, mas o convencimento dos demais sujeitos processuais sobre ele”. A razão vai centrar-se na comunicação e não na reflexão isolada de um só sujeito, sendo que o verdadeiro e o falso não se originarão nas coisas, nem na razão individual, mas no procedimento. A verdade, nesse contexto não absoluto, vai ser, ao menos para os participantes, o resultado do processo, atingido após o discurso, sendo algo provisório, prevalecendo apenas enquanto se verificar o consenso, e para uma situação específica e concreta (MARINONI, 2004).

Com base na teoria discursiva, Marinoni (2004) pode então questionar a vinculação da ideia de prova com o passado, como se fosse possível, por meio da reconstrução dos fatos passados, apresentar ao juiz meios que o convença sobre a efetiva ocorrência de tais fatos. Para o autor, “é impossível o restabelecimento dos fatos pretéritos”. A prova assumirá, deste modo, a função de “fundamento para a escolha racional” da hipótese que irá servir de conteúdo para a decisão judicial, sendo apta a justificar a escolha de uma das teses trazidas pelas partes ao processo. Por isso, Marinoni entende que a prova pode ser definida como um meio retórico que vem regulado pela lei e tem por destino o convencimento do juiz acerca da validade das proposições apresentadas no processo. É importante ressaltar que essa desvinculação da prova com a verdade

não quer dizer que o juiz não deva pautar-se pela meta de perseguir sempre uma verdade ideal no processo. Entretanto, é necessário estar ciente das limitações que se têm quando se trata do instituto da prova no processo, pois é impossível se chegar ao encontro da “verdade” (MARINONI, 2004, p. 307-8).

Dentro deste contexto, a prova não se destinará a provar fatos, mas as “afirmações de fato” (MARINONI, 2004, p. 308-9). A alegação é que pode estar em consonância com o que se passou, e não o fato, pois este não pode ser qualificado como verdadeiro ou falso, porque ou ele existe ou não existe. Somente as alegações sobre um fato é que serão passíveis de serem qualificadas como verdadeiras ou falsas. Tratando-se de uma teoria que privilegia a argumentação dentro do processo, cabe ressaltar algumas regras que auxiliam no processo argumentativo, como a que exige que ao processo sejam trazidos somente os fatos pertinentes e relevantes para a solução do litígio, pois só estes serão objetos de prova, e a regra que permite que no processo sejam alegados somente os fatos principais, pois os fatos secundários podem ser apreciados pelo juiz ainda que não tenham sido afirmados pela parte interessada.

Marcelo Cattoni de Oliveira (2001), munido também do arsenal teórico proporcionado pela teoria discursiva do direito, critica algumas dicotomias criadas pela doutrina jurídica. Uma delas é a dicotomia que se produziu na doutrina processualista brasileira, com base na lição de autores alemães, entre direito constitucional processual – o conjunto de normas constitucionais que estruturam o direito processual – e direito processual constitucional, ou, simplesmente, processo constitucional – processo por meio do qual a jurisdição constitucional é exercida<sup>3</sup>. Essa distinção surgiu, segundo Oliveira (2001), no contexto histórico de criação de uma jurisdição constitucional concentrada do direito tradicional continental europeu. Seguindo a teoria kelseniana, o legislativo e a corte constitucional estão autorizados a interpretar a constituição; os cidadãos e o juiz comum não. Estes devem presumir a constitucionalidade dos atos normativos e das leis, segundo o entendimento da corte constitucional. Parafraseando Peter Häberle (1997), neste caso poderíamos falar de uma sociedade fechada dos intérpretes da constituição, sociedade esta que, para Oliveira (2001, p. 185),

---

<sup>3</sup> Segundo Cattoni (2001), a distinção poderia ser resumida da seguinte forma: o direito constitucional processual seria formado a partir dos princípios basilares do devido processo e do acesso à justiça, e se desenvolveria por meio de princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao ministério público, enfim, os princípios do contraditório.

criou a doutrina das normas constitucionais programáticas, dos direitos fundamentais em sentido objetivo, que equiparou os direitos a bens negociáveis, que inspirou a doutrina dos escopos metajurídicos do processo, que criou a jurisprudência dos valores.

As razões que Oliveira (2001, p. 184) levanta para ir contra essa divisão são duas:

Por um lado, se o direito constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas são produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação jurisdicional, não há direito processual que não deva ser, nesse sentido, constitucional. Por outro lado, no Brasil, apesar de vozes discordantes, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira.

Cattoni leciona que tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos, todo cidadão pode ser considerado como intérprete da constituição: “qualquer cidadão tem o direito de desobedecer a comandos estatais inconstitucionais e qualquer juiz deve pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade desses comandos”. Esse direito a desobedecer presume-se do fato de que a decisão judicial acerca da inconstitucionalidade é declaratória e com efeitos retroativos, resultado de um “reconhecimento institucional de um direito concreto a desobedecer” (OLIVEIRA, 2001, p. 185). Com base na afirmação de José Luiz Quadros de Magalhães de que no Brasil toda jurisdição é jurisdição

---

rio, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural, etc. Já o direito processual constitucional seria formado a partir de normas processuais de organização da justiça constitucional e de instrumentos processuais previstos nas constituições, afetos à garantia da constituição e à garantia dos direitos fundamentais, controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamentos de agentes políticos, recurso constitucional, habeas corpus, amparo, mandado de segurança, habeas data, etc. (OLIVEIRA, 2001, p. 183). No direito processual brasileiro há alguns autores que tratam especificamente dessa divisão. Manuel Galdino da Paixão Júnior (2002), no capítulo IV do seu livro “Teoria geral do processo” trata do direito processual constitucional; José Cretella Neto (2002) apresenta, no capítulo IV de seu “Fundamentos principiológicos do processo civil”, quais são os princípios constitucionais do processo civil; Nelson Nery Júnior (1999) é outro processualista que tem uma obra específica sobre o tema, intitulada “Princípios do processo civil na Constituição Federal.

---

constitucional, Cattoni aponta que segundo o ordenamento jurídico brasileiro, o controle de constitucionalidade pode ser dado como preliminar de mérito em qualquer processo, podendo o cidadão se opor ou argüir uma inconstitucionalidade, sendo que todo juiz ou tribunal, em qualquer instância, pode e deve apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer espécie.

A ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de segurança, o habeas corpus, o mandado de injunção, nada mais são do que meios processuais especiais, complementares e, como tais, devem ser compreendidos como formas de concretização do mais amplo modelo do direito à tutela jurisdicional. A atividade jurisdicional que se desenvolve através deles não cria um estado de exceção e nem mesmo o Supremo Tribunal Federal deve assumir o papel de uma corte constitucional kelseniana ou de presidente do Reich schmitiano. A cidadania não precisa de tutores (OLIVEIRA, 2001, p. 184).

Nesse sentido, mesmo que se admita a existência de um processo constitucional enquanto disciplina de estudo, qualquer processo é constitucional e por isso não se deve levar tão a sério a distinção apresentada, a ponto de se distinguir intimamente o que se relaciona ao processo e o que se relaciona à constituição.

Com o mesmo arsenal teórico, Oliveira (2001) ainda discute alguns entendimentos da doutrina processualista brasileira acerca dos direitos transindividuais. Assim, a distinção que poderia haver entre direitos individuais, coletivos, sociais e difusos é apenas de natureza lógico-argumentativa, pois é só no momento da aplicação das normas que se verificará com precisão qual tipo de direito se trata, inclusive sendo possível a utilização dos mais variados meios processuais, individuais ou coletivos, para a tutela desses direitos. Para Oliveira (2001), tal perspectiva seria mais ampla do que a teoria da interdependência dos direitos, a qual reconhece a interdependência entre os direitos humanos, não os considerando apenas pelo enfoque histórico-cronológico, marcado pela classificação dos direitos em gerações, mas buscando compatibilizar os direitos uns em relação aos outros. Isto porque neste caso “não se trata simplesmente de uma aplicação ponderada, proporcional ou compromissória de normas constitucionais, semanticamente consideradas, que pretende restringir ou otimizar o exercício dos direitos”. Tal tipo de aplicação de normas é guiada por uma compreensão axiológica dos direitos, compreensão rejeitada por Habermas, por confundir e reduzir “a aplicabilidade ou adequabilidade de uma norma à justificação ou extensão da sua validade ou vigência jurídicas”. Nenhuma predeterminação material pode dar prioridade

a determinados pontos de vista normativos, em detrimento de outros, porque a adequabilidade de um discurso de aplicação só é procedimentalmente justificada em cada caso concreto (OLIVEIRA, 2001).

Se partirmos de uma compreensão procedimentalista do direito, em que qualquer proposição jurídica é fruto de interpretação, sobre o pano de fundo de visões paradigmáticas concorrentes, não se pode predefinir o conteúdo ou a extensão total de um dispositivo normativo, que ganha sentido a cada novo caso concreto, predeterminando-se materialmente a argumentação. É necessário, mais uma vez, romper com uma teoria material do direito e dos direitos que estabelece um modelo padrão, fixo, para a sua efetivação, até mesmo porque a dinâmica de uma sociedade democrática e pluralista não coaduna com visões privilegiadas e excessivamente concretas do que seja vida, liberdade, igualdade, segurança, trabalho ou até mesmo dignidade humana (OLIVEIRA, 2001, p. 190).

O sistema processual brasileiro é vantajoso nesse sentido, pois o meio coletivo não exclui o individual e vice-versa, havendo entre eles uma “inter-relação” explicitada na Lei 8.078/90, sendo que os direitos individuais homogêneos, coletivos, e difusos não estão estabelecidos num catálogo fechado. Com base no Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, só poderemos determinar o tipo de direito transindividual por meio de uma argumentação jurídica de aplicação com vistas ao caso concreto. Se assim não for, as possibilidades de acesso à jurisdição serão reduzidas e se nos prendermos a um catálogo fechado dos direitos transindividuais negaremos de antemão a tutela jurisdicional, pois somente no caso concreto se saberá a respeito da correta categorização de tais direitos (OLIVEIRA, 2001).

Se o direito processual for estruturado deste modo, ou seja, instaurando jurídico-processualmente os discursos jurídicos, demarca-se institucionalmente um espaço interno para o livre processamento de razões nos discursos de aplicação. Os procedimentos que se dão antes da audiência oral – ou do saneamento do processo – servem para definir o objeto de disputa, delimitando-se claramente os casos (HABERMAS, 2005). Seguindo a exemplificação de Dutra (2006a), no caso do sistema processual brasileiro podem-se sugerir os seguintes dispositivos: o Art. 5<sup>a</sup>, LIV da Constituição Federal, que dispõe sobre o devido processo legal; o mesmo artigo em seu inciso LV estabelece como direito individual o contraditório e a ampla defesa.

A relação circular que há no processo entre normas jurídicas e estado de coisas, ou seja, entre variantes de interpretação e relações com fatos, é atenuada pela divisão entre questões de fato e questões de direito, fazendo com que as normas permaneçam “atrás dos bastidores” até que os fatos sejam estabelecidos

por meio das diligências probatórias encenadas na interação entre as partes do processo. O direito processual compreende o discurso jurídico acerca dos fatos provados ou tidos por verdadeiros quando o tribunal tem que expor e fundamentar seu juízo perante os implicados no processo e ante a opinião pública, fundamentação esta que compreende os fatos que se julga e os motivos da decisão. Os juízes são livres para formar o seu convencimento, pois os procedimentos não normatizam as razões que devem ser consideradas admissíveis, nem tampouco o percurso que a argumentação deve seguir (HABERMAS, 2005).

No caso brasileiro, o Art. 93, III, da Constituição Federal estatui que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. O Art. 157 do Código de Processo Penal dispõe sobre a formação da livre convicção do juiz na apreciação da prova e o Artigo 381, III, preceitua que a sentença deverá indicar os motivos de fato e de direito em que se funda a decisão. Já o Código de Processo Civil, em seu Art. 131, preceitua sobre a livre apreciação da prova pelo juiz, que deve se ater aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, indicando na sentença os motivos para a formação do seu convencimento. Sobre os prazos, o Art. 192 traz que os prazos peremptórios não podem ser reduzidos ou prorrogados pelas partes. Sobre o objeto, o Art. 286 estabelece que ele deve ser certo ou determinado, delimitando os casos em que ele pode ser genérico.

E por fim, o resultado do processo pode ser reexaminado pelas sucessivas instâncias superiores. Para Habermas, esta possibilidade de revisão institucionalizada serve para duas coisas: à proteção individual do direito sob o duplo ponto de vista da justiça no caso singular; e à uniformização na aplicação do direito e seu aperfeiçoamento, por meio da concentração da jurisdição em tribunais cada vez mais altos até chegar ao tribunal supremo. As partes têm o direito de obter decisões corretas e justas mediante a revisão das sentenças. Essa simples possibilidade de revisão já é um fator que força os tribunais a fundamentarem cuidadosamente a sua decisão. Para que o sistema jurídico seja eficiente e substitua a autotutela<sup>4</sup>, as partes devem estar seguras

---

<sup>4</sup> A autotutela seria aquela vigente numa comunidade, na qual ou não haveria direito, ou o direito não estaria acima da vontade dos particulares. Não havendo o direito, inexistiria um órgão estatal com soberania e autoridade para cumprir o direito, nem ao menos existiriam leis. Assim, aquele que pretendesse algo, deveria buscá-lo “com sua própria força e, na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão” (CINTRA et al., 2002, p. 21).

de que obterão uma decisão correta. Em síntese, “o tribunal tem que decidir cada caso particular mantendo a coerência da ordem jurídica em conjunto” (HABERMAS, 2005, p. 39). No sistema brasileiro, cabe ao Supremo Tribunal de Justiça esta tarefa. O recurso especial é possibilitado quando a decisão à qual se recorre dá à lei federal uma interpretação que seja divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, conforme o Art. 105, III, c, da Constituição Federal. Ao supremo Tribunal Federal cabe função análoga, quando a Constituição Federal, em seu Art. 102, II, a, atribui-lhe a função de uniformização da jurisprudência em face da Constituição Federal, por meio de recurso extraordinário.

### 3 CONCLUSÃO

O intuito deste artigo foi apresentar a crítica de Habermas à teoria do direito contemporânea, mostrando como se daria sua aplicação ao direito processual civil brasileiro por meio da institucionalização de discursos jurídicos. Assim, dentro do âmbito processual, se partirmos de uma perspectiva discursiva, é necessária a reforma do direito processual para torná-lo efetivamente discursivo. Por isso, no trabalho foram levantadas algumas hipóteses de como deveriam ser interpretados alguns institutos do direito processual.

Na sociedade atual existe uma pluralidade de modos de vida que são concorrentes entre si. Não é mais defensável uma teoria que imponha verdades absolutas como fundamento para o direito, ou seja, que pressuponha fundamentos metafísicos ou de ordem naturalística ou de ordem teológica para as normas de ação. É por isso que o direito deve buscar os princípios de sua justificação dentro do interior da própria realidade jurídica. A teoria procedimental de Habermas propõe um novo caminho para a compreensão do estado democrático de direito, indicando dentro do campo da teoria do direito condições pragmáticas de comunicação para que os discursos jurídicos de justificação e aplicação se realizem. Um direito processual que queira ser um meio comunicativo de realização da liberdade do homem, no qual todos possam se expressar e se encontrar, não pode se comprometer com verdades impostas por uma comunidade de sábios do direito. Somente a partir de uma prática intersubjetiva de produção do direito se poderá garantir a legitimidade das decisões.

## REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. [Trad.] Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. [Trad.] Santiago Sentis Melendo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1973. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. [Trad.] Paolo Capitanio. I. 3. ed. Campinas : Bookseller, 2002. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004a. v. 1.

DUTRA, Delamar José Volpato. Da problemática na aplicação do direito: a recepção habermasiana da teoria do direito de Dworkin. *Dissertatio*, Pelotas, n. 21, p. 61-88, 2005.

\_\_\_\_\_. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. *Veritas*, Porto Alegre, v. 51, p. 18-41, mar. 2006a.

\_\_\_\_\_. Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do Direito. *Phronesis (PUCCAMP)*, Campinas, v. 8, p. 11-32, 2006b.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.



GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 219.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. [Trad.] Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intelectos, 2003. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENDHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: RT, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei nº 9.686/99. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 33, n. 36, p. 177-207, 2001.

PAIXÃO JR., Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001.



---

AS INTERAÇÕES SISTÊMICAS ENTRE DIREITO, ECONOMIA E ORGANIZAÇÕES: CONSIDERAÇÕES SOBRE O ROMPIMENTO COM O CARTESIANISMO E O DIREITO COMO CUSTO PARA ATIVIDADE EMPRESARIAL

SYSTEMIC INTERACTIONS BETWEEN LAW, ECONOMICS AND ORGANIZATIONS: CONSIDERATIONS ABOUT THE RUPTURE WITH THE CARTESIANISM AND THE LAW AS COST TO THE BUSINESS ACTIVITY

Luciano Vaz Ferreira \*

**Resumo:** No estudo da epistemologia, duas vertentes opostas encontram-se em constante combate. De um lado, a proposta cartesiana, que vê o mundo como um objeto preciso e previsível, capaz de ser dissecado em partes totalmente independentes, sem comunicação entre elas, de modo a facilitar sua compreensão. Como contraponto, tem-se a abordagem sistêmica, a qual prega que a interação entre as diversas partes é fundamental para o funcionamento do objeto como um todo. Dessa maneira, pode-se concluir, que enquanto o fundamento para a primeira está na separação das diversas disciplinas, a segunda prima pela interdisciplinaridade. A realidade é rica em demonstrar variados exemplos de influências mútuas entre Direito, Economia e Administração. Nesse cenário, a abordagem da “Análise Econômica do Direito e das Organizações” (Law, Economics and Organizations) revela-se ser um interessante mecanismo para a solução das controvérsias jurídicas, por meio da superação do paradigma cartesiano.

**Palavras-chave:** Cartesianismo. Teoria dos Sistemas. Direito. Economia. Administração.

**Abstract:** In the study of epistemology, two opposite theories can be found in an endless combat. On the one hand, the Cartesian proposal, which sees the world as a precise and predictable object, capable of being dissected into totally independent pieces without any communication among them, to make comprehension easier. On the other hand, there is the systemic approach, which states the contrary: the interaction between

---

\* Professor de Direito Comercial e Tributário nos cursos de Administração e Contabilidade da Faculdade Porto-Alegrense, Bacharel em Direito (PUCRS) e Mestre em Direito (UNISINOS).

the parts is important for the functioning of the whole object. Thus, it is possible to conclude that, while the basis of the first theory is the separation of different disciplines, the second defends interdisciplinarity. Reality is rich to show numerous examples of mutual influence among Law, Economics and Administration. In this scenario, the Law, Economics and Organizations approach appears as an interesting mechanism for the solution of law controversies by the overcoming of the Cartesian paradigm.

**Keywords:** Cartesianism. Systems Theory. Law. Economics. Administration.

## 1 INTRODUÇÃO

Uma grande montadora lança um novo carro no mercado que, em poucos meses, revela ter um design falho: o tanque de gasolina foi colocado na parte traseira do veículo, em um local extremamente vulnerável. Assim, uma pequena batida traseira pode gerar a explosão do veículo em questão de segundos. Após inúmeros consumidores sofrerem graves acidentes, ações judiciais foram propostas. Em uma análise de “custo / benefício”, a empresa constata que seria mais barato pagar as indenizações aos lesados a promover um amplo recall do modelo, ainda que a escolha da primeira alternativa implique em perda de vidas. Demorou-se quase uma década para que o design fosse corrigido.

Uma empresa prestadora de serviços possui a prática de firmar contratos com seus consumidores por meio telefônico, sem checar os dados fornecidos. Inevitavelmente, algumas pessoas passam a utilizar a falsidade ideológica, de modo a aproveitarem-se da situação. Os verdadeiros donos da documentação acabam sendo prejudicados, pois se tornam inadimplentes sem nunca terem usufruído o serviço. A empresa escolhe pagar as ações na justiça a modificar sua forma de contratação, o que implicaria em custos elevados.

Apesar do tom dramático na apresentação dos casos acima, eles são reais. O primeiro ocorreu nas décadas de 70 e 80; o segundo, cotidianamente. Apesar de parecerem de simples resolução, envolve, na realidade, uma radical mudança de paradigmas epistemológicos, que será vista a seguir.

## 2 O MODELO CARTESIANO

O pensador francês René Descartes, no Século VII, com sua obra “Discurso sobre o Método”, propôs um método científico universal, baseado nas ciências exatas, para aplicação em todos os ramos do conhecimento. A obra cartesiana foi, em sua época, revolucionária, pois propunha um método racional e laico

(basta lembrar da célebre frase de Descartes, “penso logo existo”, derrubando qualquer influência religiosa), de acordo com o pensamento iluminista. Para o autor, o universo funcionava como uma máquina (por isso suas idéias foram conhecidas como “mecanicistas”), de forma precisa e previsível.

Sua abordagem reducionista propunha a divisão dos objetos de estudo em diversas partes, reduzindo-os aos seus componentes mais básicos (DESCARTES, 2000). Sendo assim, não se analisa o problema como um todo, mas sim o funcionamento das partes individualizadas, isoladas das demais. Com a dissecação de cada parcela, entende-se ser possível deduzir como o objeto em sua totalidade se comporta.

Os mecanicistas utilizaram o relógio de pêndulo como modelo de sua teoria. Esse artefato artificial construído pelo homem é autômato, funcionando por meio de um pêndulo (sem força de energia externa). Caso uma engrenagem do relógio estrague, apesar de impedir seu correto funcionamento, não compromete, em si, as outras partes que o compõe. Dessa maneira, bastaria identificar, isolar e substituir a parte defeituosa, sem a necessidade de executar diagnósticos nos demais componentes, uma vez que sua suposta independência impede que sejam afetados.

Como o conhecimento humano, por séculos, era considerado como uno, vivenciava-se, antes de Descartes, um ecletismo que hoje seria considerado inacreditável: os pensadores de outrora eram, ao mesmo tempo, filósofos, matemáticos, médicos, pintores e juristas (Leonardo da Vinci, como maior exemplo). O projeto do filósofo francês superou esse modelo, ao compartimentalizar o conhecimento de modo a facilitar sua compreensão, permitindo uma crescente especialização das áreas profissionais. Nesse sentido, não há comunicação entre diferentes ciências, visto que cada qual cumpre o seu papel de forma paralela.

### 3 O MODELO SISTÊMICO

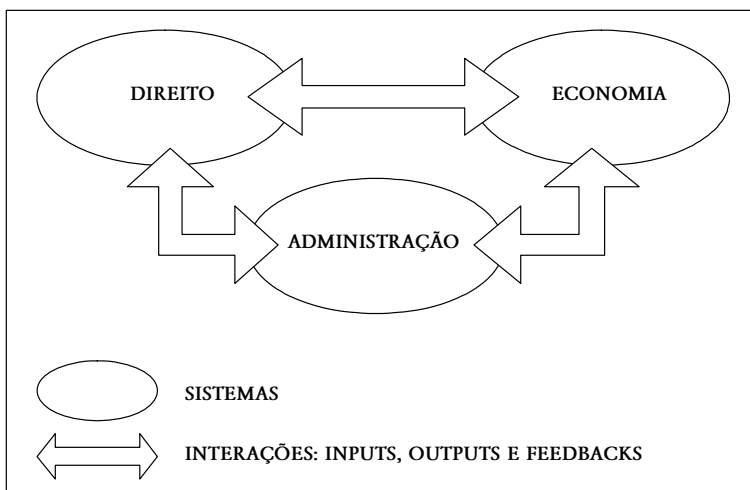
Uma alternativa à abordagem cartesiana foi proposta por Ludwig Von Bertalanffy, por meio da Teoria Geral dos Sistemas, sendo que a inspiração de seu conteúdo está nas ciências naturais. Conforme a visão sistêmica, o conhecimento estaria dividido em uma plêiade de sistemas. Há uma necessidade da individualização dessas estruturas, à medida que a eliminação completa de barreiras não permite a criação de diferenciação entre as partes, causando confusão. No entanto, essa relativa autonomia não exclui a interdependência entre os diversos sistemas (TEUBNER, 1993), uma vez que

eles se encontram inseridos no mesmo ambiente, comunicando-se entre si, de forma contínua.

Assim como a teoria mecanicista, a teoria sistêmica também possui uma pretensão epistemológica universal de ser utilizada em todos os campos do conhecimento. Contudo, enquanto o primeiro prevê um comportamento estático das partes, a proposta sistêmica apresenta o oposto, ao estabelecer a capacidade de interação constante, de forma dinâmica, entre os vários sistemas. Desse modo, ao invés de promover o isolamento e fragmentação das diversas disciplinas científicas (DUTRA; ROCHA, 2005), prima pela coordenação e interdisciplinaridade.

A interação entre sistemas, característica principal dessa abordagem, é realizada por meio de entradas (inputs) e saídas (outputs) de elementos oriundos do ambiente e de outros sistemas. Um conceito bastante utilizado é o de realimentação (feedbacks), em que um elemento sai de um determinado sistema, sofre transformações ambientais e entra novamente no mesmo sistema.

Os diversos sistemas constituem um todo organizado, com propriedades diferentes daquelas encontradas na simples soma de partes que o compõem (DUTRA; ROCHA, 2005). A mera análise de um só componente do todo, como propunha Descartes, é altamente reprovável para essa teoria. O modelo das ciências naturais faz-se notar aqui. Conforme uma concepção orgânica, a precariedade de um determinado órgão de uma entidade biológica pode comprometer o funcionamento do organismo como um todo. Um problema celular, como um câncer, por exemplo, pode entrar em processo de metástase, propagando-se em outras regiões. De nada adiantaria isolar o componente afetado, uma vez que o dano pode facilmente migrar para outro sistema. Dessa maneira, compreendem-se os sistemas como estruturas complexas, de modo que a contínua comunicação pode conduzir tanto a evolução do todo, como a difusão dos seus problemas.



**Figura 1.** representação da dinâmica sistêmica, utilizando direito, economia e administração.

#### 4 INTERAÇÕES SISTÊMICAS

O cartesianismo foi adotado majoritariamente, pois se encontra, mesmo na contemporaneidade, enraizado em diversas matrizes teóricas (CAPRA, 1986). A própria educação acadêmica e profissional dá-se nesse sentido, ao estimular um rigorismo científico que prefere a fragmentação à interdisciplinaridade.

Essa abertura de uma grande distância entre as áreas especializadas influenciou na construção dos arcabouços teóricos de diversos autores. No campo do direito, foi criada por Hans Kelsen, na primeira metade do Século XX, a “Teoria Pura do Direito”. Para o jurista austríaco, o fenômeno jurídico deveria ser observado de forma independente, restringindo-se ao estrito estudo da norma, sem influências externas de outras áreas que poderiam macular a ciência do direito, como a filosofia e a sociologia (por isso Kelsen adjetiva sua teoria como “pura”) (KELSEN, 2000). Os ensinamentos de Hans Kelsen foram bem aceitos no meio acadêmico brasileiro, contribuindo para o estabelecimento de um ensino jurídico compartimentalizado e afastado de outros ramos.

As interações entre direito, economia e administração, sob a ótica do modelo cartesiano, é inexistente. O profissional do direito evita a utilização de conceitos econômicos, pois não fazem parte de seu vocabulário, a despeito de viver-se em uma economia globalizada e cada vez mais determinante das normas jurídicas; técnicas de negociação, úteis para a mediação de conflitos, que poderiam ser absorvidas das ciências administrativas, inexistem no contexto

do ensino jurídico. Em contrapartida, o profissional de administração pouco estuda o direito, e geralmente quando o faz, é de forma totalmente desvinculada a sua atividade fim; da mesma maneira, a formação do economista não dá destaque algum às disciplinas jurídicas. Nota-se, assim, que o método introduzido por Descartes pouco privilegia a interdisciplinaridade, revelando-se uma barreira para a evolução do conhecimento.

Enquanto o ensino encontra-se atrelado a uma visão de mundo retrógrada, os problemas enfrentados no mundo contemporâneo revelam-se sistêmicos por excelência, o que torna a proposta cartesiana, dogmatically utilizada pelas instituições, insuficiente. O isolamento do direito, advogado por Kelsen, é uma completa falácia: leis são criadas ao sabor da conjuntura político-econômica, entre outros fatores. E não só o direito, enquanto sistema, que é influenciado por outras áreas, como também toma o papel de agente influenciador das demais.

A realidade transparece inúmeras situações em que o disposto acima pode ser provado. O direito tributário prevê o princípio da anterioridade, a saber: um aumento de tributo publicado em um determinado ano, só pode ser cobrado a partir do próximo exercício fiscal. No entanto, os impostos de importação, exportação e sobre produtos industrializados não padecem dessa disposição legal (HARADA, 2008). Não se trata de mera aleatoriedade. Esses tributos são fundamentais para a regulação da economia por parte do poder público, e de nada adiantariam se fossem engessados pelo princípio esculpido na Constituição Federal. Basta imaginar a urgência em equilibrar a balança comercial internacional por meio da alteração dos tributos de importação ou exportação.

O direito comercial, em seu turno, prevê o instituto da ação renovatória de aluguel comercial. No caso do proprietário de um determinado estabelecimento comercial pedir a retomada do imóvel, a Lei de Locações permite que o empresário promova uma ação que estabeleça a compulsoriedade da renovação contratual, desde que haja um contrato escrito pelo prazo de cinco anos (ou a soma dos contratos seja equivalente) e que a atividade comercial tenha sido a mesma durante três anos consecutivos (COELHO, 2003). Essa prerrogativa é exclusiva da locação comercial, não existindo precedente na modalidade residencial, uma vez que existe uma proteção ao ponto comercial criado pelo locatário. Nota-se aqui, uma influência da estrutura empresarial no direito.

De modo similar, observa-se a mudança proporcionada pela nova Lei de Falências (Lei n 11.101/2005), conhecida como Lei de Recuperação Judicial e



Extra-Judicial do Empresário e da Sociedade Empresária. A alteração do título é fundamental: não se busca, prioritariamente, a imposição da falência como pena para a má gerência, e sim a recuperação da estrutura empresarial. Essa tomada de posicionamento leva em conta as interações sistêmicas em vários planos: o direito instituiu um novo modelo, pelo menos à primeira vista, mais benéfico ao meio empresário (dessa maneira, importando-se com os reflexos causados no sistema representado pelas ciências administrativas) e à economia, visto que, ao priorizar a recuperação de uma empresa ao seu fechamento, impede os prejuízos econômicos de tal ato, especialmente, no que tange à geração de empregos.

A Lei de Arbitragem (Lei n 9.037/96) também é um exemplo concreto de como a administração definiu o direito, por meio da prática empresarial. A arbitragem é um método alternativo de solução de controvérsias que pode ser utilizado pelos empresários de forma extremamente eficaz. No caso de uma disputa de interesses, em vez de levar o caso para a análise do judiciário, escolhe-se um árbitro para dirimir o conflito, sem a participação de um poder estatal.

Na escolha do árbitro, pode ser solicitado um profissional especializado no assunto da controvérsia, algo difícil de conseguir ser atingido em uma demanda judicial, visto que os órgãos judiciários, no seu dia-a-dia, estão acostumados a enfrentar nas lides forenses situações variadas. Assim, se o assunto é propriedade industrial, pode-se escolher uma autoridade sobre o tema; caso a controvérsia verse sobre a quebra de segredo industrial de uma fórmula química, o ideal seria nomear uma pessoa com amplo conhecimento técnico, algo que a formação jurídica não fornece. Além disso, já é notória a morosidade que os litigantes enfrentam na ação judicial, que pode durar décadas. O método arbitral, por não envolver a máquina do Estado, é conhecido por ser mais célere. A última vantagem está na manutenção dos segredos empresariais, uma vez que, enquanto as ações judiciais são, em regra, públicas, a arbitragem concede certo sigilo.

Os grandes conglomerados empresariais de atuação internacional costumam optar por esse método, por todas as vantagens aqui expostas. A Lei de Arbitragem veio para coroar essa prática de décadas, demonstrando, mais uma vez, as trocas entre o sistema de administração e direito. O meio empresarial criou o uso da arbitragem, estimulando o sistema jurídico a estabelecer uma regulação desse instituto, que por ter, agora, maior segurança, passou a ser difundido, com maior amplitude nas empresas. Observa-se, aqui, a movimentação cíclica de elementos, característica da teoria dos sistemas.

## 5 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DAS ORGANIZAÇÕES

A percepção sistêmica das ciências funciona como um estímulo para o desenvolvimento de uma epistemologia interdisciplinar. Uma abordagem que está se destacando ultimamente no meio acadêmico é o da “Análise Econômica do Direito e das Organizações” (também conhecido como Law and Economics, ou em sua vertente mais recente, Law, Economics and Organizations), iniciado por Ronald Coase e Guido Calabresi, (VIEIRA, 2006), com importantes contribuições de outros autores como Richard Posner, Douglass North e Oliver Williamson, sendo este responsável pela inserção da “Teoria das Organizações” no Law and Economics (WILLIAMSON, 2005).

Consoante esse método, o direito ao estabelecer regras de condutas que modelam as relações interpessoais, deve prever também o impacto econômico das normas, bem como os efeitos sobre a distribuição de recursos e incentivos que atuam sobre o comportamento dos agentes privados. Dessa maneira, o direito influencia e é influenciado pela economia, e as organizações influenciam e são influenciadas por esse ambiente institucional criado (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005), o que demonstra reflexos do pensamento sistêmico. A teoria concentra-se em analisar a eficiência econômica das normas jurídicas, de modo a reduzir os custos de transação de recursos (SZTAJN; GOGA, 2005).

Os empresários executam, há anos, políticas de gestão dependentes da análise econômica da realidade, sob um ponto de vista sistêmico, ainda que instintivamente. Para definir o preço dos produtos e serviços que fornece ao mercado, o empresário realiza um cálculo complexo, que envolve o preço dos seus insumos, a mão-de-obra, os tributos, a margem de lucro esperada e também as outras contingências, como greves prolongadas, quebra de safra e situações de instabilidade política. Esses fatos interferem de forma acentuada nas contas do empresário, reduzindo ou comprometendo sua lucratividade ou até mesmo levando-o à falência (COELHO, 2003). Nessa perspectiva, o próprio direito pode figurar como um importante elemento de custo social para os atores empreendedores. Os dois exemplos apresentados na introdução do artigo, da indústria automobilística e da prestadora de serviços, refletem justamente a afirmativa de como o direito está sendo considerado, na tomada das decisões empresariais, como integrante do custo da atividade.

No entanto, deve-se questionar como um direito, inserido em uma tradição cartesiana, irá lidar com essas variáveis. Um dos preceitos fundamentais do direito está na manutenção do equilíbrio das relações jurídicas, por meio de um ideal de igualdade. Caso seja constatado um desequilíbrio, o direito age

de uma forma restaurativa, restabelecendo um status quo anterior (PINHEIRO, 2005). Por exemplo, se alguém compra um automóvel à prestação em um estabelecimento comercial e depois de alguns meses torna-se inadimplente, o direito irá atuar para devolver o objeto ao comerciante. Da mesma forma, aquele que causa um dano a outrem, deverá ressarcir, de alguma forma, o dano causado, retornando a uma situação anterior em que inexistia a ação danosa. Um médico cirurgião plástico, que erra em uma cirurgia, deverá indenizar o paciente, com o pagamento de futuras plásticas corretivas e, se houver um dano irreversível, deverá pagar a título de dano moral, todo o sofrimento que seu paciente irá carregar pelo o restante de sua vida. Constata-se, aqui, a busca pelo equilíbrio e o retorno à situação anterior: não é objetivo de uma ação indenizatória conceder ao paciente um acréscimo patrimonial elevadíssimo, de modo a modificar sua vida para sempre, em níveis econômicos. Isso extrapolaria a margem do razoável, caracterizando um “enriquecimento sem causa”, o que é proibido pelo direito civil.

Nos casos apresentados acima, ocorreram condutas danosas que ao final de um processo judicial foram indenizadas de acordo com a necessidade de cada pessoa lesada, seguindo um parâmetro de razoabilidade. Entretanto, questiona-se: será que a lógica cartesiana, que prega a interferência isolada do sistema jurídico, é suficiente para solução do problema? É claro que não. O direito não pode atuar sozinho em um mundo em que os problemas são de natureza sistêmica. Nota-se que a condenação civil de nada adiantou para essas empresas. Em uma análise de custo e benefício, escolheram continuar a fornecer o produto ou serviço defeituoso e pagar as referidas indenizações, alternativa mais lucrativa do que promover uma mudança de postura (realizar um recall generalizado ou extinguir as contratações por telefone).

É necessário, nesses casos, que o jurista se vincule a uma interpretação sistêmica da realidade, de modo a permitir que a interdisciplinaridade contamine seu pensamento. No caso de opção por uma análise econômica das relações jurídicas, deveria questionar pela eficiência econômica da norma. Observa-se que a concessão de indenizações, levando em consideração apenas critérios pessoais dos lesados, não foi o bastante para causar um impacto econômico relevante para essas empresas, de forma a forçá-las a modificar a sua conduta. A saída estaria na imposição de punições mais severas, ainda que levasse a um “enriquecimento sem causa” individual, visto que, somente por meio de um grave prejuízo econômico é que as empresas sentir-se-iam compelidas à mudança de seus serviços.

## 6 CONCLUSÃO

A concepção das ciências de modo cartesiano demonstrou ser uma barreira para a evolução do conhecimento, visto que os problemas da contemporaneidade não possuem fronteiras, transpassando diversos sistemas, como direito, economia e administração. Essas interações sistêmicas clamam por um novo tipo de abordagem, que seja contrária à compartimentalização do conhecimento. Somente por meio da superação do paradigma de Descartes e da adoção de uma visão sistêmica e interdisciplinar é que se tem a expansão dos horizontes do profissional.

Como se observou, o direito é incapaz, atuando sozinho, de fornecer respostas a um mundo que possui problemas sistêmicos. A realidade é repleta de exemplos, conforme foi tratado no presente trabalho. Nesse contexto, a adoção da análise econômica do direito e das organizações, por juristas, economistas e administradores, pode ser uma alternativa interessante na difusão de um método eminentemente interdisciplinar, tão necessário para a construção de uma nova postura epistemológica.

## REFERÊNCIAS

- CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1986.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle; ROCHA, Leonel Severo. Notas introdutórias à concepção sistêmica de contrato. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS - Anuário 2004. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 283-308.
- HARADA, Kyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direito e economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 51-83.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Análise econômica do direito e das organizações. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org). *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 1-15.

SZTAJN, Rachel; GOGA, Érica. Tradições do direito. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org). *Direito e economia: Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 137-196.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Traduzido por José Engrácia Nunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

VIEIRA, Robson Nunes. Breves considerações sobre a análise econômica do direito. *Revista Jurídica FAMINAS*, Belo Horizonte, n. 2, p. 121-142, 2006.

WILLIAMSON, Oliver. Por que direito, economia e organizações? In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org). *Direito e economia: Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 16-59.



FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA: CAUTELAR E ANTECIPADA (REFLEXÃO SOBRE O PARÁGRAFO 7<sup>a</sup>, DO ARTIGO 273, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

FUNGIBILITY (INTER-CHANGEABILITY) BETWEEN URGENCY PROTECTIVE MEASURES: PROVISIONAL AND ANTICIPATED (REFLECTION ON PARAGRAPH 7TH OF ARTICLE NUMBER 273 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURES)

Raquel Carolina Palegari Saraiva\*

**Resumo:** O artigo estuda as tutelas de urgência, tutela cautelar dos arts. 798 e seguintes e a tutela antecipada do art. 273, I, todos do Código de Processo Civil, ambas com finalidade preventiva para afastar a iminência de risco de dano. As tutelas em apreço têm características próprias. O estudo das mesmas permite fixar melhor a identidade dos institutos, bem como as características que as distanciam. Verifica-se certo embaraço quanto à sua aplicação diante do caso concreto. Assim, surge a fungibilidade no art. 273, §7<sup>a</sup> para o auxílio dos operadores do Direito quanto às tutelas urgentes, para sua aplicação no sistema processual civil.

**Palavras-chave:** Tutelas de urgência. Tutela cautelar e tutela antecipada. Efetividade do processo. Fungibilidade das tutelas urgentes.

**Abstract:** This article studies the urgency protective measures, provisional protective measure in article 798 and following articles; and the anticipated protective measure in article 273, I, all from the Code of Civil Procedures; both protective measures have the preventive purpose of removing the risk of damage. Such preventive measures have their own characteristics. The detailed study of such protective measures enables a better characterization of their identity, as well as the identification of their differences. It was observed that there is certain confusion in their application in specific cases. So Fungibility was created in article number 273, paragraph number 7, in order to assist legal staff concerning urgency protective measures, for an appropriate application in the civil procedural system.

**Keywords:** Urgency protective measures. Provisional and anticipated protective measures. Effectiveness of the process. Fungibility of urgency protective measures.

---

\* Mestre em Direito Negocial com ênfase em Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Professora da Universidade Estadual de Londrina/PR. Advogada militante na cidade de Londrina/PR.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará as tutelas de urgência, a tutela cautelar prevista nos arts. 798 e seguintes e a tutela antecipada em uma de suas hipóteses, leia-se a do art. 273, §7<sup>a</sup> do Código de Processo Civil.

As tutelas de urgência em apreço guardam estreita relação entre si, face ao objetivo de afastar o perigo de dano incerto, respectivamente, no processo ou na tutela propriamente dita. Ao mesmo tempo apresentam pontos de distanciamento pelos requisitos próprios e diferenciados.

Assim, a legislação dispõe de medidas para as situações de urgência, as quais o operador do direito deve conhecer com profundidade e, interposta uma medida em razão de outra, invocar a aplicação do art. 273, §7<sup>a</sup> do Código de Processo Civil. “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Está em foco exatamente o emprego adequado da fungibilidade quanto às hipóteses de aparente equívoco no requerimento da parte para a concessão de uma tutela urgente. Deve-se verificar se estas medidas não comportam, no tempo, novo pedido e trâmite processual, sob pena de tornar inútil o resultado final do processo ou perecimento do direito.

Dessa maneira, em prol da efetividade do processo, quando presente as condições autorizadoras da fungibilidade das medidas, tutelas cautelar e antecipada, o pedido apropriado ao caso concreto será submetido à análise do juiz para que seja afastado a iniquidade ou consumação do direito pleiteado.

## 2 TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar denominada de tutela acessória no Código de Processo de 1939, definiu-se na edição de 1973, disciplinada em capítulo próprio, o Livro III.

Para o estudo de sua origem no direito brasileiro processual civil apontam-se os autores italianos Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, que trouxeram os delineamentos da tutela cautelar, cada qual com sua contribuição, até o modelo atual que consiste num processo autônomo, um terceiro gênero ao lado da tutela cognitiva e executiva.

Sobre a tutela cautelar é importante pontuar, como pressuposto, sua instrumentalidade ao processo principal (conhecimento ou execução). O pedido cautelar não está inserido na litis do direito material resistido, mas o abrange indiretamente por sua finalidade assecuratória, qual seja, garantir o



resultado final da ação principal para que seja útil e eficaz. Prontifica-se a assegurar os elementos do processo (pessoas, coisas e provas).

Os seus principais requisitos, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, constituem o mérito<sup>1</sup> do processo cautelar, superado o debate quanto a qualificante de meras condições da ação.

O mérito da tutela cautelar implica o conteúdo da decisão mesma, ou seja, os fundamentos para a concessão ou não da medida, que na esfera da tutela cautelar, implica a análise da existência de seus requisitos.

Sobre o *fumus boni iuris* não se confunde com a probabilidade da existência do direito material – pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal – mas, corresponde a verificação de que a parte realmente dispõe do direito de ação, direito ao processo principal de ser tutelado.

Esta verificação dos requisitos ocorre sumariamente de maneira que estes devem-se mostrar evidentes e contundentes, sem necessidade de dilação<sup>2</sup>, esta própria da cognição exauriente que conduz ao juízo de certeza.

O *periculum in mora* caracteriza-se pelo iminente risco de dano que inviabiliza o processo principal e, neste especificamente, para afastar o dano que torna o resultado inútil. Por exemplo, uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica com cautelar para suspensão de protesto, que tem por finalidade suspender (temporariamente) a negativação e assim obter certidão para inscrição em concurso público que tem prazo certo e improrrogável, e não pode aguardar decisão judicial definitiva.

Desdobram-se outras características inerentes a tutela cautelar, todas com estreita ligação. Estas serão tratadas sinteticamente a seguir.

A tutela cautelar é temporária, posto que, tão logo cessem os motivos de sua concessão a mesma será revogada ou modificada, por meio da provocação do juiz de forma fundamentada.

---

<sup>1</sup> Sobre o mérito no processo cautelar consultar:

ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

GUERRA, Marcelo Lima. Condições da ação e mérito no processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 191-203, abr./jun.1995. p. 200-1.

<sup>2</sup> “Na contingência entre o fazer o bem, mas tardiamente, e o fazer o mal, porém em tempo adequado, a tutela cautelar decide-se pelo fazer logo, ainda que sob o risco de fazer o mal, relegando para as formas repousadas e tranqüilas do procedimento ordinário o problema do bem e do mal, ou seja, a questão da justiça”. (CALAMANDREI, apud DINARMARCO, 2003. p. 138).

A medida cautelar concedida não alcança o status de imutabilidade, não faz coisa julgada. A concessão está sujeita à cognição sumária, onde os requisitos serão aferidos de plano e assim devem estar fortemente evidenciados no pedido. A tutela cautelar é ainda não satisfativa (juridicamente) posto que visa o mero asseguramento da lide principal sem objetivar a sua composição. A satisfatividade somente será alcançada quando a medida baste em si mesma, sem necessidade de complementação, o que por certo só ocorre com a tutela definitiva.

### 3 O ADVENTO DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada estampada no Código de Processo Civil, em seu artigo 273, introduzida pela Lei n. 8.952/94 de 13.12.1994, que se convencionou chamar de “A Reforma do Código de Processo Civil”, foi a grande inovação do sistema legal.

Ainda, a Lei n. 10.444/2002 de 7.5.2002 complementou o artigo 273 com a introdução dos §§ 6 e 7, do Código de Processo Civil, trazendo importante inserção, a aplicação da tutela antecipada perante o pedido incontroverso, bem como a fungibilidade das tutelas antecipada e cautelar no plano urgente (273, I, do Código de Processo Civil), este último de apreciação do estudo.

Na tutela antecipada, a medida preventiva se direciona exatamente ao direito material. Há coincidência entre o conteúdo da medida antecipada (pedido) e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor (em sentença).

Em breve comentário, a tutela do art. 273 do Código de Processo Civil corresponde à antecipação dos efeitos da sentença, relacionada diretamente ao direito material em pleito e, a outra, a tutela cautelar está destinada à segurança do provimento principal, mas, autônoma em relação a este.

Cumpre notar no universo da tutela antecipada, que será tutela urgente apenas a descrita no art. 273, I, porque direcionada a evitar o dano irreparável ou de difícil reparação. Outrossim, a tutela antecipada do art. 273, II, ambas do Código de Processo Civil, apenas “sanciona” o abuso da parte adversa na delonga demasiada da defesa no processo, concedida quando for caracterizado o abuso no direito de defesa, que não será objeto do presente.

Dos requisitos, a tutela antecipada apresenta o *periculum in mora* e a prova inequívoca dos fatos e verossimilhança das alegações das partes.

Contribui para o tema Teori Albino Zavascki (2000), o qual explica que para a concessão da tutela antecipada, o que a lei exige não é, certamente, prova da verdade absoluta, a qual sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução, mas, uma prova robusta que, embora no âmbito de cognição

sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.

A tutela antecipada compatibiliza-se com a cognição sumária, realizada de plano pelo conhecimento dos requisitos da concessão que devem se mostrar evidentes. Neste o contraditório resta mitigado e, portanto, postergado.

Nesse sentido, a tutela é provisória, posto que não se reveste de definitividade, está destinada a durar até que sobrevenha a tutela final por um procedimento de substituição (a medida será confirmada ou revogada).

A tutela antecipada se funda em verossimilhança que difere da certeza o que autoriza sua concessão após uma cognição sumária que produz medida jurídica revogável e reversível.

No que toca a reversibilidade, esta característica mereceu disciplina no § 2<sup>a</sup> do art. 273 e esta afeta a questão da tutela antecipada ser não satisfativa. Os efeitos da sentença serão antecipados, contudo, sem repercussão de satisfação jurídica em vista da não definitividade da mesma, do contrário, a concessão da medida sacrificaria o direito de terceiro sem o devido processo legal, o que é vedado pelo sistema.

A medida urgente é concedida em prol da efetividade do processo, para que o ônus processual (tempo da demora do processo) não desnature o direito, mas igualmente, que a medida analisada à luz da cognição sumária, que tem fundamentos em elementos de evidência do direito, seja reversível diante de sua revogação e, portanto, garantindo a segurança jurídica.

Nessa razão, Dinamarco (1995) evidencia que o direito não tolera sacrifício algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O direito improvável é direito que, talvez, não exista e, se existir, é porque na realidade inexistia aquele que era provável.

Para afastar qualquer imprecisão a respeito do tema, em destaque Luiz Fernando Bellinetti (1997, p. 256):

Quem demora para agir sofre os efeitos de sua negligência. [...] Ainda que o direito afirmado pelo autor possa ser plausível e em situação periclitante, não se pode conceder a tutela antecipada se for ela irreversível, porquanto aí os direitos do réu – constitucionalmente estabelecidos – é que restariam sacrificados. E tal sacrifício não pode ocorrer com base em uma tutela provisória (reversível), mas somente com base em uma tutela final e satisfativa.

Assim, a medida urgente, como medida excepcional, possui requisitos e características rígidas que devem ser observadas nos termos da legislação.

#### 4 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA (ENFRENTAMENTO)

A tutela cautelar e a tutela antecipada são medidas concedidas em caráter de urgência, com requisitos e características bem delineadas e, sobretudo, identificam-se pelo fato de pautarem-se em fundamento constitucional idêntico (CF/88, art. 5<sup>a</sup>, inc. XXXV – “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Brum Vaz (2007) foi capaz de expressar objetivamente o propósito de proximidade das tutelas em apreço utilizando-se da locução “zona de interseção” a apontar a comunicação entre as tutelas e sua utilidade prática, exatamente ao auxílio do operador do direito no dia-a-dia forense.

[...] se ao proceder à comparação for possível ao jurista destilar semelhanças, êxito pode-se considerar obtido, porquanto se estará, com base na resultante “zona de interseção”, caracterizada por traços comuns, viabilizando a comunicação dos regimes de manejo pragmático dos institutos, quando dúvida houver sobre qual deva ser adequado. (VAZ, 2007, p. 26).

Assim, enumera-se, de um lado a temporariedade da tutela cautelar e, de outro, a provisoriedade da tutela antecipada na concessão de medidas não definitivas, sujeitas a revogação e a modificação conforme a manutenção ou não dos requisitos que a ensejaram, sendo a tutela antecipada necessariamente substituída por decisão de confirmação ou extinção de seus efeitos. Somente a tutela definitiva acobertada pelo manto da coisa julgada é imodificável.

Pela natureza da urgência, as medidas em apreço, tutela cautelar e antecipada, se submetem a cognição sumária em que bastam o *fumus boni iuris* ou a verossimilhança das alegações das partes, sem necessidade de dilação probatória onde o contraditório será postergado.

Mas de tudo, o mais evidente é o receio de dano irreparável ou de difícil reparação presente a autorizar a tutela cautelar, leia-se o *periculum in mora*, art. 798 e, na tutela antecipada, art. 273, I, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, ambas são voltadas à prevenção da lesão de um direito. Brum Vaz (2007, p. 24) enuncia:

Entre tutela cautelar e tutela antecipada deve levar em conta que, embora sejam institutos de espécies diferentes, uma e outra se legitimam pela função de prevenção de dano – ainda que diversas as naturezas do receio de lesão – compondo ambas o gênero tutelas de urgência.

Entre as tutelas notável considerar que ambas “têm o mesmo pedido mediato, procuram a proteção do mesmo bem da vida, que é o direito a um processo eficaz” (SPADONI, 2003, p. 80).

Entretanto, o que as distanciam é a diversidade de pedidos imediatos. Isso se vê claramente no indicativo de que a providência jurisdicional da tutela cautelar (de função conservativa do status quo necessário à efetividade e utilidade do julgamento) não coincide com a providência da tutela antecipada (que autoriza a imediata satisfação do direito material pretendido).

Há uma linha tênue de proximidade entre as tutelas urgentes, ambas preventivas, mas, cuja intensidade dos requisitos é proporcional aos efeitos jurídicos que evidenciam.

A tutela cautelar (*fumus boni iuris*) envolve-se, apenas, indiretamente com o bem jurídico pretendido. Autônoma, tem uma correlação com o processo principal e sobre este surte efeitos de natureza garantidora sem qualquer influência ao mérito principal.

A tutela antecipada (verossimilhança + prova inequívoca) tem direta relação com o direito material controvertido, antecipando literalmente os efeitos práticos da futura decisão definitiva. Portanto, necessário ser mais rígido o requisito da probabilidade do direito.

## 5 FUNGIBILIDADE E SUA ABRANGÊNCIA NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

O trabalho visa o estudo da fungibilidade inserida no art. 273, §7<sup>a</sup> do Código de Processo Civil introduzida pelo advento da Lei n<sup>a</sup> 10.444/2002.

A fungibilidade retrata a concepção de troca, substituição. Em nosso sistema processual civil já se vislumbrava a aplicação do referido instituto no Código de 1939 em seu art. 810 (“Salvo hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento”), para os recursos.

Embora o dispositivo não tenha sido reproduzido na versão de 1973, seus delineamentos continuam vigentes, inclusive para parâmetro das tutelas urgentes.

O ponto mais contundente da pesquisa recai sobre os requisitos para a admissibilidade da fungibilidade, que além dos já enumerados no dispositivo legal, má-fé e erro grosseiro, soma-se o da dúvida objetiva.

O requisito da dúvida objetiva consiste nas impropriedades terminológicas presentes no próprio Código e na divergência da doutrina e da jurisprudência sobre o requerimento de uma ou outra medida em determinadas situações.

O requisito da má-fé<sup>3</sup> consiste no emprego de mecanismos ardilosos e por erro intencional da parte, para auferir vantagem sobre a parte adversa, como interpor recurso inadequado em prazo maior, recurso que proporcione maior

devolução de matéria e, até mesmo, com finalidade de provocar divergência na doutrina<sup>4</sup>, o que pode ser verificado, “mutatis mutandis”, para as tutelas urgentes.

E o erro grosseiro está configurado na hipótese de eleição e requerimento da tutela urgente, em flagrante discordância de notório entendimento dos Tribunais e da doutrina, o inverso do que ocorre na dúvida objetiva.

Esses requisitos são igualmente reconhecidos para a aplicação no art. 273, §7<sup>a</sup>. Para Jean Carlos Dias, a existência de dúvida objetiva constitui requisito positivo (no sentido de necessária presença); já o erro grosseiro, é requisito negativo, ou seja, somente na sua ausência é que poderá haver a potencial aplicação daquele. Assim, é a jurisprudência recente dos Tribunais pátrios que tratam da questão<sup>5</sup>.

A fungibilidade no sistema recursal serve de base a fungibilidade das tutelas urgentes em função da “zona cinzenta” que se instala em algumas situações urgentes que reclamam as tutelas em estudo.

O operador do direito pode requerer a medida urgente não adequada e essa pode não comportar o trâmite processual para um novo pedido. Assim a substituição da medida, quando presentes os requisitos, viabiliza a análise e decisão consentânea a iminência do prejuízo que se pretende evitar.

---

<sup>3</sup> Nesse sentido se posiciona nosso Superior Tribunal de Justiça Agravo Regimental - Pedido de Reconsideração-Apresentação após o Transcurso do Prazo Recursal Pertinente-Fungibilidade Recursal -Impossibilidade - Interposição de Recurso Via Fac-Símile - Protocolização dos Originais - Necessidade - Agravo Improvido. 1. O pedido de reconsideração, apesar de não constar no rol dos recursos previstos na legislação processual civil, pode ser recebido como o recurso pertinente em *homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, desde que comprovada a interposição tempestiva da irresignação e não haja erro grosseiro ou má-fé do recorrente*. (STJ, 4<sup>o</sup> T AGRESP Proc: 200400973868 j: 14/08/2007 DJU: 27/08/2007 Relator(a) MASSAMI UYEDA) (Grifo nosso).

<sup>4</sup> Sobre o tema, ver VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. A fungibilidade na tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, §7<sup>a</sup>, do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 112, p. 59-81, out./dez. 2003. p. 74.

<sup>5</sup> Processual civil. Agravo regimental nos embargos de declaração na Petição no recurso ordinário em mandado de segurança. Princípio da Fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Pedido de reconsideração. Intempestividade. 1. “O *princípio da fungibilidade recursal reclama, para sua aplicação, a inexistência de erro grosseiro, dúvida objetiva do recurso cabível*, observando-se, ademais, a tempestividade do inconformismo.” (RCDESP na RCDESP no Ag 750.223/MG, 1<sup>o</sup> Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 18/12/2006.) 2. ‘omissis’ (STJ, 5<sup>o</sup> T ADROMS, Proc: 200600691221 j: 12/06/2007 DJU: 06/08/2007 Relatora LAURITA VAZ) (Grifo nosso).

Nesse sentido, há o aproveitamento dos fatos narrados, dos argumentos já aparelhados na petição, bem como das provas colacionadas aos autos de processo, basta que o pedido seja adequado e o procedimento adaptável, fora os requisitos de admissibilidade.

Nesse ponto, transpostos os requisitos da admissibilidade, surge um questionamento originado da própria redação do artigo 273, §7<sup>a</sup>, a saber: se a fungibilidade das tutelas é via de mão única ou via de mão dupla.

Pela fungibilidade como via de mão dupla está grande parte da doutrina a qual se detém, quais sejam, José Roberto dos Santos Bedaque (2006), Nelson Nery Júnior (2006) e Cândido Rangel Dinamarco (2003a) que dispõem que não se fala de fungibilidade de procedimentos, posto que o procedimento pode até ser o mesmo, ou seja, a disciplina dos atos a realizar. Não se trata de proceder de um modo, havendo o autor pedido que se procedesse por outro. Trata-se de autêntica fungibilidade de pedidos, no sentido de que, nominalmente postulada uma daquelas medidas, ao juiz é lícito conceder a tutela a outro título.

Joaquim Felipe Spadoni (2003) entende ser legítima a hipótese de dupla direção do art. 273, §7<sup>a</sup>, face ao princípio constitucional da isonomia, quando as partes diante da “zona de penumbra” quanto à tutela adequada, seja o emprego de tutela cautelar ou de tutela antecipada, merecem idêntico tratamento.

Observa-se, portanto, maciça posição da doutrina, sendo quase unânime a interpretação do dispositivo como uma via de mão dupla, o qual mereceu destaque. E a jurisprudência tem dado mostras de igual entendimento<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> APELAÇÃO - PROCESSUAL CIVIL - FUNGIBILIDADE DE PROCEDIMENTOS - RECURSO PROVIDO. I Presentes os requisitos, o art. 273, § 7<sup>a</sup>, do CPC, *permite a fungibilidade de tutelas de urgência, autorizando o juiz a deferir medida cautelar incidental, requerida a título de antecipação de tutela - e vice-versa*. II Recurso provido para determinar a apreciação do pedido à luz do princípio da fungibilidade inserto no art. 273, § 7<sup>o</sup> do CPC. (TRF 2<sup>o</sup> REGIÃO, AC - 320891, Proc: 200251015300049 j: 26/06/2007 DJU:13/09/2007, Relatora JUIZA LILIANE RORIZ). (Grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR VISANDO UM NÃO-FAZER. TUTELA SATISFATIVA, APESAR DE BASEADA NA URGÊNCIA. §7<sup>a</sup> DO ART. 273 DO CPC. FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA EM PROL DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. PROVIMENTO DO APELO. I Ação cautelar ajuizada visando ordem no sentido de impedir transferência de imóvel e inclusão em banco de dados, enquanto não solucionada a lide na ação cognitiva; II Indeferimento da petição inicial em razão da satisfatividade, a justificar requerimento de antecipação de tutela em ação de conhecimento; III A tutela antecipada fundada no periculum in mora e a

Para aplicação da via de mão dupla, Joaquim Felipe Spadoni (2003) cinge considerações. Quando da tutela cautelar requerida de maneira equivocada, a ser substituída pela tutela antecipada, “deve o magistrado recebê-la como simples petição incidente do processo principal”, (sem determinar citação ou processamento em autos apartados). “Se assim estiver autuada deverá diligenciar pelo cancelamento do registro e autuação”.

Contudo, em respeito a natureza urgente da medida, os atos de formalização da tutela antecipada deverão dar-se em momento posterior à análise do magistrado do teor do requerimento.

Lúcio Delfino (2005) vai além, preconizando, fielmente, o fim último do pedido antecipatório. O juiz se ocupa primeiro da análise do pedido e da presença de seus requisitos. Ocorre que diante da ausência de prova inequívoca (o autor preparara a medida com vistas à tutela cautelar de requisito mais brando), o magistrado deverá propiciar ao autor que emende o pedido, com prazo para que compareça aos autos com as provas suficientes. Caso contrário, impor-se-á o indeferimento da medida por falta de um dos requisitos do art. 273, do Código de Processo Civil.

Na hipótese do pedido cautelar ser substituído pela tutela antecipada (via de mão dupla), verifica-se que a medida cautelar pode ser antecedente ou incidente ao processo. Quanto à medida antecedente, a doutrina estudou a circunstância expondo-a, nos termos abaixo.

Pela abrangência da tutela jurisdicional prestada na tutela antecipada, que visa tutela provisória que antecipe os efeitos da sentença de mérito e, portanto, implica coincidência com o pedido inicial, entende-se imprescindível que o autor já tenha delimitado seu pedido na inicial.

Na fungibilidade pela via inversa, no sentido da tutela cautelar para tutela antecipada, depara-se com medida mais rígida em razão dos requisitos da tutela antecipada a causar possível incompatibilidade. Joaquim Felipe Spadoni (2003, p. 91) questiona “como pode ser antecipada a tutela sem que se conheça ao menos, o que o autor pretende de forma definitiva?”

---

medida cautelar são categorias do mesmo gênero: provimentos urgentes; IV Por essa razão, a lei 10.444/2002 estipulou a fungibilidade entre as medidas no §7º, do art. 273 do Código de Processo Civil; V *Inexistiria fungibilidade em uma só mão de direção: possibilidade do uso da via cautelar para provimento antecipatório*. Instrumentalidade do processo; VI Apelo conhecido e provido. (Grifo nosso). (TRF 2º REGIÃO, 4º T, AC - 265793. Proc: 200102010202353 j: 03/06/2003 DJU:07/07/2003 Relator JUIZ JOSÉ ÂNTONIO NEIVA).

---



Conforme estudo anterior, a tutela cautelar é autônoma e, apenas, correlacionada ao processo principal. Legitima-se com a evidência do direito do processo principal (*fumus boni iuris*), restando imaculado o direito material pretendido, situação oposta à tutela antecipada. Portanto, parece ponto sem solução.

Para a fungibilidade da tutela cautelar sentido tutela antecipada, deve o magistrado conhecer o pedido como se medida antecipada fosse, analisando-lhe os requisitos que deverão estar presentes (*verossimilhança + periculum in mora*), ou oportunizando à parte, prazo para que os ofereça, para, então, ventilar o indeferimento, observando que o prazo é exíguo para a utilidade da medida urgente.

Desse modo a fungibilidade só terá razão de ser processada se a parte, no momento da propositura do pedido, disponibilizar de todo conjunto probatório. Não há prazo para produção de provas, no máximo, prazo para a juntada das provas senão manifesta a impossibilidade do requerimento.

Por esta razão, ainda que o tempo seja mínimo, o autor conseguiria adequar o pedido da medida antecipada, sem perder o caráter da urgência e permitir sua viabilidade. Em complemento, Lúcio Delfino (2005, p. 217) enumera que o aludido ajuste deve ocorrer “antes, obviamente, da citação do réu [...] face à técnica do saneamento difuso do processo, tendo como marco inicial o ato de convencimento da peça inicial”, recebida somente se presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Dessa maneira, fixa-se a possibilidade, o procedimento e o momento, bastantes em si, para que se efetive a fungibilidade da tutela.

A fungibilidade das medidas como via de mão dupla apresenta-se coerente e viável dentro da perspectiva apresentada, pela adequação do procedimento, dentro da realidade das tutelas urgentes, ainda que em momento posterior.

Verificada a existência dos requisitos ensejadores da medida mais apropriada, fato certo que o magistrado deve aplicar o art. 273, §7<sup>a</sup>, do Código de Processo Civil, a fim de bem empregar o princípio e prestigiar a efetividade do processo, bem como a economia processual.

## CONCLUSÃO

O trabalho em tela tratou de temas atuais, tutela cautelar e tutela antecipada, as quais na doutrina dominante e nos apontamentos científicos, ora expostos, apontam que a fungibilidade nas tutelas urgentes (art. 273, §7<sup>a</sup>) é uma via de mão dupla.

Tem-se a tutela cautelar presente no ordenamento, já, na edição do Código de 1939, ainda que firmada nos moldes atuais com o códex de 1973 e uma

tutela antecipada que veio vinte anos mais tarde, pela Reforma do Código de Processo Civil - Lei nº 8.952/94, ampliada pela Lei nº 10.444/2002.

O presente trabalho objetivou traçar um panorama, diga-se de “função comparativa”, despontando as semelhanças das tutelas urgentes, em destaque à tutela cautelar e à tutela antecipada, esta última na hipótese de seu art. 273, I, do Código de Processo Civil, exclusivamente.

Dimensionou os pontos que refletem a necessária identidade de cada uma delas, denominada pela doutrina de “pontos de interseção” e, de outro modo, fixou os pontos de distanciamento que contribuem à sua individualização e assimilação da dúvida à conclamada “zona de penumbra”.

Diante desse quadro há, em certas circunstâncias, embaraço na identificação da tutela urgente mais adequada à tutela do direito pretendida, o que ocorre, hodiernamente, para todos os operadores do direito, advogados e magistrados, sem distinção.

Verificando que a tutela de urgência vela pelo procedimento ágil e célere à proteção do direito ou de sua expectativa, a questão tormentosa da dúvida quanto à aplicação da medida mais adequada, cautelar ou antecipada, vai de encontro à sua proposta.

O requerimento impróprio de uma medida urgente poderia fulminar o direito pretendido ante a ausência de tempo para a propositura de nova demanda. Sem mecanismos que tornem mais acessível sua aplicação, a medida urgente pode se tornar vazia e sem utilidade.

Nesse sentido, em contribuição ao alcance da finalidade preventiva, seja ela a concessão de tutela cautelar ou antecipada, o legislador disciplinou a fungibilidade das tutelas pela Lei nº 10.444/2002, com a introdução do parágrafo 7º ao art. 273, portanto, de recentíssimo tratamento, que merece atenção dos estudiosos pela relevância jurídica.

Assim, preocupa-se o legislador quanto aos instrumentos da tutela de urgência e seu concebido alcance jurisdicional, de tornar efetivo o processo.

Enquanto tinta lançada no papel, o ciclo das tutelas urgentes parece simples e perfeito, cada qual ocupando seu devido lugar no sistema processual civil, com disciplina própria em artigos de lei. Contudo, as situações se entrelaçam, as questões e lides se complicam, a dúvida aparece.

Conclui-se que o motivo principal do tumulto no seio das tutelas de urgência se exprime com maior evidência em um só tema, qual seja que ambas têm por mote a prevenção do dano e esse, sem dúvida, move o emprego das tutelas urgentes no direito.

Dessa maneira, quando o caso concreto torna lúcido uma questão de

prevenção de dano, o operador do direito se depara com duas hipóteses, tutela cautelar e tutela antecipada, devendo continuar o exame para achar os demais requisitos e definir a tutela mais adequada.

Todavia, por vezes, o *periculum in mora* é o requisito mais evidente, é quase soberano naquela situação de emergência que deve ser amparada.

Assim, é necessário persistir na pesquisa dos demais requisitos. Vejam-se os pontos de distanciamento evidenciados no decorrer deste trabalho (*fumus boni iuris* e verossimilhança das alegações) que, realmente, guardam características próprias e podem diferenciar as tutelas. Mas nos termos ora apreendidos, podem eles se revestir de tímida aparência, o que causa dúvida no operador do direito.

Certo que a tutela é urgente, o operador do direito deve concretizar seu pleito, investigando ao máximo os requisitos, então, periféricos, mas, que têm importância na caracterização da tutela mais adequada à necessidade do requerente.

Requerida a medida e sendo esta imprópria à tutela preventiva, é preciso que se alcance a real necessidade da demanda, extraindo melhor o conteúdo de uma prova, de um fato, e cumprindo a aplicação da fungibilidade para aproveitamento do pedido, tomando este como correto.

Por esta razão, resta claro que a fungibilidade ocorre numa via de mão dupla, porque tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada na sua hipótese do art. 273, I, do Código de Processo Civil, coincidem no requisito da *periculum in mora* e podem trazer ao mundo circunstâncias nebulosas. Acenar para outra conclusão seria negar todo o estudo e o cerceamento da eficácia do dispositivo.

Veja-se: para melhor sinalização do art. 273, §7<sup>a</sup>, se perquiriu da fungibilidade no sistema recursal pátrio, orientações estas primordiais a fim de bem guiar seu emprego face às tutelas urgentes, com razão parte da doutrina que assim convencionou.

A fungibilidade permite o aproveitamento do pleito, pela substituição por outra medida, porque mais adequada ao requerimento e compatível com o fim almejado, sem descuidar o art. 273, §7<sup>a</sup> da presença dos requisitos autorizadores da tutela específica e a boa-fé daquele que se vê obrigado ao emprego da fungibilidade.

Certo que a fungibilidade das tutelas urgentes não pode se tornar um instrumento iníquo, desvirtuando-se de sua finalidade primeira, qual seja, o acerto da medida urgente e economia processual, é que seu estudo se faz atual e necessário.

Questão latente na hipótese de via de mão dupla é que os requisitos da

tutela antecipada, com destaque para a verossimilhança das alegações e prova inequívoca, erigem-se em condições mais robustas diante do *fumus boni iuris* da tutela cautelar.

Assim, o é pela natureza da tutela antecipada, nesta os efeitos de sua decisão recaem sobre o próprio direito material em pleito, e há necessária relação com o pedido inicial e a sentença de mérito, enquanto, de não menos importância, mas, finalidade distinta, a tutela cautelar visa garantir o processo e somente por via indireta o direito material.

Veja-se, as conseqüências jurídicas em sede de tutela antecipada afligem em maior grau a esfera da outra parte se comparada à tutela cautelar. A parte requerida na tutela antecipada será mais penalizada em relação àquele que ocupa a mesma posição na tutela cautelar. Note-se que na tutela antecipada se sentirá desde a fase inicial os efeitos práticos da sentença. Já na tutela cautelar, que visa restabelecer o equilíbrio das partes com finalidade de alcance de uma decisão útil, a parte pode sofrer a constrição de um bem, sua indisponibilidade, mas sem atingimento do direito controvertido e pretendido pela parte acautelada.

Em notas conclusivas, o princípio da fungibilidade é aplicado como via de mão dupla, vez que as tutelas cautelar e antecipada têm por finalidade a prevenção do dano, ora ao processo e ora ao direito propriamente dito, como fundamento constitucional semelhante que privilegia a efetividade do processo que implica ao Estado-juiz resolver os litígios o mais próximo possível daquele desfecho que se teria se a parte tivesse cumprido espontaneamente a questão.

Pelo estudo do tema, pode-se constatar que a fungibilidade disciplinada no art. 273, § 7<sup>a</sup> do Código, só cumprirá sua verdadeira intenção legislativa se servir de instrumento a ambas as tutelas, para alcançar seu fim último, possibilitar pela substituição da medida urgente, que seja prestada tutela jurisdicional àquele que a reclama, e isso só se concretizará pelo emprego da medida adequada.

O presente estudo atenta para correta aplicação do dispositivo. Não basta o mero comando de aplicação da fungibilidade, substituindo uma medida por outra, por ser esta ou aquela a mais adequada, vez que nos termos expostos, a tutela cautelar e a tutela antecipada, ainda que unidas pela finalidade preventiva, guardam identidade própria que deve ser considerada no momento da decisão.

De mesma forma, apesar dos doutrinadores revelarem um consenso quanto ao emprego da via de mão dupla da fungibilidade (§7<sup>a</sup> do 273 do Código de Processo Civil), é importante o estudo aprofundado do tema e que a decisão

exponha os motivos que autorizam a sua aplicação, para não banalizar o instituto. Deve-se despertar exatamente para ao alcance das tutelas urgentes e suas implicações, finalidades preventivas, para correta aplicação do instituto que conduz a uma decisão por parte do magistrado, seja a concessão ou não da fungibilidade que deve ser fundamentada.

## REFERÊNCIAS

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. edição. São Paulo: Malheiros. 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 122, p. 187-220, abr. 2005.

DINARMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros. 1995.

\_\_\_\_\_. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Melhoramentos. 2003.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros. 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. Condições da ação e mérito no processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 191-203, abr./jun. 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2006.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 110, p. 72-94, abr./jun. 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. São Paulo: Leud. 2005.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. A fungibilidade na tutela de

urgência (uma reflexão sobre o art. 273, §7<sup>a</sup>, do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 112, p. 59-81, out./dez. 2003.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§7<sup>a</sup> do art. 273 do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 144, p. 23-37, fev. 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva. 2000.

---

TITULARIDADE PATRIMONIAL NA EMPRESA FRENTE À ORDEM CIVIL-  
CONSTITUCIONAL E O PAPEL EMPRESARIAL PARA A DIGNIDADE  
HUMANA: PRIMEIRAS ANOTAÇÕES

PATRIMONIAL OWNERSHIP IN THE ENTERPRISE BEFORE THE CIVIL-  
CONSTITUTIONAL ORDER AND THE ENTERPRISE ROLE FOR HUMAN  
DIGNITY: FIRST NOTES

Marcia Carla Pereira Ribeiro\*  
Guilherme Borba Vianna\*\*

**Resumo:** A partir dos princípios constitucionais da função social e dignidade da pessoa humana, aliados à liberdade de iniciativa, propõe-se uma reflexão sobre a importância da personalidade jurídica societária, como limitação da responsabilidade do empresário, e da empresa na sociedade contemporânea, como forma de atuação no desenvolvimento econômico do país. Aborda-se a necessidade de estabilidade jurídica das relações empresariais e da influência que o direito-custo tem na decisão do empresário quando opta por investir no setor privado. Por fim, trata-se dos reflexos no custo Brasil pela aplicação assistemática da desconsideração da personalidade jurídica em prejuízo da regra fundamental *societas distat singulis*.

**Palavras-chave:** Função social. Titularidade patrimonial. Empresa. Desconsideração. *Societas distat singulis*.

**Abstract:** Based on the constitutional principles of social function and human dignity, along with freedom of initiative, this article proposes a consideration about the importance of the partner legal personality as a limitation of the entrepreneur's and the company's responsibility in the contemporary society, as a way of performance in the economic development of the country. This article also approaches the need for legal stability in business relationships and the influence of the law-cost in the entrepreneur's decision-making when it comes to opting for investing in

---

\* Mestra e Doutora em Direito. Professora titular de Direito Societário da PUCPR. Professora adjunta de Direito Comercial da UFPR, graduação, mestrado e doutorado. Procuradora do Estado do Paraná.

\*\* Mestre em Direito Econômico e Social. Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Direito Societário. Advogado.

the private sector. Finally, the impacts on Brazil cost derived from the unsystematic application of the disregard of the legal personality to the detriment of the *societas distat singulis* fundamental rule are considered.

**Keywords:** Social function. Patrimonial ownership. Company. Disregard. *Societas distat singulis*.

*Si quid universitati debetur, singulis non debetur,  
nec quod debet universitas, singuli debent.  
(Ulpiano. Dig. 3,4,71)<sup>1</sup>*

## 1 A PERSONALIDADE JURÍDICA SOCIETÁRIA FRENTE À NOVA ORDEM CIVIL-CONSTITUCIONAL: O PAPEL CENTRAL DA PESSOA HUMANA

A pessoa natural (o ser humano) é o centro do ordenamento jurídico de vários países, de modo que se torna natural a tutela legislativa voltar-se para ela, corroborando para o papel de destaque do princípio da dignidade da pessoa humana nas ordens jurídicas, inclusive na brasileira.

No entanto, é da natureza do homem se associar (para as mais variadas finalidades) e o Direito não se furta de programar regras e princípios para regular esse fenômeno social que pode surgir revestindo-se de personalidade jurídica.<sup>2</sup>

Sob um viés positivo (art. 45, CC), a pessoa jurídica surge com o registro do contrato ou do estatuto social nos órgãos registrais (v.g. Juntas Comerciais, Cartórios de Registro de Pessoas Jurídicas etc.), no campo empresarial, associa-se à organização societária (BORGES, 1975). Do reconhecimento legislativo extrai-se a lição de Vicente Ráo com respeito à consagração da aptidão tanto das pessoas físicas, como também outorgada às pessoas jurídicas, para serem sujeitos de direitos (RÁO, 1999).

Para Gonçalves Neto (2004) o mais relevante é sua aptidão a dar nascimento a uma entidade autônoma que tem por função facilitar a prática de atos negociais.

---

<sup>1</sup> “Se algo se deve a uma corporação, não se deve a cada um dos indivíduos, nem o que a corporação deve é devido por cada um deles” (apud ROLIN, 2003, p. 177).

<sup>2</sup> Pessoa jurídica como coletividade – podendo ser tanto *universitates personarum* – associações e sociedades, como *universitates bonorum* – fundações, embora esta última possa ser formada por apenas um único bem, não se exigindo, neste caso, uma coletividade. Neste sentido ver: Mamede (2004, p. 61).



Com efeito, toda pessoa natural é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1<sup>a</sup>, CC), da mesma forma que possui personalidade civil, a qual, para as pessoas naturais, começa com o nascimento com vida (não obstante existirem os direitos do nascituro desde a concepção) e vai até a sua morte. Os direitos de personalidade atribuídos à pessoa natural (v.g., direito à integridade física, à integridade intelectual, integridade moral) são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, indisponíveis, vitalícios e necessários (LOTUFO, 2004), encontrando previsão nos artigos 11 a 21 do Código Civil.

Por outro lado, o mesmo Código Civil que tutela os direitos de personalidade da pessoa natural, estendeu os direitos de personalidade à pessoa jurídica, conforme se depreende do art. 52 (“Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”). Por certo, nem todos os direitos personalíssimos da pessoa natural se aplicam à pessoa jurídica, já que, v.g., a pessoa jurídica não possui integridade física (direito à vida, ao corpo, aos alimentos etc.).

Todavia, outros se aplicam, como os que dizem

[...] respeito à integridade intelectual, como os direitos autorais (marca), artísticos, científicos e literários, e também a aplicação dos mesmos no que diz respeito à integridade moral<sup>3</sup>, como o segredo profissional da pessoa jurídica, sua identidade (nome e marca) e, por conseguinte, o seu direito à imagem (ESTEVES, 2007, p. 195).

Expressão desse reconhecimento é o teor da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, a qual reconhece que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral<sup>4</sup>, desde que as lesões atinentes repercutam no desenvolvimento de suas atividades econômicas, as quais são um dos instrumentos de promoção dos valores sociais e não-patrimoniais.

---

<sup>3</sup> Embora exista controvérsia na doutrina sobre a existência de abalo moral à pessoa jurídica, inclusive com manifestação anterior em sentido contrário por parte da co-autora, pode-se concluir pela aceitação de sua ocorrência quando não se reveste de caráter de dano moral puro – ou seja, quando acompanhado de efeitos patrimoniais – ou se associado ao dano à imagem.

<sup>4</sup> “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (STJ, Súmula 227, Segunda Seção, julgado em 08.09.1999, DJ 20.10.1999, p. 49). A jurisprudência do STJ fundamenta o entendimento adotado na súmula, ou seja: “Responsabilidade civil. Dano moral. Pessoa jurídica. A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente. Recurso conhecido, pela divergência, mas improvido” (STJ, REsp 60033/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 27.11.1995, p. 40893). Entende-se que o fundamento expresso no precedente transcrito é que pode ser questionado, diante da desnecessidade de transposição de caracteres exclusivos da pessoa humana para o ente coletivo.

Logo, a atribuição patrimonial – especialmente dos bens de produção – reconhecida pelo ordenamento jurídico à pessoa jurídica, da mesma forma como se opera em relação à pessoa física, tem por fundamento o cumprimento de uma função pelo seu titular, de forma a contribuir para a efetivação da dignidade da pessoa humana. E para a obtenção dos melhores resultados da ordem do coletivo, também a pessoa jurídica precisa ser preservada e mantida como fonte produtora de desenvolvimento, por meio do exercício da atividade empresarial.

No esforço de preservação do ente coletivo, o entendimento no direito italiano também se direciona ao reconhecimento de alguns atributos imateriais da pessoa jurídica.

A personalidade jurídica societária tem significativa importância para o desenvolvimento da sociedade humana nos últimos dois séculos, podendo se afirmar que a civilização contemporânea não teria atingido seu nível de desenvolvimento social e econômico sem que o Estado houvesse estabelecido a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas em relação aos sócios, por meio da aceitação da personalidade jurídica societária.

Por outro lado, também não se pode negar que os problemas decorrentes da personalidade jurídica sempre caminharam paralelamente com o seu desenvolvimento, datando da segunda metade do século XIX as polêmicas surgidas “na conferência de Nuremberg e no Senado Italiano, quando elaboraram os Códigos comerciais da Alemanha e da Itália” (MENDONÇA, 1954, p. 77).

No entanto, os benefícios e os problemas da personalização societária evoluíram no decorrer dos séculos, sendo possível analisá-los sob uma nova exegese, consentânea com a evolução do Direito Empresarial e da própria empresa, esta como expressão maior da utilização da personalidade jurídica em benefício de toda a coletividade que se relaciona direta ou indiretamente com a sua atividade.

O Direito Empresarial no Brasil ainda reclama profundas mudanças legislativas e doutrinárias neste tema, todavia, o seu reconhecimento e importância para a sociedade também evoluíram paralelamente ao capitalismo moderno, ainda que a passos lentos em relação ao crescimento da economia (WALD, 2003).

Com efeito, no início da comercialização em massa (fruto da revolução industrial e da produção em série), a personalização societária foi importante para atrair investimentos no setor produtivo e criar uma nova forma de incentivo para a atividade econômica. Atração associada à atribuição patrimonial específica do ente coletivo, em relação aos sócios, e a conseqüente possibilidade de limitação da responsabilidade patrimonial dos últimos pelas obrigações societárias.

Com o passar dos séculos, “sem qualquer sinal de retrocesso e com o avanço da tecnologia, os investimentos se fizeram cada vez mais necessários e vultosos, estimulando os empresários e agentes econômicos em geral a constituírem sociedades para a busca dos fins comuns” (RIBEIRO, 2002, p. 88) e repercussões extra-societárias.

O que se alterou com o passar do tempo, na verdade, foi a necessidade cada vez maior de se preservar o risco dos empreendedores, pois, conforme Ribeiro (2002, p. 88), “quanto maior o investimento e maior o volume de negócios jurídicos realizados, [...], maior o interesse em se buscar, para a organização dos agentes econômicos, limitação dos riscos a que estariam sujeitos em razão dos negócios”.

E a personalidade jurídica societária foi a fórmula encontrada, na sociedade capitalista (desde o século XIX até o século XXI), para amenizar os riscos dos investimentos no setor produtivo e propiciar que a livre-iniciativa empresarial cumpra sua função, como veículo de geração de empregos e de riquezas para o país. Como relata Catelano (1995, p. 51), com base na formação dos grupos de sociedade e crescente especialização dos objetos societários

[...] a pessoa jurídica (ou melhor, o benefício da responsabilidade limitada) assume a função não mais apenas de eximir o patrimônio pessoal dos riscos da empresa, mas também de eximir o capital investido em algum ramo ou setor dos riscos relativos a cada um dos outros ramos ou setores.

No que toca à importância da personalidade jurídica societária no capitalismo contemporâneo há de se destacar o papel catalisador das sociedades por ações (RIPERT, 1947).

Por outro lado, a importância da personalidade jurídica societária não é a mesma no transcurso destes últimos séculos (existindo um longo caminho entre as formulações de Savigny, passando por José Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra e Rubens Requião, até chegar aos estudos realizados neste século XXI), devendo ser analisada e interpretada, hodiernamente, tanto sob a ótica dos fundamentos e princípios estabelecidos na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002, como também pela realidade econômica e social que leva algumas pessoas jurídicas, geralmente multinacionais, a tratar em pé de igualdade (ou até de superioridade) com os Estados.

A atividade econômica encontra seu tripé de sustentação no art. 170 da Constituição da República, para o qual a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos existência digna<sup>5</sup>, conforme os ditames da justiça social.

Ou seja, não se pode assegurar uma livre-iniciativa empresarial senão por meio da coexistência com os demais fundamentos e princípios gerais da atividade econômica. E é a pessoa humana (base do sistema jurídico na maior parte dos países ocidentais) quem está por detrás da pessoa jurídica, sendo, por isso mesmo, a maior beneficiária da sua criação e manutenção.

Em razão da pessoa humana se privilegia a personalidade jurídica societária, também em seu benefício se aplica a própria desconsideração da personalidade jurídica.

Neste sentido, Verçosa (1995, p. 51), parafraseando Tullio Ascarelli, afirma que a personalidade jurídica não corresponde a um dado normativo fático preexistente, mas, na realidade, ao código de uma disciplina normativa, que deve ser aberto pelo aplicador da lei, de caráter instrumental, portanto.

Em razão disso, “os fins perseguidos pelas pessoas jurídicas devem ser socialmente desejáveis, funcionalmente indispensáveis para a estabilidade de certas relações jurídicas ou econômico-jurídicas, para que se justifiquem os efeitos dela decorrentes” (SZTAJN, 2005, p. 379), sobretudo em razão dos interesses tutelados em favor da pessoa humana, destinatária direta das benesses produzidas pela atividade dos entes coletivos.

Da mesma forma, os princípios incorporados ao Direito Empresarial pelo Código Civil de 2002 também refletem o novo cenário jurídico vigente no Direito Privado Brasileiro, fazendo coro (guardadas as devidas proporções), com os princípios constitucionais regentes da ordem econômica nacional (art. 170, Constituição da República).

---

<sup>5</sup> Conforme leciona Canotilho (1994, p. 34-35), “quando na Constituição Portuguesa se fala em respeito pela ‘dignidade da pessoa humana’ não se trata de definir ou consagrar um ‘homo clausus’, nem reconhecer metafisicamente a pessoa como ‘centro do espírito’, nem impor constitucionalmente uma ‘imagem unitária do homem e do mundo’, nem ainda ‘amarrar’ ou encarcerar o homem num mundo cultural específico, mas tornar claro que na dialética ‘processo-homem’ e ‘processo-realidade’ o exercício do poder e as medidas da praxis devem estar conscientes da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e econômicos), a sua dimensão existencial e a sua função social“. A Constituição da República italiana também trata da dignidade da pessoa humana de forma similar à Constituição brasileira, só que de modo mais explícito, ou seja: “Art. 41. É livre a iniciativa econômica privada. Não pode desenvolver-se em contraste com a utilidade social ou de modo a causar dano à segurança, à liberdade ou à dignidade humana. A lei determina os programas e os meios de fiscalização destinados à direção e coordenação da atividade econômica, pública e privada, para fins sociais” (PERLINGIERI, 2002, p. 327).

Bruscato (2005, p. 50) demonstra que o novo Código Civil brasileiro incorporou três princípios norteadores das relações jurídicas privadas, quais sejam:

- 1) princípio da socialidade;
- 2) princípio da eticidade;
- 3) princípio da operabilidade.

Segundo a autora (2005, p. 52), a socialidade é o carro-chefe axiológico do Código Civil de 2002, revelando a prevalência dos valores coletivos sobre o individual (geralmente indicado por expressões como ‘bem comum’, ‘interesse coletivo’, ‘justiça social’, ‘interesse público’, etc.), sobretudo porque é indissociável da função do Direito sua aptidão para possibilitar ao cidadão a sua realização plena como pessoa.

Já o princípio da eticidade revela-se na preocupação com a boa-fé, a equidade, os bons costumes e outros critérios éticos também estabelecidos no novo Código. Por fim, o princípio da operabilidade almeja viabilizar e programar os demais princípios (socialidade e eticidade) nas relações jurídicas, facultando ao magistrado lançar mão de maior discricionariedade para conferir efetividade ou concretude à decisão (BRUSCATO, 2005, p. 53-54).

No entanto, embora a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 tenham procurado dar execução a novas concepções e diretrizes legais para tratamento do Direito empresarial, não se deve perder de vista suas peculiaridades que muitas vezes não se encaixam numa diretiva geral que pretenda aplicar a todos os ramos do direito, indistintamente, novas fórmulas de regência econômica e social.

Isso porque, ao se aplicarem princípios regentes da atividade econômica sobre contratos firmados entre particulares (v.g., contrato de locação) e sobre contratos de associação empresarial (v.g., joint venture), a repercussão social dessas duas hipóteses de relações jurídicas possui formas próprias de expressão no mundo jurídico. Em razão disso, “há que se ter em mente que toda interpretação aplicável às lides decorrentes do exercício da empresa deve privilegiar a estabilidade, a confiança e a preservação da empresa” (RIBEIRO, 2002, p. 90), na medida em que a função social de um contrato de joint venture firmado entre duas grandes empresas é notoriamente diferente para a sociedade humana do que a função social, a partir dos efeitos, de um contrato de locação firmado entre particulares.

A impossibilidade de generalizações absolutas se comprova pela própria tentativa de unificação do direito obrigacional no mesmo Código (CC), ainda assim incompleta.

Destarte, para que a ordem econômica brasileira seja incentivada e se desenvolva em prol da coletividade, sobretudo, por meio do exercício da

atividade empresarial, é imprescindível que seja assegurado tanto o reconhecimento da personalidade jurídica societária (aos modelos previstos no Código Civil de 2002), como também sejam mantidos os “níveis de segurança para os que contratam com a empresa”, pois, “quanto mais as relações econômicas forem estáveis e pautadas na confiança, maior a perspectiva de investimento em atividade de produção” (RIBEIRO, 2002, p. 90-91).

## 2 A IMPORTÂNCIA DA EMPRESA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O conceito de empresa, concebida como “atividade econômica organizada, exercida profissionalmente pelo empresário, através do estabelecimento” (BULGARELLI, 2000, p. 294), expressa a importância da personalidade jurídica societária, haja vista que, sem o reconhecimento da regra fundamental *societas distat singulis*, o empresário (sociedade empresária limitada ou anônima, por meio de seus sócios) não teria a mesma motivação para investir seus recursos na atividade empresarial. Essa atividade ocorre de forma preponderantemente relevante para a sociedade humana pela organização societária empresarial.

Em outras palavras, empresário (sociedade empresária), empresa e estabelecimento “são três movimentos ou expressões do mesmo fenômeno comercial, econômico-social e jurídico” (BULGARELLI, 2000, p. 293), onde se tem o estabelecimento ao centro, constituído pelos bens corpóreos e incorpóreos (universalidade de fato), a empresa ao redor, como organização do trabalho e disciplina da atividade no objetivo de produzir riqueza (a fim de pô-la em circulação para obter lucro), e o empresário (sociedade empresária) à frente de tudo isso, impondo sua vontade e traçando suas diretrizes na condução dessa organização produtiva, sendo o sujeito ativo e passivo nas relações jurídicas tecidas pela empresa.

Destarte, conforme explica Salomão Filho (1998), a organização produtiva destes fatores fundamenta a personalidade jurídica e leva necessariamente ao pluralismo, já que o ordenamento jurídico reconhece e atribui capacidade segundo os diferentes tipos e graus de organização, os quais, abstraídos da existência da organização societária, constituem o conceito de personalidade jurídica.

Mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002 (que consagrou a empresa e o empresário no direito positivo brasileiro, embora a doutrina e a jurisprudência especializadas já os tratassem sob esta ótica, sobretudo em decorrência dos ensinamentos de Alberto Asquini produzidos em 1943),<sup>6</sup> a empresa já se firmara e fortalecera como a grande mola propulsora da atividade econômica contemporânea.

O Estado (Estado-Providência) deixou de atuar em diversos setores da sociedade que até pouco tempo eram atribuição da máquina estatal, em prejuízo do empresário, que tinha que se contentar com as atividades que não interessavam ao Estado.

Comparato, em 1983, já demonstrava a importância da empresa na sociedade contemporânea, especialmente pela sua conexão com o trabalho assalariado, mas também pela sua capacidade de influenciar comportamentos.

Sobre atribuição patrimonial, quando se busca um elemento de comparação entre o patrimônio material e imaterial do empresário, o próprio conceito de empresa evoluiu neste século, destacando-se a importância da credibilidade da sociedade empresária no mercado em que atua, mais do que a titularidade de seu patrimônio material (OINEGUE, 2007).

É sob essa mesma ótica que a teoria moderna na visão dos tribunais e da doutrina privilegia a continuidade da empresa em detrimento da vontade individual do sócio ou do credor, dados os múltiplos interesses que sobre essa convergem, tais como os dos trabalhadores, dos consumidores, dos fornecedores e do próprio fisco, irradiando relações jurídicas de naturezas diversas pela sociedade (BULGARELLI, 1989).

A empresa atual é fruto de uma sociedade pós-moderna, na qual se verifica uma relação multidisciplinar entre os micros e os macros sistemas que orbitam ao redor da Constituição da República, a qual preceitua no art. 170 que a atividade econômica deve ser incentivada e estimulada pelo Poder Público, estruturando-se sobre alguns princípios fundamentais (v.g., a livre-iniciativa, a valorização do trabalho humano, o pleno uso da propriedade privada, a livre concorrência, dentre outros preceitos gerais) que regem a produção e circulação de bens e serviços no país. A empresa no terceiro milênio incorporou as novidades tecnológicas e tem facetas econômicas e sociais indiscutíveis (WALD, 2005), incorporadas pelo Código Civil de 2002.

Essa reconhecida valorização da empresa na atualidade não teria alcançado seu escopo principal se não fosse a regra de ouro do Direito Societário, ou

---

<sup>6</sup> Não obstante Asquini representar um marco na formulação da teoria jurídica da empresa, outros juristas do Velho Continente também trataram do tema, v.g.: Michel Despax na França; Wieland e Endemann na Alemanha; Vivante e Ferri na Itália, dentre outros. Para Asquini (1996, p. 109-110), “o conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado”.

seja, a existência da limitação da responsabilidade dos sócios pelas dívidas contraídas pela sociedade, por meio da personalização das sociedades (CORRÊA-LIMA, 1989).

Por certo em toda atividade empresarial existe um risco de insucesso já em seu regular desenvolvimento. É sobretudo em razão disso que as sociedades com responsabilidade ilimitada dos sócios não existem de forma significativa na atualidade, sendo tratadas, especialmente no Brasil, apenas doutrinariamente nos cursos de graduação das faculdades de direito.

Destarte, se não existisse a limitação da responsabilidade pessoal do sócio, o risco da atividade aumentaria o aporte de capitais, refletindo diretamente no produto ou serviço realizado pela empresa, em prejuízo de toda a cadeia das relações socioeconômicas. Dificilmente um empresário colocaria em risco todo o seu patrimônio pessoal (amealhado muitas vezes durante décadas) numa sociedade empresária, se o mero insucesso do negócio (muitas vezes provocado por crises econômicas públicas, concorrência acirrada, globalização, insolvência de credores, de fornecedores ou de clientes, etc.) pudesse lhe tomar todo o seu patrimônio pessoal.

Sem a pessoa jurídica (com existência distinta da de seus sócios) e com responsabilidade ilimitada, a atividade empresarial não teria atingido seu estágio atual. Num mundo capitalista globalizado, onde cada vez mais é necessário investir e aprimorar a organização empresarial, as pessoas jurídicas empresárias representam um dos mais significativos fatores para a compreensão do regime capitalista e o regime de titularidade patrimonial acatado pelo Direito, ao mesmo tempo em que estimula o investimento - pela distinção entre o patrimônio do sócio e da sociedade-, deve ser interpretado com foco nos princípios constitucionais, dentre eles, recapitulando-se, o da função social e aquele da dignidade da pessoa humana.

### **3 A RELATIVIZAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO FORMA DE GARANTIR OS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA (UM EXEMPLO: CONSUMIDOR E MEIO AMBIENTE)**

Conforme exposto, a personalidade jurídica societária interessa não só aos empreendedores que pretendem limitar o risco dos seus investimentos, mas ao próprio Estado (como atividade promocional), pois, se assim não fosse, não se teria mantido a regra fundamental da *societas distat singulis* até hoje, garantidora de que os bens pessoais do empresário não se confundem com aqueles destinados ao exercício da atividade empresarial (autonomia patrimonial) titulados pela pessoa jurídica.



O direito constitucional vigente, ao tutelar novos interesses e garantias que até então não encontravam local de destaque no ordenamento jurídico (v.g., direito ao meio ambiente, aos consumidores, etc.), acaba por fazer surgir um hiato entre o direito codificado e as necessidades sociais.

Essa situação já foi percebida por Gomes (2005), em 1955, quando, visionariamente, escreveu artigo sobre o tema, mais recentemente reproduzido em periódico.

Relata o jurista que, diante do surgimento de fatos novos, em dissonância com o direito codificado e as necessidades sociais, ao invés de o jurista elaborar novos sistemas jurídicos, adequados à regulação dessas novas necessidades sociais, acaba aproveitando o velho arcabouço legislativo para, paliativamente, empregar a mesma técnica jurídica para os novos problemas surgidos.

Ainda, na mesma linha de raciocínio, continua o jurista, ao conclamar a doutrina para que assuma seu papel, como fonte indireta do Direito (GOMES, 2005).

Trazendo para o campo do Direito Empresarial Contemporâneo os ensinamentos de Orlando Gomes, é possível verificar também que, na sua interpretação são indispensáveis considerações econômicas e sociais, num papel até mesmo criador do seu intérprete (LOBO, 2001; BULGARELLI, 1992).

Convergindo-se tais pensamentos ao tema agora analisado, sobressai a impropriedade da utilização da técnica da desconsideração da personalidade jurídica para solucionar novas questões que não dizem respeito aos pressupostos da teoria maior da desconsideração.<sup>7</sup>

Não se ignora que “a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica independe de previsão legal”, pois, independentemente da matéria tratada (v.g. Código Civil, Lei do Meio Ambiente, Lei Antitruste, Código de Defesa do Consumidor, etc.), “está o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo de credor” (COELHO, 2007, p. 55).

Contudo, o que não se deve pactuar é com a utilização dessa técnica para regência de novas situações, nas quais seus pressupostos não possam ser identificados. Condições outras que, independentemente de qualquer fator adicional, também são relevantes, porém não legitimam a desconfiguração do

---

<sup>7</sup> A teoria maior é a teoria aceita pelos juristas e estudiosos do Direito Empresarial, desde sua formulação no Brasil por Rubens Requião, até sua positivação pelo atual Código Civil. Para a teoria maior, para que ocorra a desconsideração, é necessária “a presença de fraude contra credores, abuso de direito ou desvio de finalidade; e, ainda que, tais distorções estejam, de alguma forma, ligadas à manipulação da autonomia patrimonial” (SOUZA, 2006, p. 129).

conceito de desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes previstos desde sua origem, ou seja, para hipóteses de abuso de direito, fraude à lei e confusão patrimonial, este último inserido mais recentemente, como resultado dos demais.

A questão reside em saber-se como tratar as previsões legais alocadas, por exemplo, no art. 28, § 5<sup>a</sup> da Lei 8.078/90 (CDC) e no art. 4<sup>a</sup> da Lei 9.605/98 (Meio Ambiente), as quais prevêm, respectivamente, a possibilidade de “ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (BRASIL, 1990) e de “ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente” (BRASIL, 1998).<sup>8</sup>

Ambas as disciplinas (defesa do consumidor e defesa do meio ambiente) decorrem dos princípios gerais da atividade econômica, nos termos do art. 170, incisos V e VI da Constituição da República, razão pela qual devem ser interpretadas em conjunto com os demais princípios, para se chegar à definição de um sistema e de um modelo econômico, ambos definidos pelo Direito Econômico vigente pelas expressões “relações econômicas” ou “atividade econômica” (GRAU, 1990, p. 138).

Por outro lado, concomitantemente com estes princípios que devem ser observados, existe a livre-iniciativa empresarial, a qual, juntamente com a valorização do trabalho humano, fundamenta a atividade econômica (como também a própria República Federativa do Brasil – art. 1<sup>a</sup>, IV), para assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Ocorre que a livre-iniciativa, que fundamenta a atividade econômica na Constituição de 1988, não é a mesma vigente durante a revolução industrial, quando

a ordem econômica voltava-se exclusivamente para o desenvolvimento da própria indústria, estimulando a produção em massa, o lucro e o crescimento da economia, resultando num capitalismo selvagem, em detrimento dos empregados, dos consumidores, do bem-estar social e do meio ambiente. (BANDEIRA, 2004, p. 61).

Portanto, quando se estiver diante de um impasse como o de um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor ou à qualidade do

---

<sup>8</sup> Não existem os grifos no original legislativo. Note-se que as referidas legislações pretendem a desconsideração da própria pessoa jurídica, sequer mencionando a personalidade, como ocorre, por exemplo, no caput do art. 28 do CDC.

meio ambiente, utilizando-se da nova ordem constitucional de 1988, poder-se-á responsabilizar, dependendo das circunstâncias concretas de cada caso, a pessoa responsável pelo prejuízo ou mesmo seus dirigentes que estão agindo em nome da pessoa jurídica.

Todavia, tal responsabilidade não se dará pela aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, como impropriamente prevê o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Meio Ambiente (nos artigos supra referidos), mas sim, adotando-se uma nova técnica jurídica, que, não obstante ainda não tenha merecido o devido tratamento doutrinário, já foi chamada de “relativização da pessoa jurídica” por parte da doutrina (BANDEIRA, 2004, p. 64).

Ou seja, esta formulação doutrinária (relativização da pessoa jurídica), muito próxima da “teoria menor” tratada por Coelho (2007, p. 47), ignora a existência da personalidade jurídica concedida à pessoa jurídica, responsabilizando diretamente os administradores (sócios, etc.) da sociedade sempre que for obstaculizado o integral ressarcimento do consumidor ou do meio ambiente.<sup>9</sup>

Como se observa, nas hipóteses em que resulte dano ao consumidor ou ao meio ambiente, independentemente da ocorrência de abuso no exercício da liberdade negocial, aliado à repercussão social que o ato originou, é possível dar respaldo aos artigos 28, § 5<sup>a</sup> do CDC e 4<sup>a</sup> da Lei do Meio Ambiente, com fulcro nos princípios constitucionais que regem e delimitam a ordem econômica na Constituição brasileira.

Todavia, não se aplicará a desconsideração da personalidade jurídica, mas sim, uma nova hipótese legal, voltada a impedir que a personalidade jurídica societária “sirva de obstáculo ao exercício de direitos considerados essenciais pelo ordenamento jurídico constitucional (caso das hipóteses de co-responsabilização previstas no Direito do Trabalho, do Consumidor e Tributário)” (RIBEIRO, 2002, p. 91).

---

<sup>9</sup> O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de julgar um caso envolvendo o ressarcimento de consumidores lesados por um shopping Center, decidindo pela aplicação da teoria menor. (STJ, REsp 279273/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 04.12.2003, DJ 29.03.2004, p. 230). O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná afastou a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica por ausência de seus pressupostos relacionados à fraude (TJPR, AI 0319879-0, 17. CC, Rel. Des. Lauri Caetano da Silva, j. 01.02.2006).

#### 4 A ESTABILIDADE JURÍDICA, O DIREITO-CUSTO E A PERSONALIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

Existem, pois, novas formas de responsabilização dos sócios e administradores, além das já conhecidas responsabilidade direta por ato próprio e desconsideração da personalidade jurídica.

No âmbito do Direito Econômico, porém, (em que a atividade empresarial atua e se desenvolve), precisam existir regras jurídicas claras e precisas para que o empresário continue apostando seus recursos nesta atividade econômica produtiva.

Conforme se expôs anteriormente, o direito brasileiro adota a regra da separação da titularidade patrimonial entre a pessoa dos sócios e a pessoa jurídica societária, o que representa um estímulo para que sejam feitos investimentos na atividade econômica, na medida em que pouquíssimas pessoas arriscariam investir todo o seu patrimônio em determinado empreendimento sem que houvesse a regra fundamental *societas distat singulis*.

Quando um empresário resolve destinar recursos (que antes estavam imobilizados em imóveis, v.g.) na atividade econômica empresarial, procura abstrair a exata noção dos riscos que a atividade possui. Para tanto, muitas vezes procura um profissional do direito, o qual:

Ao prestar assessoria para a constituição de uma sociedade empresária, ocupa-se, não apenas, com os aspectos do direito contratual, mas também com as normas relacionadas ao direito do trabalho, do tributário, do consumidor, do meio ambiente, com o fim de esclarecer as repercussões que delas poderão advir na responsabilização patrimonial dos sócios. (SOUZA, 2006, p. 157).

Essa preocupação com fatores relacionados à atividade econômica que podem trazer prejuízos a terceiros, marca as idéias iniciais surgidas a partir dos estudos de Ronald H. Coase, a partir dos quais se passou a entender e enxergar os problemas legais também sob a ótica da eficiência econômica, ou melhor, qual o reflexo de determinada legislação na eficiência econômica (PINHEIRO; SADDI, 2005).

O Teorema de Coase (COASE, 1960) procurou demonstrar que, “quando os direitos de propriedade são bem definidos e o custo de transação é igual a zero, a solução final do processo de negociação entre as partes será eficiente, independentemente da parte a que se assinalam os direitos de propriedade” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 105).

Ou seja, o Teorema de Coase disponibiliza meios para entender e enxergar os problemas legais sob a óptica da eficiência econômica, de modo a se aplicar

determinada regra legal em termos de eficiência econômica (PINHEIRO; SADDI, 2005). Desse modo, o Teorema de Coase demonstra ao jurista que o direito não pode se esquecer das conseqüências das suas regulamentações (ou mesmo ausência delas), sobretudo no campo do Direito Econômico (KLEIN, 2006).

É cediço que toda atividade econômica empresarial pressupõe certo risco (indissociável da busca do lucro), todavia, é a quantificação desse risco que irá pautar a decisão do empresário de investir ou não seus recursos em determinada atividade (BRUSCATO, 2005).

Por outro lado, o risco da atividade econômica também está lastreado no lucro que o empresário vislumbra a partir de seus investimentos. É esta interface entre lucro x risco que irá pautar a decisão do empresário por investir ou não, na atividade econômica produtiva (ASQUINI, 1996).

Daí se extrai o que os economistas chamam de “externalidades”, ou seja, os efeitos positivos (externalidades positivas aumentam o bem-estar, v.g., reduzindo os custos de produção) ou os efeitos negativos (externalidades negativas reduzem o bem-estar, v.g., aumentando os custos de produção) que surgem involuntariamente a partir da atividade econômica.

Por meio da análise econômica do direito, Ronald Coase assevera que as externalidades podem ser estudadas por meio da Teoria dos Custos de Transação, a qual compreende cinco atividades necessárias para viabilizar a concretização de uma negociação: a) busca de informação; b) negociação; c) realização e formalização de contratos; d) monitoramento; e) correta aplicação do contrato e a cobrança de indenizações por prejuízos (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 62). O manejo dessas cinco atividades possibilita ao empresário obter os custos de uma determinada transação, ou seja, o valor para adquirir, proteger e transferir direitos de propriedade.

Por certo, esta teoria desenvolvida na década de trinta não possui total aplicação no Direito vigente, todavia, serve de

inegável contribuição para a reflexão jurídica, qual seja, a impossibilidade de ignorar que algumas normas jurídicas, como as obrigações jurídicas impostas aos empresários, repercutem diretamente no custo da atividade econômica; têm, portanto, a natureza de elemento custo. (SOUZA, 2006, p. 154).

Assim, quando o empresário se vê diante de uma instabilidade legislativa e jurisprudencial, a partir da qual a personalidade jurídica societária é suprimida (misturando-se a responsabilidade patrimonial da pessoa jurídica com a da pessoa física) sem maiores requisitos ou fundamentações, sendo evidente que

o desenvolvimento da atividade econômica será afetado, em prejuízo de toda a coletividade que se beneficia (dos impostos pagos, dos postos de trabalho gerados, dos investimentos em pesquisa e criação de produtos e serviços adequados ao mercado de consumo, dentre tantas outras funções, notoriamente reconhecidas, que a atividade empresarial gera na sociedade).<sup>10</sup>

A separação patrimonial e a responsabilidade limitada dos sócios de sociedade empresária, devidamente registrada e detentora de personalidade jurídica, permite a distinção entre o patrimônio dos sócios e o da sociedade, existindo, em decorrência disso, uma norma de direito-custo que interfere na escolha do empresário quando destina recursos para organizar uma atividade empresarial.

No âmbito do Direito Contratual, ferramenta indispensável no exercício da atividade empresarial, “quanto maior o reconhecimento, pela ordem jurídica, da validade e eficácia das cláusulas constantes dos instrumentos de contrato”, ou seja, “quanto menor a definição, em normas positivas, de direitos e obrigações de contratantes, mais facilmente será calculado pelo empresário o impacto da responsabilidade contratual nos custos da atividade econômica” (COELHO, 2002, p. 14).

Ademais, numa economia globalizada que dispensa fronteiras, com o avanço de multinacionais ávidas por investir recursos em países em desenvolvimento (como é o caso do Brasil), um baixo direito-custo para o empresário estrangeiro é de suma importância para o desenvolvimento do país. Destarte, quanto maior for a segurança jurídica e a liberdade de atuação dos agentes econômicos no regular exercício de seus direitos e obrigações, maior será a potencial capacidade de atração de investimentos (COELHO, 2002).

Com efeito, “a boa, coerente e racional aplicação da lei é condição básica do desenvolvimento” (WALD, 1999, p. 2) socioeconômico do país, não sendo possível, “de um momento para o outro, fechar-se os olhos a essa realidade, pois o perigo para o desenvolvimento econômico do país é gigantesco”, já

---

<sup>10</sup> O Brasil ainda não conseguiu solucionar graves entraves internos que prejudicam a economia, “a começar pela brutal carga tributária, a lentidão do Poder Judiciário e ineficiência histórica do Estado. Há muito a desregulamentar, muito a desburocratizar, muito a profissionalizar. Ninguém acha que o Brasil se transformou num tigre. Ocorre que, ainda que ande devagar e em ziguezague, o país conseguiu abandonar uma longa história de protecionismo, vem se expondo à competição global e já atingiu um grau de consistência macroeconômica tão diferente de certos vizinhos quanto a água e o óleo”. [sic.]. (OINEGUE, 2007, p. 14).

que “o investidor desprotegido opta por não investir. A economia do Brasil sofrerá as duras conseqüências [...]” (BRUSCATO, 2005, p. 65) se o Estado não oferecer estabilidade e segurança jurídica ao empresário. A preservação da personalidade jurídica societária é uma forma de se colaborar neste intento.

Desde que a pessoa jurídica, por intermédio de seus administradores, atue dentro da legalidade, não incorrendo em abuso de finalidade (abuso de direito e fraude à lei) nem em confusão patrimonial, deve ser observada a autonomia entre a pessoa jurídica e a pessoa dos sócios que a integram e administradores (conforme preceituava o art. 20 do revogado Código Civil de 1916). Contudo, se verificadas as hipóteses justificadoras da técnica da desconsideração, ficará o empresário sujeito a responder com seus bens pessoais pelas práticas indevidas empregadas em desrespeito à função própria da pessoa coletiva.

O que se critica, no entanto, é a utilização indiscriminada e assistemática da desconsideração da personalidade jurídica societária, muitas vezes empregada apenas para satisfazer a pretensão dos credores, em prejuízo não só dos empresários que investem na atividade produtiva do país, mas também de toda a sociedade que deixará de receber investimentos e fomentar riquezas, haja vista inclusive a função social da empresa na coletividade em que atua.<sup>11</sup>

Não se tem notícia ainda de estudos mais aprofundados para se apurar o efetivo prejuízo imposto ao país diante da insegurança jurídica (fruto também da assistemática utilização da desconsideração da personalidade jurídica) gerada aos investidores do setor produtivo da economia brasileira.<sup>12</sup> Mas certamente, os números serão estarrecedores, não só pela fuga de capital estrangeiro para outros países onde existam regras mais claras e precisas, como também pela ausência de aplicação no setor produtivo dos capitais já existentes no país, os quais acabam sendo redirecionados para a poupança do investidor ou para a especulação imobiliária.

---

<sup>11</sup>No que concerne à função social da empresa, vale a pena conferir as palavras de Blanchet (2004, p. 113): “Se se pugna verdadeiramente por construir uma sociedade justa, baseada na valoração da dignidade humana, o caminho a ser seguido não é nem o do caos legislativo, nem tampouco o do desrespeito a direitos consagrados, mas de critérios norteadores capazes de conferir ao cidadão com clareza seus direitos e deveres. Deseja-se sim viver em uma sociedade em que todos cumpram suas ‘funções-sociais’ (as empresas inclusive, tendo em vista sua vultosa importância na Sociedade como um todo), empregados e patrões, mas funções estas que não lhes sejam árduas ou vagas a ponto de se ofender o fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito denominado de dignidade da pessoa humana”.

No âmbito da economia, por exemplo, estudos realizados já deram conta de que os custos do crédito consignado disponibilizado pelo mercado financeiro são muito inferiores ao crédito pessoal concedido ao consumidor. Isso porque “a satisfação do crédito consignado independe da intervenção do Judiciário (e do moroso processo de cobrança que é disparado em casos tais), trazendo uma certeza jurídica muito mais clara sobre o adimplemento da obrigação devida” (NUNES, 2007, p. 262).

Jairo Saddi demonstra, na prática, os efeitos desse fenômeno na economia nacional, representado por direito-custo com externalidades negativas:

Segundo dados do Banco Central, os empréstimos com desconto em folha atingiram, em maio de 2004, R\$ 7,8 bilhões, cerca de 5% da oferta de crédito. De março a maio, o crescimento foi de 25,1%, ante um crescimento de 11,9% do crédito pessoal, representando um vigoroso aumento no período. O juro médio das operações consignadas ficou em 39,1% ao ano, ante a taxa de crédito pessoal, média de 72,7%.

Há, assim, evidências demasiadas para não se frustrar este produto bancário, agora no nascedouro. (SADDI, 2004, apud NUNES, 2007, p. 262-263).

O exercício da atividade empresarial é indissociável da segurança e da estabilidade jurídica, pois as decisões tomadas no âmbito das empresas não permitem vacilos ou oscilações, sendo de suma importância a garantia de que suas diretivas não comportarão digressões subjetivas, de forma a surpreender o empresário e os que com ele contratam.

A preservação da regra fundamental *societas distat singulis* e a correta aplicação da técnica da desconsideração da personalidade societária no Direito brasileiro certamente contribuirá para o desenvolvimento socioeconômico do país, chamando investidores estrangeiros e atraindo a atenção dos investidores locais, colocando o Brasil em posição de destaque não só perante o Mercosul, como também perante a comunidade global, permitindo o afastamento de investidores especulativos e trazendo capital sólido para assegurar o desenvolvimento da atividade econômica organizada, em benefício de toda a coletividade que direta ou indiretamente se beneficia da atividade empresarial.

---

<sup>12</sup> Wald (1999) comenta apenas da existência de um “Relatório” elaborado pelo Banco Mundial que faz referência ao caos legislativo em que vivemos, o qual traz incerteza jurídica em virtude do “emaranhado de leis” que tratam de determinadas matérias.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A personalidade jurídica societária ocupa um lugar de destaque no desenvolvimento econômico e social do país, todavia, deve ser estudada por meio de um enfoque, que privilegia não só o econômico ou o empresarial, mas também os princípios e fundamentos da Constituição de 1988, de onde sobressai tanto a livre iniciativa econômica quanto a valorização do trabalho humano, ambos como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e coadjuvantes na busca da dignificação da pessoa humana.

Por outro lado, embora a autonomia patrimonial das sociedades também possa ser desconsiderada em determinadas e específicas situações em que não se verificam os requisitos da desconsideração (v.g., Direito do Consumidor e Direito Ambiental), não se pode ignorar que o Direito Empresarial possui regras próprias voltadas a preservar e estimular o desenvolvimento da empresa, sem as quais não existiria o estímulo necessário para que o empresário destinasse parte de seu patrimônio para essa atividade.

A personalidade jurídica societária implica que a atividade econômica empresarial se desenvolva e assuma papel fundamental dentro do sistema capitalista vigente, pois a manutenção da empresa se justifica diante da sua relevante função social na ordem econômica brasileira, constituindo-se como o meio adequado para se aliar desenvolvimento econômico e social em benefício de toda a coletividade que direta ou indiretamente se beneficia do seu imenso leque de atividades.

Quando o empresário se vê diante de uma instabilidade legislativa e jurisprudencial, pela qual a personalidade jurídica societária é suprimida (misturando-se a responsabilidade patrimonial da pessoa jurídica com a da pessoa física) sem maiores requisitos ou fundamentações, por certo que o desenvolvimento da atividade econômica será afetado, em prejuízo de toda a coletividade que dela se beneficia (em razão dos impostos pagos, dos investimentos em pesquisa e criação de produtos e serviços adequados para o mercado de consumo, dos postos de trabalho gerados, dentre tantas outras funções que a atividade empresarial propicia para a sociedade).

A estabilidade legislativa e jurisprudencial em relação ao Direito Empresarial é uma das formas de se privilegiar o crescimento econômico e social do país, não se podendo ratificar posições que impliquem injustiça ou insegurança na atividade econômica privada (o que depõe contra os próprios princípios e fundamentos da República Federativa do Brasil), a qual, fundamentada na existência da personalidade jurídica societária e na autonomia patrimonial, representa a mola propulsora do desenvolvimento socioeconômico do país.

## REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

BANDEIRA, Gustavo. *A relativização da pessoa jurídica*. Niterói: Impetus, 2004.

BLANCHET, Jeanne D'Arc Anne Marie Lucie. *A função social da empresa, a liberdade econômica e o bem comum*. Curitiba: Genesis, 2004.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2007.

BRASIL. *Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2007.

BRUSCATO, Wilges Ariana. Os princípios do Código Civil e o direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, p. 50-75, jul./set. 2005.

BULGARELLI, Waldirio. *Direito empresarial moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

\_\_\_\_\_. *Problemas de direito empresarial moderno: contratos comerciais, falências e concordatas, propriedade industrial, concorrência desleal e proteção ao consumidor, responsabilidade civil, títulos de crédito, sociedades*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_. *Sociedades comerciais: sociedades civis e sociedades cooperativas; empresas e estabelecimento comercial: estudos das sociedades comerciais e seus tipos, conceitos modernos de empresa e estabelecimento, subsídios para o estudo do direito empresarial, abordagens às sociedades civis e cooperativas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. Reimpressão.

CATELANO, Pierangelo. As raízes do problema da pessoa jurídica. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 73, p. 38-54, jul./set. 1995.

COASE, Ronald. The problem of social coast. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.3.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 50, n. 21, p. 57-74, abr./jun. 1983.

\_\_\_\_\_. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 732, p. 38-46, out. 1996.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

ESTEVES, Jean Soldi. Uma perspectiva civil-constitucional da imagem da pessoa jurídica. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controversas no Novo Código Civil. Parte geral do Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 179-207.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 121-134, maio 2005.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário: à luz do código civil de 2002*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: J. de Oliveira, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

KLEIN, Vinícius. Apontamentos sobre a análise econômica do direito. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, v. 34, n. 34, p. 401-414, dez. 2006.

LOBO, Jorge. Interpretação do direito comercial. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 5, p. 135-148, jan./mar. 2001.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.

MENDONÇA, João Xavier Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 3, livro 2, parte 3.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OINEGUE, Eduardo. *Apresentação. Análise Companhias Abertas (Brazilian Publicly-Traded Companies)*. São Paulo: Análise Editorial, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A desconsideração da personalidade jurídica como forma de aplicação do princípio da preservação da empresa. *Jurisprudência Brasileira, Civil e Comércio*, Curitiba, n. 196, p. 87-92, 2002.

\_\_\_\_\_. *Sociedade de economia mista e empresa privada*. Curitiba: Juruá, 1999.

ROLIN, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIPERT, George. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Tradução de Gilda G. de Azevedo. Rio Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Sueli Batista de. *Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SZTAJN, Rachel. Terá a personificação das sociedades função econômica? In: PERIN JUNIOR, Elcio et al. (Coord.). *Direito empresarial: aspectos atuais de direito empresarial brasileiro e comparado*. São Paulo: Método, 2005.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 2. ed. atualizada por Syllas Tozzini e Renato Berger. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A desconsideração da personalidade jurídica na prática de ilícito cambial administrativo. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 100, p. 49-53, out./dez. 1995.

WALD, Arnoldo. A empresa no terceiro milênio. In: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coord.). *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 3-38.

\_\_\_\_\_. A estabilidade do direito e o custo brasil. *Revista Jurídica Virtual*, v. 1, n. 6, p. 2, out./nov. 1999. Disponível em: [[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Ver\\_06/Estabilidade\\_direito.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_06/Estabilidade_direito.htm)]. Acesso em: 3 mar. 2007.

\_\_\_\_\_. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 73-93.



**Resumo:** O estudo sobre a arbitragem ganhou atualidade no Brasil com a Lei nº 9.307/96. Para tanto, é imprescindível a abordagem do acesso à justiça como garantia constitucional a todo cidadão, como um instrumento à disposição de todos. O acesso à justiça assegura a efetividade da aplicação do direito, constituindo-se a arbitragem num instrumento efetivo desse acesso. A arbitragem objetiva em servir como mecanismo opcional e hábil, voltado à resolução dos conflitos. Apresenta-se como forma heterocompositiva de resolução de controvérsias de direitos patrimoniais disponíveis e detentora de força executória.

**Palavras-chave:** Princípios. Arbitragem. Acesso à justiça. Constitucionalidade. Justiça Coexistencial. Árbitros. Celeridade. Economia. Imparcialidade. Tecnicidade. Confidencialidade. Sentença arbitral detentora de força executória. Relevância do instituto na atualidade.

**Abstract:** Arbitration studies have won status in Brazil with Law number 9.307/96. It considers that it is necessary to approach access to justice as a constitutional guarantee to every citizen as an instrument available to all. Access to justice assures the effectiveness of law application, and arbitration constitutes an effective instrument for such access. It aims to work as a capable and optional mechanism for the solution of conflicts. It is a heterocompositive form to solve existing patrimonial law controversies with execution power.

**Keywords:** Arbitration. Access to justice . Constitutionality. Co-existential justice. Arbitrators. Celerity. Economy. Impartiality. Tenacity. Confidentiality. Arbitral sentence with execution power. Relevance of the institute at present.

---

\* Este artigo é resultado de Dissertação apresentada no Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL) no ano de 2007.

\*\* Doutora em Direitos das Relações pela PUC-SP. Professora da Universidade Estadual de Londrina.

\*\*\* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora e advogada em Londrina.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde o final do século XX, a arbitragem revela-se uma constante preocupação da comunidade jurídica com o direito do cidadão de buscar, no âmbito do Poder Judiciário, a solução para a entrega rápida da prestação jurisdicional, hoje erigida, em nosso ordenamento legal, como direito substancial de caráter individual ou coletivo. Essa é a razão pela qual a doutrina contemporânea tem se preocupado, com forte intensidade, em abordar o tema e em difundir as idéias construídas a respeito, no sentido de sensibilizar o Estado para o cumprimento dessa suprema garantia do direito do cidadão.

Geralmente faz-se uma associação direta entre o acesso à justiça e o acesso aos tribunais. Porém, nos dias de hoje, essa visão não mais satisfaz. Esse acesso formal, por meio do processo, perante os órgãos do Poder Judiciário, onde se identifica o problema e se diz o direito como forma de realizar justiça, não é, na atualidade, o melhor modelo e, muito menos, aquele que proporciona um maior acesso à justiça. Hoje é preciso uma aceção mais ampla para proporcionar aos cidadãos um acesso, não apenas aos tribunais e ao resultado da prestação jurisdicional, desenvolvido pelo Estado, mas a uma ordem jurídica justa.

Ao longo das últimas três décadas, tem-se multiplicado fóruns de discussão sobre gestão dos conflitos, tendo como resultado a institucionalização de meios alternativos de solução de conflitos aos tribunais judiciais. Muito se tem falado sobre métodos alternativos para a solução de conflitos, na língua inglesa - *Alternative Dispute Resolution* - ADR. Surgidos no meio dos negócios - políticos e comerciais - os meios alternativos de solução de controvérsias se mostraram um modo eficaz de finalizar lides de variada complexidade através dos tempos.

Essa nova realidade levou a profundas alterações, tanto de ordem política, social, econômica e cultural, quanto na forma que o homem se relaciona com o mundo, especialmente no que diz respeito aos negócios e às formas de solução das controvérsias. Com a expansão do comércio, a tendência de abertura dos mercados e a internacionalização das economias, a arbitragem reafirmou-se não somente entre particulares, mas também entre Estados, como instituto essencial ao desenvolvimento do comércio internacional. As mudanças nas relações internacionais provocaram transformações no ordenamento jurídico dos Estados e a opção pela formação de grandes blocos econômicos e comerciais têm gerado mudanças radicais, não apenas nos sistemas produtivos dos países, mas também numa reavaliação dos modelos de solução de controvérsias existentes, que imprimam maior agilidade e velocidade.



Na medida em que essas transformações se expandem, maiores se tornam os vínculos entre eles, evidenciando-se mais a constatação dessa interdependência, pois nenhum país é auto-suficiente o bastante na produção de bens e serviços, já que cada um deles é dotado de forma diferente, no que diz respeito a recursos naturais, clima, tecnologia e assim por diante.

A adoção de métodos alternativos como forma de resolução de conflitos está de acordo com os princípios e modelo atual de Estado, em que o cidadão é o centro dos interesses da sociedade e seu voluntarismo passa a ser elemento político dentro de políticas públicas de soluções de conflitos.

Ao utilizar-se da via alternativa, o cidadão obterá a solução de seu conflito, porém, se não ocorrer o cumprimento do acordo deverá socorrer-se do poder estatal para que este faça uso de sua autoridade e monopólio da coação, por meio do Judiciário e da execução forçada.

Assim, retirar do Estado a possibilidade de dizer o direito, não retira dele seu poder ou fere sua soberania, muito pelo contrário, a confirma, pois é por autorização dele que estes mecanismos se tornam possíveis e é por intermédio de sua autoridade que se aceita tornar possível seu uso e se confere força às suas resoluções, traço característico da soberania, que é o uso da força.

De sorte que, a Lei de Arbitragem significa uma verdadeira revolução na cultura jurídica brasileira, à medida que coloca lado a lado a jurisdição estatal com a privada, à escolha do jurisdicionado. O direito processual civil precisa retomar a sua dimensão social, adequando-se historicamente às realidades e necessidades dos novos tempos, a começar pelo rompimento do mito do monopólio estatal da jurisdição, exorcizando o terror da imposição da cláusula arbitral em todo e qualquer contrato, sem que isso importe em enfraquecimento do Judiciário ou na inafastabilidade do controle jurisdicional.

## **2 A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM**

A importância da arbitragem cada vez mais vem sendo defendida, uma vez que possui um caráter amplo, abrangendo relações entre os particulares, especialmente no âmbito comercial e internacional. A arbitragem conduz os envolvidos a uma solução rápida de seus problemas, e mais, promove o exercício eficaz da cidadania quando os leva a assumir a responsabilidade pela satisfação de sua necessidade na situação posta, e, conseqüentemente, o leva a participar na administração da justiça. O indivíduo exercita o seu direito, a liberdade, maior expressão da democracia.

A arbitragem, como instituição, segundo o professor Paulo de Tarso Santos, começa a funcionar em harmonia com o Poder Judiciário que, como um dos

Poderes Constitucionais, tem amplas e importantes funções que vão além das controvérsias de direito privado. (SANTOS, 2001, p. 79).

A mobilidade do capital cresceu, graças à agilidade dos meios de comunicação, que a cada dia estão mais velozes. Como poderia então este capital ficar atrelado ao Poder Judiciário lento e ineficaz? Nos Estados Unidos, por exemplo, grande parte das controvérsias são solucionadas fora do Judiciário, ficando este na retaguarda, caso os jurisdicionados dele necessitem. É seu dever ficar permanentemente atento ao desenvolvimento da sociedade, ouvindo e respondendo ao seu clamor, dando soluções satisfatórias e, por que não dizer, produzindo consideráveis precedentes e tendências a serem seguidas pela sociedade brasileira.

Está no próprio indivíduo o melhor caminho para obter justiça e, ao tomar para si, essa solução de forma pacífica, passa a exercer não apenas os propalados direitos de cidadão, mas assume também a ordenação da vida social, além de auxiliar na escrita dos desígnios da sociedade. O objetivo da arbitragem é evitar que o Judiciário emperre, colaborando com o seu desafogamento e dando uma maior agilidade na solução das controvérsias. Somente quando a solução torna-se impossível é que se recorre ao sistema tradicional da prestação jurisdicional.

Constata-se, pois, a importância não só da sumarização das formas e das tutelas de urgência, em suas mais variadas formas, o complexo contexto sócio-jurídico do acesso à justiça, como também dos métodos ou técnicas diferenciadas ou alternativas de solução de conflitos, como elementos indispensáveis desse movimento, cuja filosofia reflete exatamente, nos dizeres de Mauro Capelletti (1994, p. 96), “[...] a tentativa de adicionar uma dimensão social ao Estado de Direito, de passar do *Rechtsstaat* ao *socializer Rechtsstaat*, consoante proclamam as mais avançadas Constituições européias (francesa, alemã e espanhola) [...]”.

Em 1995, antes, portanto, da Lei nº 9.307/96, Cezar Fiúza (1995) sustentava que:

A arbitragem no Brasil não é problema legal: o que mais pesa é a questão cultural. [...] por razões talvez históricas, a cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado Brasileiro as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver todos nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios. Realmente, não fosse o aspecto cultural, seria difícil compreender o desuso do instituto (da arbitragem) em nosso país. (p. 217-218).

Para Carlos Alberto Carmona (2004), a arbitragem pode ser conceituada como:

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja - para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. (p. 51).

Nesse sentido, é o entendimento de Rozane da Rosa Cachapuz (2000), que conceitua o instituto da arbitragem:

Como sendo um foro privilegiado e propício para a composição amigável ou para a convergência dos esforços dos litigantes no sentido de alcançarem rapidamente, sem descuidar dos valores maiores que são a segurança e a justiça da decisão, a solução final da lide, tendo em vista que, quase sempre, ambos têm interesses na resolução do conflito, que, não raras vezes, envolve quantias vultosas de dinheiro, com inúmeros efeitos diretos e reflexos. (p. 23).

Assim, apesar da distribuição da justiça ser da competência do Judiciário, por meio dos juízes e tribunais, visando à restauração coercitiva de um direito ameaçado ou violado, a lei abre uma exceção e permite que as lides inerentes a direitos patrimoniais sejam solucionados via arbitral. A esse respeito, Nelson Godoy Bassil Dower (1996), comentando o instituto da arbitragem, afirma que:

Contudo, a lei abre uma exceção a essa exclusividade: permite que a solução de lides e conflitos de interesses, desde que relativos a direitos patrimoniais, se façam pela forma privada, ou seja, pela autocomposição, através do chamado juízo arbitral, tal como está previsto no artigo 1.072, do Código de Processo Civil. (p. 40).

Nesse sentido, Joel Dias Figueira Júnior (1999, p. 14) ressalta a necessidade de reavaliar e reorganizar a jurisdição pública e enfatiza a necessidade de facultar às partes “a opção pela jurisdição privada ou paraestatal para solução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, segundo se verifica no novo regime arbitral instituído pela Lei nº 9.307/96”. E, certa relação de causa e efeito, entre o Judiciário, em crise, e a arbitragem, não é realidade só no Brasil.

A arbitragem não veio a substituir o procedimento judicial, tampouco ela ressurgiu como solução milagrosa, visto que não consegue abarcar a maioria dos litígios, pela limitação do objeto que pode ser arbitrado e pelo custo relativamente alto que é despendido pela instauração de um tribunal arbitral.

Por meio da arbitragem, foi concedido às próprias partes um modo de

solucionar seus litígios, resultantes de determinadas relações jurídicas de direito privado, a um tribunal arbitral, composto por um árbitro único ou uma maioria deles, designados, em princípio, pelas partes ou por uma entidade por elas indicada. Mediante a instituição do tribunal arbitral, exclui-se a competência dos juízes estatais para julgar a mesma lide. (RECHSTEINER; FRANCO; WALD, 2005, p. 16)

Cumpra ainda dizer que, a arbitragem é um meio de resolução de conflitos, mais simples e objetiva, e, os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai objeto litigioso” (CACHAPUZ, 2000, p. 22). A opção pelo juízo arbitral é facultativa no tocante ao órgão arbitral, pois se nomeia um único árbitro ou optam para que um grupo de árbitros decida sobre a questão. Os poderes conferidos pelos árbitros são derivados do acordo entre as partes e em virtude de lei.

A arbitragem constitui-se assim, em mecanismo mais flexível, podendo disciplinar os novos litígios, satisfazendo uma exigência da vida moderna, por ser baseada no princípio da autonomia da vontade. Exemplo dessa adaptação é o Centro de Arbitragem e Mediação por parte da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (*World Intellectual Property Organization*), que segundo Hiram Chodosh (1999) foi criado “em resposta à incapacidade dos sistemas jurídicos nacionais de lidar com a complexidade técnica e com as múltiplas jurisdições de tais disputas”. O centro tem por objetivo assegurar o ritmo das mudanças nos mercados nacionais e nos globais emergentes, o que resulta em pressões cada vez maiores sobre os grandes interesses comerciais, para resolver as disputas rapidamente, a baixo custo e de forma amistosa, construtiva e criativa, para maximizar os interesses em longo prazo e para resolver as relações comerciais existentes.

Em que pese a arbitragem prestar-se adequadamente à solução de conflitos de natureza diversa, adquire foro preferencial e finalidade específica em questões decorrentes de relações comerciais e, em particular, as internacionais, em que há necessidade de conhecimentos específicos, tanto de direito internacional e comercial, como de costumes e praxes do comércio, portanto, sendo visíveis as suas vantagens.

A arbitragem, sem deixar o devido processo legal, é mais simples e objetiva, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a questão em que consiste o litígio e, em regra, com profundo conhecimento científico e respeitabilidade, atributos estes, que presentes, conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo comparando-os com a jurisdição pública.

É propriamente na relação tempo *versus* rapidez que o jurisdicionado defronta-se com o maior obstáculo à consecução de suas pretensões. Joel Dias Figueira Júnior (1999, p. 139) assevera que “seja esse talvez o principal ponto de estrangulamento do Poder Judiciário brasileiro e, também, nos do chamado países do primeiro mundo”. Complementa ainda que “diante da carência de estrutura material, instrumental, tecnológica e de pessoal, na qual se encontra mergulhado o nosso Poder Judiciário, inegável que se verifica um comprometimento parcial do direito ao amplo acesso aos tribunais e à ordem jurídica justa”. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 140).

Apropriado, pois, os dizeres de Célio Borja (1995) quanto à relevância da arbitragem:

Se, porventura, o instituto do juízo arbitral ao se qualificar pela simplicidade, segurança e celeridade para resolver os litígios oriundos dos contratos civis e mercantis celebrados pelos agentes econômicos, parece-me difícil prever como o sistema judiciário estatal se desincumbirá do acréscimo significativo da demanda por seus serviços. (p. 102).

Sem sombra de dúvida, a arbitragem, de acordo com o que dispõe a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, preenche o vazio cultural jurídico até então existente em nosso sistema processual. Dada a sua importância no cenário institucional processual, há de ser cultuada com intensa profundidade, a fim de se firmar uma cultura que leve os variados setores da sociedade a aceitá-la e nela confiar, para enfrentar os litígios sem a interferência do Judiciário. A possibilidade de sua utilização na solução das controvérsias, em larga escala, não pode ser descartada, mormente no Brasil, em que se reclama tanto da morosidade da justiça. Daí a inafastável conclusão de que nenhuma decisão judicial, por mais acertada que seja, sob o aspecto técnico-jurídico, é justa, se proferida depois de alguns anos de tormentosa espera, repleta de angústias e incertezas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> O mais expressivo exemplo está na questão dos precatórios, alimentares ou não. Esgotada a instância de conhecimento da matéria, ou seja, após tornada irrecorrível a decisão de última instância, não raro a cargo do STF ou STJ, inicia-se a longa espera pelo cumprimento da condenação imposta à Fazenda Pública. O Estado de São Paulo, por exemplo, deve, em precatórios, mais de dez bilhões de reais (R\$ 10.000.000.000,00). Isso corresponde a 1/6 de sua receita bruta anual. Receber depois de dez ou doze anos o valor da condenação determinada judicialmente, após um processo que tramitou por cinco ou mais anos, corresponderá isso a uma “decisão justa”?

No Brasil,

Em dez anos, realizou-se uma evolução que, em outros países, levou quase um século. Tudo mudou no campo da arbitragem. As estatísticas são eloqüentes. De um número insignificante de processos arbitrais, em 1996, ano em que foi promulgada a nova lei, passou-se para cerca de 4.000 arbitragens realizadas anualmente, das quais cerca de noventa por cento no campo trabalhista e do direito do consumidor, e as demais em questões comerciais, internacionais e domésticas. (MARTINS, 2006).

Efetivamente, enquanto o processo judicial é uma espécie de “guerra”, que afasta as partes, a arbitragem tenta manter as relações entre as mesmas de modo que possam continuar a atuar em conjunto, nos contratos de longo prazo, quer como fornecedores e clientes, quer como sócios.

O sucesso da arbitragem no Brasil, repita-se, deve em grande parte à posição dos juristas. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da lei. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça facilitou a homologação das decisões arbitrais estrangeiras, aplicando, de imediato, a nova lei, admitindo a convenção de arbitragem tácita, definindo mais adequadamente a ordem pública e consagrando a arbitrabilidade dos conflitos, nos quais uma das partes é sociedade de economia mista.

Por outro lado, os juízes de primeiras instâncias e os tribunais estaduais passaram a apreciar as decisões arbitrais com menor formalismo, só decretando a sua nulidade em raros casos de violação do direito da defesa ou de suspeição de árbitros.

Já no plano internacional, a inclusão da convenção de arbitragem nos contratos facilita as relações comerciais, atrai os investimentos e dá maiores garantias aos contratantes, permitindo inclusive a redução dos custos de transação.

O século XXI se caracteriza pela velocidade. Em virtude das novas tecnologias e da globalização, a solução dos litígios não pode eternizar-se. É preciso, todavia, que as decisões dos conflitos não sejam tão-somente rápidas, sendo imprescindível que também sejam eficientes e justas. Num mundo conturbado, com tribunais sobrecarregados, a arbitragem é a melhor alternativa para determinados casos, em que se podem obter soluções eficientes, justas e éticas. Eis o mérito da Lei nº 9.307/96. (MARTINS, 2006).

### 3 A PRÁTICA ARBITRAL

A arbitragem passa por um momento de consolidação no Brasil, com seu peso se concentrando cada vez mais nas áreas cível e comercial, além da trabalhista. Várias câmaras arbitrais estão se reestruturando para concentrar mais os processos, pois o número dos que são realizados no país ainda é muito pequeno se comparado com o elevado volume de procedimentos que existem na Justiça Estatal.

Indo além dos números, o *Jornal Valor Econômico* informa que as empresas brasileiras estão optando pela utilização de cláusulas de arbitragem em seus negócios e estima que, no campo internacional, 99% dos contratos elejam o mecanismo. Revela, também, que a difusão dos métodos alternativos de solução de controvérsias como a arbitragem, a mediação e a negociação está criando um novo campo de atuação para profissionais do Direito. (MACIEL, 2004).

Apesar do crescimento do uso da arbitragem no Brasil [...] na Câmara Brasil-Canadá, uma das maiores, por exemplo, tem hoje apenas 17 conflitos em andamento. Já a Câmara do Novo Mercado, criada há dois anos, ainda não tem nenhum. No caso das disputas societárias, o número de procedimentos é ainda menor. Daí o ineditismo da discussão sobre seu sigilo. (GOULART, 2005).

Nessa seara, o árbitro e vice-presidente da Câmara da Bovespa, Paulo Cezar Aragão, diz que é difícil fixar uma regra e que a decisão deve ser da companhia. O também árbitro da Bovespa, Calixto Salomão Filho, defende até mesmo que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) exija a divulgação da instalação de qualquer procedimento arbitral no Novo Mercado – não necessariamente com a abertura de todas as informações do processo. Para o diretor da CVM, Marcos Barbosa Pinto, os conflitos que são resolvidos por meio de arbitragem devem ser regidos pela Instrução CVM nº 358, que define os casos em que as empresas precisam divulgar fatos relevantes (GOULART, 2005).

De outra sorte, a seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP) está empenhada em investir na popularização da arbitragem e da mediação entre os advogados (NOVA..., 2007). Essa decisão, da diretoria da OAB, será implantada pelo novo presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem do Estado de São Paulo, o advogado Arnaldo Wald Filho, que já está com muitos projetos para difundir mais o uso das práticas alternativas de solução de conflitos. Entre os planos, há a possibilidade de firmar um convênio com a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) para

recrutar estagiários de Direito interessados em atuar na Câmara de Arbitragem e Mediação do órgão. Ele também pretende convencer as faculdades de Direito a oferecer mais matérias sobre o tema com o intuito de preparar os estudantes para essa nova realidade.

Wald Filho, que é árbitro da Câmara da Fundação Getúlio Vargas e sócio do Wald e Associados Advogados, um dos escritórios brasileiros que mais atuam no campo internacional e interno da arbitragem, acredita que poderá transformar a cidade de São Paulo em centro de referência de arbitragem da América Latina. Isso por meio de todo esse trabalho que será desenvolvido pela OAB paulista. Ressalta também a importância do Brasil no cenário mundial da arbitragem. Segundo suas pesquisas, na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) de Paris, o Brasil, em dez anos, passou de um dos últimos lugares do ranking, considerando-se o número de partes brasileiras nas arbitragens, para o primeiro lugar na América Latina, superando o México. Com relação ao mundo, já é o quarto país, logo após os Estados Unidos, a França e a Alemanha, à frente de países como a Inglaterra e a Itália (NOVA..., 2007).

Enfatiza ainda Wald Filho que, a circunstância de um mundo pluripolarizado impõe a São Paulo, ao lado dos centros tradicionais de arbitragem, como Paris, Londres e Nova York, um protagonismo fundamental na solução de litígios locais e internacionais – um posicionamento que só destaca a responsabilidade da OAB paulista na consecução de seus objetivos (NOVA..., 2007).

Já internamente no país, a previsão é de que são feitas mais de quatro mil arbitragens por ano. Esse número é baseado em estimativas, pois os procedimentos muitas vezes não são contabilizados por serem confidenciais. A maioria é feita no Estado de São Paulo. Os litígios resolvidos por arbitragem são, na maior parte, comerciais e trabalhistas (AGUIAR, 2007).

Entre 1997 e 2004, segundo levantamento da OAB e do Conselho Nacional de Mediação e Arbitragem (CONIMA), o número de câmaras arbitrais, muitas constituídas por associações comerciais, federações de indústrias e outras entidades de classes, pulou de 17 para 79. Atualmente, já há mais de 100 câmaras em todo o País. Das 15 câmaras mais procuradas pela iniciativa privada, 4 estão sediadas em São Paulo e 2 no Rio de Janeiro. A OAB-SP tem projetos para investir na popularização da arbitragem e da mediação entre os advogados no Brasil. Hoje, já há mais de 22 mil processos acumulados no País (AGUIAR, 2007).

Nos últimos anos, a demanda por essa forma extrajurisdicional de resolução



de litígios, em disputas civis e comerciais, aumentou quase 60%. Ao todo, entre 1.999 e 2.005 foram resolvidos por esse método 13.652 casos, a maioria nos setores de petróleo e gás, energia elétrica, farmacêutico, automobilístico e de seguros. Recentemente, as áreas de construção civil, locação de imóveis e empresas de distribuição passaram a recorrer à arbitragem. Para efeitos comparativos, a *American Arbitration Association*, uma entidade criada há mais de 50 anos e que atua em 41 países, só em 2.002 administrou mais de 200 mil casos, dos quais 3 mil envolviam disputas comerciais com valor superior a US\$ 250 mil (DEZ..., 2006).

De outro lado, de acordo com o Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (Caesp), o sistema, como alternativa para a solução de conflitos vem ganhando espaço, de igual maneira, na área trabalhista, mas em 2005, o balanço demonstrou uma tendência inovadora, em especial a arbitragem trabalhista em 22 estados brasileiros por intermédio de Câmaras itinerantes (FERREIRA NETTO, 2005).

Segundo dados da Câmara de Arbitragem, o crescimento de processos na área comercial de 2005 em relação a 2004 foi de 44,79%, e na área cível foi de 12,8% (DUVA, 2006). São percentuais que podem demonstrar o cenário atual na área arbitral do País, afinal, são as duas áreas mais procuradas em todas as entidades de arbitragem no Brasil, em especial a arbitragem trabalhista em 22 estados brasileiros por intermédio de Câmaras itinerantes. O crescimento nessas áreas acontece porque o sistema no Brasil ainda está em desmistificação entre os advogados para chegar aos empresários. Nota-se que o empresariado, executivos em especial, começa a perceber a importância do sistema. É um jogo de paciência. Devagar e sempre.

Os principais casos solucionados em 2005 na Câmara de Arbitragem Empresarial de São Paulo (SP Arbitral) também foram nas áreas que houve um maior crescimento no ano. Houve um aumento de 35 a 40%, que tem parceria da Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania, Junta Comercial do Estado de São Paulo, Federação do Comércio do Estado de São Paulo, Federação dos Contabilistas do Estado de São Paulo, Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de São Paulo, Associação dos Peritos Judiciais do Estado de São Paulo, Câmara Ítalo-Brasileira de Comércio e Indústria de São Paulo e Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia. Ademais, os conflitos solucionados pelos institutos de arbitragem são resolvidos em apenas 180 dias e a decisão do árbitro vale como sentença judicial, não cabendo recurso. A arbitragem, como é segura, ágil e eficiente, é uma das alternativas mais procuradas por empresas e pessoas físicas para contornar a lentidão do Poder Judiciário (DUVA, 2006).

Também com o intuito de estimular o uso de formas alternativas para a solução de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) firmou um acordo, em março deste ano com a Fiesp, para que as empresas possam usar mais a mediação.

O Ministério da Justiça (DUVA, 2006) não arrisca metas quantitativas, mas insiste no efeito cumulativo com o primeiro pacote de medidas que, em 2006, permitiu uma ligeira redução da pendência 0,4%, equivalente a 6.675 processos. “O ponto essencial é que não são medidas avulsas, mas a continuação de um esforço de descongestionamento que se iniciou em 2005”, salientou ao JN o ministro da tutela, Alberto Costa. Entre as medidas aprovadas contam-se várias que visam incentivar o recurso aos meios de resolução alternativa de litígios, como as seguintes:

- a) Alargamento do Sistema de Mediação Familiar a todo o território nacional, até ao final de 2008;
- b) Alargamento do Sistema de Mediação Laboral a todo o território nacional, até ao final de 2008;
- c) Criação de 8 novos julgados de paz até 2008;
- d) Criação de um centro de arbitragem para dirimir litígios em matéria de propriedade industrial, cujos atos necessários para a concretização devem ser aprovados até ao final de 2007;
- e) Criação de centros de arbitragem em matéria de ação executiva;
- f) Incentivo à utilização dos meios de resolução alternativa de litígios por meio do regime das custas judiciais.

Essas medidas visam promover o acesso ao direito e alargar a oferta do Sistema de Justiça a novos meios de resolução de litígios, permitindo resolver conflitos de forma mais rápida e barata para as partes do que por meio dos tribunais judiciais. Estes meios de resolução alternativa de litígios constituem um meio eficaz para tentar solucionar conflitos antes de promover uma ação judicial. As estruturas de resolução alternativa de litígios que poderão ser utilizadas para este efeito – julgados de paz, centros de arbitragem, sistemas de mediação, entre outros – serão obrigatoriamente definidas por portaria do Ministro da Justiça.

Na mesma seara, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) aprovou o Projeto de Lei 913/07, que modifica o Código de Processo Civil (Lei 5869/73) para incluir os honorários do árbitro na lista dos títulos executivos extrajudiciais. O projeto, do deputado Carlos Alberto Leréia (PSDB-GO), foi aprovado em caráter conclusivo e segue para o Senado. O projeto

será analisado apenas pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (Proposta PL - 913/2007)<sup>2</sup>.

Os honorários do árbitro já são previstos pela Lei da Arbitragem (9307/96), inclusive como título executivo extrajudicial, instrumento que contém a obrigação incondicionada de pagamento. No entanto, o artigo 585 do Código de Processo Civil, que trata dos títulos executivos extrajudiciais, não faz referência a esses honorários. O objetivo do projeto é incluir expressamente no código os honorários do árbitro, quando fixados pelas partes no compromisso arbitral.

O relator do projeto, deputado Zenaldo Coutinho (PSDB-PA), apresentou parecer favorável: “O projeto contribui para a unificação da lista de títulos executivos extrajudiciais, trazida pelo Código de Processo Civil, e dá a devida importância ao instituto da arbitragem, sem dúvida de grande valia para o desafogamento do Poder Judiciário brasileiro” (CÂMARA..., 2007).

Percebe-se, com isso, que tanto a arbitragem e as outras formas alternativas extrajudiciais de solução de conflitos se mostram vantajosas em relação aos processos judiciais, e esta perspectiva já foi assimilada culturalmente pelos empresários norte-americanos. Já no Brasil, segundo afirma a advogada Selma Lemes “ao analisar um negócio, o investidor avaliará a possibilidade de economizar na hora de resolver divergências. Isso porque, com a arbitragem, não terá de arcar com o gasto de tempo com o Judiciário” (apud FERNANDES, 2006, p. 69). Aduz ainda que, “a arbitragem só não é mais usada por desconhecimento. Mas quem usou uma vez, certamente não volta mais ao Poder Judiciário quando tiver problemas. (apud VAZ, Revista Exame PME, Julho/Agosto de 2006, p. 76).

A necessidade de investimentos privados para complementar a atuação do Estado, em contratos de longo prazo – que, pela sua natureza, pressupõem o uso tanto da arbitragem quanto da mediação – é outro fator fundamental para o investimento nessa modalidade de justiça privada. É por isso que as leis recentes a respeito da concessão e das Parcerias Público-Privadas contêm uma previsão de arbitragem, mediante a inclusão de cláusula compromissória.

“Com efeito, a jurisprudência que vem se consolidando na área admiravelmente, explicitando e ratificando os conceitos e princípios da lei de arbitragem, além de exarar, como no caso a baixo citado, verdadeira lição pedagógica” (LEMES, 2006).

---

<sup>2</sup> Cf. Agência Câmara - Notícias da OAB em <http://www.oablondrina.org.br>. Acesso em 16 out. 2007.

Neste sentido é de relevo salientar a decisão advinda do Tribunal de Justiça do Paraná (Agravo de Instrumento 174.874-9/02 - 2º Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba), proferida em abril de 2005 sobre questão envolvendo sociedade de economia mista distribuidora de energia elétrica que, ao firmar contratos de compra e venda de energia elétrica de empresa privada, estabeleceu a arbitragem como forma de solução de conflitos deles advindos. Porém, surgidas controvérsias referentes aos pagamentos correspondentes, foram instauradas arbitragens. Mas se insurgiu a sociedade de economia mista quanto à discussão da controvérsia em sede arbitral, alegando que a matéria em tela seria indisponível.

Essa questão, no direito da arbitragem, é conceituada como arbitrabilidade objetiva, pois se refere à disponibilidade de direitos patrimoniais (artigo 1ª, *in fine*, da Lei nº 9.307/96). A sociedade de economia mista, quando atua na compra e venda de energia elétrica, está praticando atividade puramente comercial, desprovida de qualquer reflexo no direito administrativo.

Foi neste sentido que o juiz Fernando César Zeni afirmou que energia elétrica é mercadoria e, portanto, direito disponível (Lei nº 10.488/04, artigo 4ª, §§ 5ª e 7ª). Destarte, a questão é econômica e não pública, sendo perfeitamente válida a cláusula compromissória. Ademais, a sociedade de economia mista sujeita-se às regras de mercado e à legislação contratual civil. Saliente-se que a sociedade de economia mista não poderia, sob o manto da indisponibilidade do interesse público (por integrar a administração pública indireta), eximir-se do que legalmente firmara (*pacta sunt servanda*). Não há possibilidade sequer de anular administrativamente contratos que regulam relações da administração em caráter privado (“não pode a administração anular atos realizados sob o império do direito privado” - TAPR, Ap. C. 247.646-0, 7. CC, j. 11.02.04).

Note-se, ademais, que a confirmação jurisprudencial em reconhecer definitivamente a capacidade da administração pública direta e indireta em firmar a convenção de arbitragem em contratos com particulares, alinha-se com os contratos de concessão de serviços públicos da época imperial; no precedente denominado “*Caso Lage*”; no caso de saneamento básico julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em 1999; no famoso “*Caso Lloyd Brasileiro v. Ivarans Rederi*”, sendo o extinto Lloyd uma empresa de economia mista; a “*Compagás*”, no Estado do Paraná etc.

Mas a lição pedagógica que fica deste acórdão, que já se inscreve como um *leading case* para os casos em que as sociedades de economia mista e a administração pública firmam contratos com cláusula de arbitragem, é que

“não se pode permitir que por vias oblíquas a Lei de Arbitragem seja reduzida à inutilidade”. E mais, sua função pedagógica vale como uma advertência aos que pretendem obstaculizar o regular e irreversível papel que a arbitragem desempenha como forma de acesso à Justiça, no despertar do século XXI.

É sabido que países desenvolvidos tratam a arbitragem de forma inerente aos seus sistemas econômicos e jurídicos. Nos Estados Unidos, à título ilustrativo, há uma expressão que se immortalizou “[...] não é mais o meio alternativo de solução de conflitos e sim, o meio propício à solução de conflitos [...].” (JUDICIAL REFORM ROUNDTABLE II, 1996, apud BUSHATSKY, 2005).

Ora, se etimologicamente a palavra processo significa ir para frente, a reformulação, pois, faz-se indispensável e urgente e, parafraseando Benjamin Cardozo, em sua evocação a Roscoe Pound, “o direito deve ser estável, mas não pode permanecer estático, o jurista, como o viajante, deve estar pronto para o amanhã” (ALMEIDA FILHO, 2002). Esta é a missão que nos cabe: criar um novo processo e com ele uma nova justiça, para responder aos desafios de um novo tempo.

## 5 CONCLUSÃO

A arbitragem consagra o cidadão na administração da justiça e o acesso à justiça é o meio de se promover o Estado de Direito. Este é o momento de abrir os horizontes e trilhar os caminhos alternativos de solução de conflitos que, com certeza, conduzirá ao canal que dá acesso à efetiva realização da justiça.

É entendimento corrente que a demora na entrega definitiva da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário vem servindo de forte estímulo à adoção da arbitragem. Entretanto, é preciso a comunidade jurídica dar um passo a mais, no sentido de entender a essência da Lei de Arbitragem, sua principal finalidade, que é a efetividade da justiça, a melhor forma de utilizá-la, corrigindo-se alguns pontos no meio do caminho, se necessário for, a fim de que, verdadeiramente, seja efetivado o acesso à justiça, direito e esperança de todo homem.

Em conseqüência, a mudança cultural é o caminho para harmonizar, pelo diálogo, o processo arbitral e a jurisdição estatal. Não se trata de substituir uma cultura por outra, mas sim de reconhecer a existência das duas opções: o Poder Judiciário e o juízo arbitral, à escolha do jurisdicionado, os quais já coexistem numa dualidade cultural harmônica.

Dessa forma, a arbitragem soluciona alguns dos problemas sérios pelos quais atravessa o Poder Judiciário, visto que poderão ser objeto de arbitragem os conflitos que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis, como dispõe o artigo 1<sup>a</sup>, da Lei 9.307/96. Ela, pois, não alcança todos os conflitos de um modo geral e, além disso, só é utilizada por pessoas que estejam adaptadas e informadas a respeito do instituto.

Há de se ter em consideração que os direitos e garantias fundamentais vistos na era contemporânea não podem receber interpretação idêntica a que se fazia em épocas passadas. Vivencia-se, na atualidade, uma transformação do modelo até então adotado para o Estado, buscando-se novas estruturas para o seu funcionamento.

A Lei n<sup>a</sup> 9.307/96, ao regular o instituto jurídico da arbitragem, introduziu pois, no ordenamento nacional, novos princípios e conceitos que ainda demandarão algum tempo para serem devidamente assimilados pela comunidade jurídica. Assim, não constituiu surpresa que, de chofre, a lei de arbitragem estreou com alguns dispositivos questionados no Supremo Tribunal Federal - STF que, dissecando-os, selou de modo irrefutável e vanguardeiro a constitucionalidade da lei. Entre outras matérias o julgado referendou o efeito vinculante da convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso) e a eficácia da cláusula arbitral cheia.

Assim, a arbitragem na forma instituída no Brasil atende, conseqüentemente, aos propósitos fundamentais veiculados na Carta Magna e se aproxima dos anseios do povo de conviver com uma justiça rápida, segura, desburocratizada e de fácil acesso. Há a necessidade, porém, que o Estado estimule a criação de órgãos arbitrais, facilitando o seu funcionamento e criando condições materiais para que cumpram a missão a que estão destinados.

Sem sombra de dúvida que, a arbitragem tem um grande papel a desempenhar na sociedade, especialmente no tocante à viabilização do efetivo acesso à justiça. Indiscutível sua utilização na distribuição da justiça, razão pela qual, cada vez mais, deva ser valorizada e escolhida pelo cidadão, como um instrumento extrajudicial de solução de controvérsias e como alternativa para o enfrentamento dos litígios no âmbito privado, sem a ingerência do Judiciário. Atualmente, em termos de Direito, a opção do juízo arbitral é o que existe de mais moderno nas soluções dadas a grandes conflitos na área econômica.

Noutra seara, é ponto pacífico que a arbitragem, amparada pela nova e moderna roupagem da Lei n<sup>a</sup> 9.307/96 e dos artigos 851, 852 e 853 do Código Civil brasileiro, referentes ao compromisso, fez evoluir o processo decisório,

subtraindo considerável demanda da Justiça comum, porquanto reduzirá o seu volume de trabalho em questões complexas e que, via de regra, demandavam elevados custos aos litigantes, seja de ordem econômica, seja temporal.

Afora isto, a morosidade, o formalismo excessivo, o ritualismo e a perplexidade do juiz diante de situações não rotineiras, são traços marcantes e comuns a qualquer processo entranhado na Justiça brasileira, principalmente a dos grandes pólos urbanos, acentuando-se mais quando se exigem conhecimentos mais técnicos do magistrado.

De sorte que, empresas de todos os portes estão gradualmente exigindo em seus contratos a inclusão da cláusula que alude à arbitragem como o melhor modo de solução de conflitos. É fato pois, que a arbitragem será a justiça do futuro. As câmaras de arbitragem registram aumento na procura de seus serviços e reconhecem na área bom potencial de crescimento.

Donde se vê que, a arbitragem está inserida no desenvolvimento dos povos, convivendo até hoje com o sistema institucional para dirimir litígios. O filósofo Aristóteles preleciona que o homem é um animal político, visto que o homem precisa viver em sociedade, uma vez que ele não consegue colocar em prática tudo que necessita. Em assim sendo, o Estado tem a função de organizar o coletivo. E ao aplicar a lei, o Estado expatriou a arbitragem como uma alternativa para resolver litígios, pela rapidez com que a tecnologia e o conhecimento transformam a realidade da vida, exigindo dos indivíduos da sociedade, profundas alterações diárias nos comportamentos e costumes, frente às descobertas e mudanças constantes do convívio social, sobretudo em vista de sua finalidade pacificadora.

Somente assim, com uma visão ampla e voltada para o futuro, é que poderão emergir deste novo contexto experiências e resultados absolutamente positivos, ao encontro dos interesses dos consumidores do Direito, além de fazer renascer a crença no Judiciário e no ideal de Justiça, o que se coaduna perfeitamente com a prestação de tutela por intermédio da justiça privada - a arbitragem.

Como forma alternativa de solução de conflitos, a institucionalização da arbitragem, com toda certeza, desafogará o Judiciário, proporcionando maior tranqüilidade aos juízes estatais, permitindo que se voltem à solução das demandas de maior complexidade, proferindo decisões mais qualificadas. Com isso, haverá maior satisfação pelos jurisdicionados, vez que a realização dos seus direitos se dará de forma mais célere e justa. Refletindo-se também, o esmero científico que se buscou dar ao instituto no Brasil, dentro do figurino moderno e afinado com os modelos mais atualizados da técnica contemporânea.

Posta assim a questão, conclui-se que a arbitragem é uma conquista para o Direito brasileiro, representando a mais ampla possibilidade de acesso à ordem jurídica justa, permitindo uma aplicação igualitária do Direito, tornando o instituto mais um aliado na concreção da Justiça, guiando a sociedade em direção ao seu objetivo maior, que é a paz social, sob a máxima de que *“uma grande Nação é aquela que possui leis justas e uma justiça rápida e não onerosa,* conforme consta na Bíblia Sagrada, em sua nova tradução na linguagem de hoje, no Livro de Deuterônomo, em seu Capítulo 4, Versículo 8.

	<u>ARBITRAGEM</u>	<u>JUSTIÇA ESTATAL</u>
TEMPO MÉDIO DE UM PROCESSO	Mês (es)	Anos
CUSTAS DO PROCEDIMENTO	Muito inferiores às custas públicas, portanto, bem suportadas pelas partes	Custas processuais + honorários advocatícios + ônus da sucumbência
CUSTAS COM ADVOGADOS	Não há obrigatoriedade	Obrigatório
POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO	Ampla / Total	Restrita
SIGILO DO PROCESSO	Sigiloso	Público
RECURSO	Não há	Vários (recurso ordinário, especial, extraordinário, embargos, etc.)
JURISDIÇÃO	Não há	Depende do valor e da matéria da ação, bem como da localidade
EFICÁCIA DA SENTENÇA	A sentença arbitral é proferida em uma única instância, constituindo, imediatamente, título executivo judicial	A sentença judicial somente se constitui em título executivo após o julgamento do último recurso ajuizado pela parte interessada

Quadro comparativo com o Poder Judiciário.



## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Adriana. *Arbitragem e mediação já têm 22 mil processos acumulados*. 2007. Disponível em: <<http://www.taab.com.br/noticia2.asp?cod=74>>. Acesso em: 30 out. 2007.
- ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. Arbitragem - um instituto legal, porém deturpado. *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, junio 2002. Disponível em: <<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitragem.html>>. Acesso em: 30 jan. 2007.
- BARRAL, Weber. *A arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB/SC, 2000.
- BORJA, Célio. O juízo arbitral. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 125, p. 97-102, 1995.
- BUSHATSKY, Daniel. Ampliação da arbitragem: Câmaras devem julgar litígios entre estado e setor privado. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/33653,1>>. Acesso em:
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei 9.307/96*, São Paulo: Editora de Direito, 2000.
- CÂMARA aprova inclusão de honorários de árbitro em código. Disponível em: <<http://www.caesp.org.br/modules.php?name=News&file=article&sid=634>>. Acesso em: 16 out. 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, ab./jun. 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso a justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.
- CHODOSH, Hiram E. A mediação jurídica e a cultura legal. *Questões de Democracia*, Washington, DC, v. 4, n. 3, dez. 1999. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/1299/ijdp/chodosh.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2007.
- CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça conciliatória ou coexistencial: um exemplo Sergipiano. In: BARRAL, Welber; ANDRADE, Henri Glay (Org.). *O Judiciário em Sergipe: análise crítica*. Aracaju: OAB, 2000.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DELGADO, José Augusto. A arbitragem: direito processual da cidadania. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 49, n. 282, p. 5-18, abr. 2001.

DEZ anos de arbitragem. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 25 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.estado.com.br/editorias/2006/04/25/edi102311.xml>>. Acesso em: 30 jan. 2007.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Nelpa, 1996. v. 1.

DUVA, Izabel. *Arbitragem se consolida nas áreas cível e comercial*. 2006. Disponível em: <<http://www.taab.com.br/noticia2.asp?cod=22>>. Acesso em: 31 jan. 2007.

FERNANDES, Simone. A solução fora da corte. *Revista Amanhã*, São Paulo, ano 20, n. 219, p. 69, abr. 2006. Disponível em: <<http://amanha.terra.com.br/edicoes/219/especial.asp>>. Acesso em: 16 out. 2007.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. Arbitragem: uma solução jurídica. 2005. Disponível em: <<http://caesp.locaweb.com.br/modules.php?name=Conteudo&pa=showpage&pid=96>>. Acesso em: 30 jan. 2007.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 102-110.

FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995.

GOULART, Josette. *Companhias abertas precisam quebrar sigilo das arbitragens*. 2005. Disponível em: <<http://www.camarb.com.br/informativos/detalhes.aspx?informativono=51>>. Acesso em: 30 out. 2007.

LEMES, Selma Ferreira. Lição pedagógica: a Lei de Arbitragem não pode ser reduzida à inutilidade. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/43305,1>>. Acesso em: 30 out. 2007.

MACIEL, Marco. *Reformas e governabilidade*. Brasília: Senado Federal, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Dez anos da lei de arbitragem. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1186, 30 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8992>>. Acesso em: 30 out. 2007.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e

o Projeto de Lei do Senado 78/92. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 77, p. 25-64, jan./mar. 1995.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MUJALLI, Walter Brasil. *Juízo Arbitral - a nova lei de arbitragem*. São Paulo: Led - Editora de Direito, 1997.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 2006.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Flávia Bittar. A visão empresarial da arbitragem: como a administração de conflitos pode melhorar os resultados econômicos e não-econômicos do negócio? *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, Porto Alegre, ano 2, n. 9, p. 7-29, jan./mar. 2006.

NOVA Ordem: São Paulo será o centro de arbitragem da América Latina. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 30 out. 2007.

OLIVEIRA, Régis de. *O juiz na sociedade moderna*. São Paulo: FTD, 1997.

PINTO, Luiz Roberto Nogueira. *Arbitragem: a alternativa premente para descongestionar o Poder Judiciário*. São Paulo: Arte & Ciência, 2002.

RECHSTEINER, Beat Walter; FRANCO, Mariulza; WALD, Arnold. Arbitragem em ritmo de expansão. *RT Informa*, São Paulo, ano 4, n. 35, jan./fev. 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural*. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário*. Barueri, SP: Manole, 2005.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A justiça na sociedade moderna: a lei de arbitragem no seu décimo aniversário. *Consulex: revista jurídica*, Brasília, ano 11, n. 240, p. 54-9, jan. 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 735, p. 39-48, jan. 1997.

URY, Willian. *Como chegar à paz, resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia a dia*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000.

VAZ, Tatiana. *Mais rápido e mais barato*. 2006. Disponível em: <<http://www.taab.com.br/noticia2.asp?cod=45>>. Acesso em: 16 out. 2007.

WALD, Arnaldo. O controle do processo arbitral pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Intrenacional - CCI. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 26, n. 87, p. 27-35, set. 2006.

WARAT, L. A. *O ofício de mediador*. Florianópolis: Habistus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. A crise da justiça e do processo e a garantia do prazo razoável. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 112, p. 240-67, out./dez. 2003.

---

## APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPÉIA E O PROTOCOLO DE FORTALEZA PARA O MERCOSUL

### APPLICATION OF THE COMPETITION RIGHT IN THE EUROPEAN UNION AND THE FORTALEZA PROTOCOL FOR MERCOSUL

Martha Asunción Enríquez Prado\*

**Resumo:** A abertura da economia mundial exige competitividade do mercado nacional e internacional. Nesse compasso, a defesa da concorrência constitui pilar fundamental no desenvolvimento econômico, social e cultural de países ou blocos regionais. Contudo, é preciso criar uma cultura de concorrência na sociedade e nos governantes, entender que aplicar uma correta política de defesa da concorrência é o único meio para o crescimento econômico, social e cultural de uma sociedade. Governos e sociedade devem envidar todo esforço e habilidade para tal fim. Defende-se a concorrência como garantia para os operadores do comércio, pelas vantagens de concorrer em igualdade de condições, em mercados em que os consumidores elegem produtos de melhor qualidade a preços mais acessíveis. Todo processo de integração econômica deve adotar medidas de defesa da concorrência que garantam segurança jurídica nas relações de mercado, assegurando desenvolvimento econômico com existência digna para os cidadãos.

**Palavras-chave:** Direito da concorrência. União Européia. MERCOSUL. Desenvolvimento econômico. Protocolo de Fortaleza.

**Abstract:** The opening of the world economy requires competitiveness of national and international markets. Thus, the defense of competition constitutes a fundamental element in the social, cultural and economic development of countries or regional groups. However, it is necessary to create a competition culture both in the society and in governments so that they understand that applying a correct defense policy is the only way for social, cultural and economic growth of a society. Government and society should mobilize every effort and capacity for such an aim. Competition is claimed as a guarantee for traders due to the advantages of competing on equal terms in markets where consumers choose the

---

\* Professora de Direito Internacional e Comunitário, na graduação e pós-graduação da Universidade Estadual de Londrina - UEL. Doutora pela PUC/SP. Pós/doutora pela Universidade Complutense de Madri.

products that offer best price and quality. Every process of economic integration should adopt measures to defend competition that guarantee legal safety in market relations, assuring economic development with proper life for citizens.

**Keywords:** Competition right. European Union. MERCOSUL. Economic development. Fortaleza Protocol.

## 1 INTRODUÇÃO

A nova realidade exige a adequação de condutas dos agentes econômicos de países em desenvolvimento, para enfrentar o desafio do comércio global, porque a abertura à concorrência de setores, antes controlada pelo poder público, o desenvolvimento de novas tecnologias e a liberalização do comércio internacional representam um caminho sem retorno.

Este artigo mostra a experiência da União Européia na aplicação de normas de defesa da concorrência e a necessidade de blocos econômicos, como o MERCOSUL, se aparelharem de normas e instituições supranacionais para a integração efetiva entre os Estados-Membros.

A União Européia estabeleceu uma importante política econômica de livre mercado, liberalizando mercados, tradicionalmente monopolísticos, como alguns serviços públicos, em desvantagem de concorrer com países e setores da iniciativa privada, que oferecem melhores produtos, a preços competitivos e com benefícios diretos para os consumidores.

Acertou a UE ao incorporar normas de defesa da concorrência, no tratado de fundação, inibindo assim, a formação de estruturas e poder de mercado em mãos de uma ou mais empresas, e abusando do poder de mercado. Todavia, dispor de normas não é suficiente, indispensáveis são os órgãos supranacionais que apliquem sanções para um resultado efetivo.

O Tratado de Asunción ao criar o MERCOSUL não incorporou norma expressa de defesa da concorrência, mas a omissão supriu o Protocolo de Defesa da Concorrência ou Protocolo de Fortaleza, já recepcionado pelos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. Entretanto, o momento exige mudanças, é preciso repensar estratégias para evitar condutas contrárias à concorrência, criar uma cultura de livre concorrência e prevenção que tutele a concorrência, garantir às empresas um clima de livre concorrência, possibilitar que o consumidor, como beneficiário e destinatário final, adquira produtos e serviços a preços mais baixos, de maior variedade, qualidade e inovação.

Compara-se o tratamento que a defesa da concorrência merece na União

Européia e no MERCOSUL e conclui-se que o sistema de solução de conflitos, pela Arbitragem, não se trata da melhor opção para a aplicação das normas de defesa da concorrência no bloco.

## 2 DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPÉIA

Todo sistema econômico de mercado aberto funciona bem quando nele se inserem normas de livre concorrência. Na União Européia - UE, as normas de defesa da concorrência se consolidam nos princípios do direito comunitário que permeiam todo o Tratado da União Européia -TCE. São três as principais áreas de atividade da política de livre concorrência (artigos 81 a 89 do TCE) em que a UE atua:

- a) acordos e práticas contrários à concorrência;
- b) setores regulados ou monopolísticos e;
- c) ajudas estatais<sup>1</sup>.

Contudo, aplicar normas da concorrência não é tarefa fácil, pressupõe eliminar os obstáculos à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, para garantir uma livre concorrência, oferecer segurança jurídica e estabilidade, necessárias para a expansão econômica e equilíbrio dos intercâmbios comerciais no bloco e, consolidar a integração.

O órgão que faz cumprir as normas comunitárias na UE é a Comissão, que junto às demais instituições<sup>2</sup> e Estados-Membros trabalham aplicando a política de concorrência comunitária. O intuito é combater condutas que falseiam ou restringem a livre concorrência, a exemplo dos acordos “horizontais”<sup>3</sup> entre empresas que segmentam mercados nacionais ou inter-regionais, ou das relações “verticais”<sup>4</sup> entre produtores e distribuidores, dificultando o processo de integração.

---

<sup>1</sup> No Tratado de Lisboa, assinado em 13.12.2007, os artigos 81 a 89 receberam nova numeração (101 a 112). Entrará em vigor em janeiro de 2009, publicado no Diário Oficial da União Européia em 9 de maio de 2008.

<sup>2</sup> A colaboração da Comissão e do Conselho, na qualidade de autoridades comunitárias, proporciona o suporte necessário para cumprir com o objetivo do Tratado da UE, de criar um espaço único de livre concorrência no mercado interior (letra g) do artigo 3 do TCE.

<sup>3</sup> Acordos entre empresas que se encontram nas mesmas condições (indústrias ou prestadoras dos mesmos produtos ou serviços).

<sup>4</sup> Acordos que se situam ao longo da cadeia produtiva ou distributiva (FORGIONI, 2007, p. 23).

## 2.1 Objetivo das Normas de Concorrência

As normas comunitárias de concorrência têm como principal objetivo criar condições necessárias para o bom funcionamento do regime de livre concorrência e livre iniciativa, inibindo formas diretas ou indiretas de discriminação ou de proteção nacional, seja de ordem legal, privada ou por parte do Estado-Membro que imponham condições aos concorrentes.

Na UE, aplica-se o parágrafo 1<sup>o</sup> do artigo 81 do TCE<sup>5</sup>, aos acordos celebrados entre empresas de Estados-Membros, que afetam os intercâmbios comerciais intracomunitários ou limitam a concorrência, porque tais condutas modificam as estruturas de concorrência, dificultando cumprir com os objetivos do mercado único, sendo um perigo à liberdade dos intercâmbios intracomunitários<sup>6</sup>. O objetivo é eliminar qualquer intervenção artificial no mercado, seja decorrente do Estado ou de âmbito privado, e o TCE proíbe no artigo 82<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> *Artigo 81 do TCE (Novo Artigo 101)*

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito, impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

<sup>6</sup> A jurisprudência da UE interpreta o conceito de intercâmbios intracomunitários, englobando a circulação de mercadorias, de pessoas, serviços e capitais entre os Estados-Membros. Considera afetados os intercâmbios, quando um conjunto de circunstâncias objetivas deixa entrever com um grau de probabilidade suficiente, que o acordo ou a prática abusiva limita a concorrência de forma direta ou indireta, real ou potencialmente sobre os intercâmbios econômicos entre Estados-Membros, ou dificulta cumprir com os objetivos do Tratado.



### 3 NORMAS COMUNITÁRIAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

As normas originárias de defesa da concorrência na UE garantem um mercado aberto, e a livre concorrência é condição essencial para cumprir o objetivo de criar o mercado interno, previsto no artigo 2<sup>a</sup> do TCE<sup>8</sup>. A livre concorrência ocupa lugar preponderante no processo de integração, junto às liberdades de circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais<sup>9</sup>.

Nos artigos 81 a 89 do TCE proíbem-se condutas contrárias à livre concorrência que a limitam ou restringem-na, por serem incompatíveis com o Mercado Comum. Veda-se a exploração abusiva de posição dominante por uma ou mais empresas e, a Comissão (órgão fiscalizador do cumprimento das normas comunitárias), por meio de suas Decisões, também auxilia no combate aos acordos e associações de empresas, porque tais acordos ou práticas colusórias limitam, impedem, restringem ou falseiam a concorrência e afetam o comércio entre os Estados-Membros.

---

<sup>7</sup> *Artigo 82 do TCE (Novo Artigo 102)*

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Essas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

<sup>8</sup> *Artigo 3.*

1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 2, a ação da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado:

... g) Um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno;

<sup>9</sup> *Artigo 14...*

2. O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições do presente Tratado.

A complexa tarefa de identificar condutas restritivas à concorrência foi aplainada pela jurisprudência dos Tribunais da UE (TPI e TJCE) e, das Decisões da Comissão, ao entender que tanto acordos horizontais fixando preços, repartindo mercados ou comercializando por regras preestabelecidas; como acordos verticais que proíbem exportar ou restringem a liberdade do comprador no comércio de bens, infringem “per se” o parágrafo 1, do artigo 81 do TCE. Desses acordos excluem-se apenas alguns casos pela regra de “*minimis*”<sup>10</sup>.

Na UE criou-se um regime de normas comunitárias de fiscalização, dirigidas às empresas dos Estados-Membros, proibindo adotar medidas prejudiciais à concorrência no mercado comum e nos intercâmbios intracomunitários<sup>11</sup>. O Conselho estabelece normas processuais específicas para aplicar o Tratado em matéria de concorrência, conforme o artigo 83 do TCE<sup>12</sup> e adota Regulamentos e Diretivas que aplicam os artigos 81 e 89 do TCE.

O Conselho, ainda conta com a colaboração da Comissão e dos Tribunais TJCE e TPI para efetivar a aplicação uniforme das normas. Salienta-se que a competência e os poderes conferidos à Comissão, no artigo 85 do TCE,<sup>13</sup> a convertem em guardiã e encarregada do controle estrito e vigilância das medidas ou práticas prejudiciais à concorrência.

---

<sup>10</sup> Acordos de menor importância.

<sup>11</sup> A jurisprudência da UE interpreta os intercâmbios intracomunitários com critério amplo, incluindo, não só a circulação de mercadorias, mas também de pessoas, serviços e capitais entre os Estados-Membros, porque há possibilidade de que esses intercâmbios sejam vulnerados, nos termos dos artigos 81 e 82 do TCE.

<sup>12</sup> *Artigo 83*.

1. Os regulamentos ou diretivas necessários à aplicação dos princípios constantes dos artigos 81 e 82 serão estabelecidos pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada sob proposta da Comissão, após a consulta do Parlamento Europeu.

2. Os regulamentos e as diretivas referidas no número 1 têm por finalidade, designadamente:

a) Garantir o respeito das proibições referidas no número 1 do artigo 81 e no artigo 82, pela cominação de multas e adstrições.

b) Determinar as modalidades de aplicação do número 3 do artigo 81, tendo em conta a necessidade, por um lado, de garantir uma fiscalização eficaz e, por outro, de simplificar o mais possível o controle administrativo.

c) Definir, quando necessário, o âmbito de aplicação do disposto nos artigos 81 e 82, relativamente aos diversos setores econômicos.

d) Definir as funções respectivas da Comissão e do Tribunal de Justiça quanto à aplicação do disposto no presente número.

#### 4 FONTES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPÉIA

O direito da concorrência na UE auxilia-se fundamentalmente das seguintes fontes:

- a) Tratado (TCE) que originou a UE, no vértice da hierarquia do ordenamento jurídico comunitário. Constitui o direito originário<sup>14</sup> (artigos 81 a 89 sobre defesa da concorrência);
- b) Regulamentos do Conselho<sup>15</sup> e da Comissão (sobre concentração de empresas de dimensão comunitária, categorias de acordos e outros). Constituem o direito derivado<sup>16</sup>;
- c) Decisões da Comissão (dirigidas individualmente a empresas ou instituições da UE, sobre práticas de acordos, etc), também constituem direito derivado;
- d) Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias - TJCE, do Tribunal de Primeira Instância - TPI e dos tribunais nacionais dos Estados-Membros;
- e) Prática administrativa da Comissão<sup>17</sup> e dos órgãos nacionais de defesa da concorrência;
- f) Princípios do direito comunitário (primazia, efeito direto, subsidiariedade);
- g) Doutrina especializada.

---

e) Definir as relações entre as legislações nacionais e as disposições constantes da presente seção ou as adotadas em execução do presente artigo.

<sup>13</sup> *Artigo 85.*

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 84, a Comissão zela pela aplicação dos princípios enunciados nos artigos 81 e 82, e a pedido de um Estado-Membro ou oficiosamente e em cooperação com as autoridades competentes dos Estados-Membros, que lhe prestarão assistência, a Comissão instruirá os casos de presumível infração a tais princípios. Se a Comissão verificar que houve infração, proporá os meios adequados para se lhe pôr termo.

2. Se a infração não tiver cessado, a Comissão declarará essa infração aos princípios, em decisão devidamente fundamentada. A Comissão pode publicar a sua decisão e autorizar os Estados-Membros a tomarem as medidas, de que fixar as condições e modalidades, necessárias para sanar a situação.

<sup>14</sup> Normas inseridas nos Tratados que fundaram a União Européia.

<sup>15</sup> Regulamentos relativos à aplicação das normas de livre concorrência na União Européia.

<sup>16</sup> Normas derivadas das instituições comunitárias: Regulamentos, Diretivas, Decisões e outros atos.

<sup>17</sup> A Comissão elabora Decisões, e Comunicações gerais sobre assuntos específicos, e mesmo sem caráter obrigatório servem de suporte nos relatórios anuais sobre a evolução da política de concorrência.

Além das fontes mencionadas, as autoridades de órgãos administrativos, tribunais de defesa da concorrência e órgãos jurisdicionais obtêm informações necessárias da Comissão, e no âmbito processual, os órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados-Membros contam com o Procedimento Prejudicial, previsto no artigo 234 do TCE<sup>18</sup>, que permite ao juiz nacional submeter o caso perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias-TJCE, que decidirá o acórdão interpretativo e vinculante para ambas as partes.

O juiz nacional dispõe do procedimento, previamente tramitado na Comissão, que lhe permite avaliar a posição da Comissão no mesmo assunto<sup>19</sup>, podendo o juiz confirmar a opinião da Comissão ou expor a questão ao TJCE para sua interpretação, em caráter prejudicial e, não havendo dúvidas quanto à aplicabilidade ou inaplicabilidade das disposições comunitárias<sup>20</sup>, o juiz nacional deve dar andamento ao processo e decidir sem interrupção.

A Comissão e o TJCE elaboraram, também, orientações gerais destinadas a facilitar a tarefa dos tribunais, mas não interferem na independência dos órgãos jurisdicionais nacionais.

---

<sup>18</sup> *Artigo 267 do TCE*

O Tribunal de Justiça é competente para decidir a título prejudicial sobre:

- a) a interpretação do presente Tratado;
- b) a validade e interpretação dos atos adotados pelas Instituições da Comunidade e pelo BCE;
- c) a interpretação dos estatutos dos organismos criados por ato do Conselho, desde que esses estatutos o prevejam.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional, cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça.

<sup>19</sup> As autoridades comunitárias informam a situação do procedimento tramitado na Comissão, e a conveniência de suspender o procedimento nos litígios que instrui. As informações revelam as circunstâncias econômicas e jurídicas que conduziram o acordo ou a prática, objeto da denúncia desde seu nascedouro. Tais circunstâncias podem ser determinantes para resolver o litígio. A informação garante ao juiz nacional que sua resolução não será contrária a uma Decisão da Comissão já adotada ou por adotar, e o incitará a prosseguir com o procedimento.

<sup>20</sup> A esse respeito ver o Acórdão TJCE, *Delimitis/Henninger Bräu*. Assunto C-234/89, Rec. 1991, p. I-935-983, parágrafo 50.

## 5 NORMAS APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS

A proibição nos artigos 81 e 82 do TCE têm como destino todas as empresas: grandes, médias e pequenas, privadas e públicas, nacionais e estrangeiras, associações de empresas com atividades próprias ou de empresas associadas, que tenham por objetivo impedir, limitar ou falsear o jogo da concorrência ou utilizar sua posição dominante para restringir a concorrência na Comunidade. O conceito de empresa é amplo e funcional, representa um conjunto uniforme, destinado a um objeto de direito determinado, com fatores pessoais, materiais e imateriais, que se destinam a alcançar um fim econômico determinado, inclusive empresas vinculadas aos organismos públicos.

A jurisprudência da UE tem decidido pelo caráter funcional e genérico da empresa, ao considerar empresa, toda pessoa física ou jurídica, entidade de direito público, monopólios comerciais e financeiros, mesmo quando integrados a um ministério<sup>21</sup>. Ainda que sejam empresas formadas por contrato público, empresas estatais de patrimônio público, em regime especial, de gestão econômica e contábil própria, operadores de instalações públicas de telecomunicação, organizações de comércio exterior dos estados socialistas<sup>22</sup>, ou entes subordinados aos municípios, regiões, estados e comunidades de estados e tenham ânimo de lucro, todos esses são considerados como empresas.

O critério comum para aplicar as normas de defesa da concorrência é delimitar o âmbito de aplicação do direito comunitário, respeitando o ordenamento jurídico nacional, porque os acordos<sup>23</sup> e o abuso de posição dominante<sup>24</sup> que afetam o comércio os Estados-Membros são proibidos pelo Tratado.

---

<sup>21</sup> Acórdão TJCE-*Comisión/Italia* (monopólio dos produtos de tabaco). Assunto 118/85, Rec. 1987, pp. 2599 a 2620.

<sup>22</sup> Decisão da Comissão sobre Importações de alumínio da Europa Oriental. DO 1985 n<sup>o</sup> L 92, pp 1 a 37.

<sup>23</sup> O parágrafo 1 do artigo 81 do TCE proíbe acordos restritivos da concorrência subscritos entre empresas estabelecidas em diferentes Estados-Membros, que dificultem os intercâmbios intra-comunitários. A proibição abrange os acordos em que participam empresas de um Estado-Membro e efetuam importações procedentes de outros Estados-Membros ou exportam a estes.

<sup>24</sup> O artigo 82 do TCE proíbe práticas abusivas de empresa dominante no mercado, com sede em terceiro país. Tais práticas estão sujeitas ao direito comunitário, quando o abuso modifica as estruturas da concorrência, além dos limites deste Estado.

As condutas contra a livre concorrência, praticadas por empresas da UE, recaem sobre acordos e práticas abusivas que restringem a liberdade dos intercâmbios intracomunitários ou ameaçam o comércio comunitário, dificultando cumprir com os objetivos do mercado único<sup>25</sup>.

A forma jurídica da empresa, de direito público ou privado, lugar de estabelecimento, âmbito de atividade ou relações de propriedade são pouco importantes para a defesa da concorrência. Toda pessoa física ou jurídica, coletividade na função de provedor ou comprador de mercadorias, prestações industriais e comerciais que desenvolva uma atividade econômica autônoma está inserida.

## 6 APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPÉIA

O órgão encarregado de aplicar a livre concorrência é a Comissão Européia, por meio da Direção Geral da Concorrência. A Comissão, além de ter o privilégio da iniciativa legislativa em geral, possui extensos poderes em matéria de concorrência para propor ações judiciais, investigar, decidir, sancionar e aplicar os artigos 81 a 89 do TCE, Regulamentos e Decisões da UE. Não obstante, os amplos poderes conferidos à Comissão, esta não tem competência jurisdicional, porque somente exerce um poder discricionário.

A competência do controle judicial foi outorgada ao juiz comunitário e o Tratado atribuiu a competência jurisdicional plena ao Tribunal de Primeira Instância e ao Tribunal de Justiça da UE e são os juízes que interpretam o Tratado<sup>26</sup>, Regulamentos e Decisões da Comissão e aplicam as sanções previstas nas normas do direito comunitário da concorrência.

## 7 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: TRAMITAÇÃO DA DENÚNCIA

Recebido o requerimento de comprovação ou suspensão, a Comissão examina os aspectos de fato e de direito apresentados pelo denunciante. Constatada se esses aspectos revelam uma prática contra a concorrência no mercado comum ou afetam o comércio de Estados-Membros<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Os artigos 81 e 82 do TCE se aplicam aos acordos entre empresas de terceiros países cuja finalidade é impedir, limitar ou falsear a concorrência no Mercado Comum, ou afetam os intercâmbios econômicos intracomunitários e, quando alteram a concorrência em mais de um Estado-Membro.

<sup>26</sup> *Artigo 229 do TCE.*

No que diz respeito às sanções neles previstas, os regulamentos adotados em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, por força das disposições do presente Tratado, podem atribuir plena jurisdição ao Tribunal de Justiça.

As garantias processuais concedidas ao denunciante têm três fases sucessivas:

- a) a primeira começa com a apresentação da denúncia. A Comissão transmite a denúncia à parte contrária e solicita informações. Em função dos resultados das investigações, a Comissão decide se procede ou não ao exame detalhado dos fatos para iniciar o procedimento formal. Caso a resposta a essa questão seja negativa, será dada por terminada a primeira fase informal do procedimento;
- b) a segunda fase inicia-se com a comunicação em que a Comissão expõe ao denunciante os motivos pelos quais não lhe parece justificado aceitar sua demanda e lhe permite manifestar-se por escrito, no prazo por ela fixado;
- c) na terceira fase, a Comissão toma conhecimento das observações do denunciante, examina se é objeto de revisão da posição adotada. Não sendo caso de revisão, indefere a denúncia mediante decisão.

### 7.1 Procedimento Administrativo da Comissão

Uma vez aceito o procedimento formal da denúncia, passa por cinco fases: instrução, comunicação de infrações, audiência dos interessados, emissão da opinião do Comitê Consultivo da concorrência e, decisão da Comissão que será recorrível ao Tribunal de Justiça.

Na qualidade de responsável do procedimento, a Comissão deve:

- a) ouvir as empresas e associações de empresas afetadas, demandantes e terceiros interessados;
- b) proteger da divulgação os segredos de negócios das empresas e outras comunicações confidenciais;
- c) consultar às autoridades competentes de concorrência nos Estados-Membros; e
- d) zelar pela publicação das decisões adotadas.

Em matéria de informação e verificação, se os dados reunidos pela Comissão não são suficientes para esclarecer os fatos, poderá a Comissão, inclusive, impor as sanções previstas nos artigos 85 e 284 do TCE<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Comissão ao considerar que as circunstâncias que examina não lhe permitem dar parecer favorável ao pedido de comprovação e suspensão, por infração aos artigos 81 ou 82, comunicará os motivos ao denunciante e fixa prazo para enviar por escrito suas possíveis observações.

<sup>28</sup> *Artigo 284 do TCE.*

Para o desempenho das funções que lhe são confiadas, a Comissão pode recolher todas as informações e proceder a todas as verificações necessárias, dentro dos limites e condições fixadas pelo Conselho, nos termos do presente Tratado.

## 8 COLABORAÇÃO DA COMISSÃO COM OS ÓRGÃOS DE CONCORRÊNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS

A Comissão, como autoridade comunitária da política da concorrência, colabora com as autoridades nacionais, responsáveis da concorrência e, com os órgãos jurisdicionais ordinários dos Estados-Membros. É freqüente que, a requerimento dos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, a Comissão apóie com os meios que dispõe, remetendo informações escritas ou pelos funcionários da Comissão que fazem declarações perante o juiz nacional<sup>29</sup>.

As informações que a Comissão fornece são de quatro categorias:

- a) de caráter processual, sobre a situação do procedimento tramitado, perante a Comissão e a data provável da conclusão;
- b) de caráter jurídico, sobre a jurisprudência do TJCE ou prática administrativa da Comissão<sup>30</sup>;
- c) de caráter provisional sobre as possibilidades de isenção de um acordo, num litígio que o juiz instrui<sup>31</sup>;
- d) de caráter econômico, detalhando a fonte respectiva.

A colaboração entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, no processo em andamento perante o juiz nacional, rege-se pelos princípios da objetividade e a neutralidade, uma vez fornecidas tais informações, a Comissão se abstém de influenciar na decisão do juiz nacional, não mantendo mais contato com ele, nem com as partes.

Caso o requerimento das partes não estiver legitimado, pela formalidade do respectivo mandado do juiz nacional, a colaboração da Comissão com os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros escapa de sua competência e, não serão fornecidas as informações necessárias ao juiz nacional, mesmo que a sua resposta favoreça o andamento do processo. Já que o processo, estando *sub iudice*, é de competência exclusiva dos órgãos jurisdicionais nacionais, assim como a garantia da audiência, dos direitos de defesa e da sentença.

---

<sup>29</sup> Por requerimento escrito emanado de órgão jurisdicional nacional para informações desejadas, a Comissão intervém na qualidade de *amicus curiae*, para dar andamento ao pedido.

<sup>30</sup> Além das decisões formais, incluem-se também as cartas administrativas e outras formas de procedimento e, os Regulamentos de isenção por categoria que a Comissão adota.

<sup>31</sup> Ajudam ao juiz nacional a pronunciar-se sobre prorrogação ou continuação de seu procedimento e contribuem para prevenir retardamentos inúteis na administração de Justiça.



## 9 CONTROLE JUDICIAL

O TJCE exerce o controle judicial sobre a atividade das instituições da comunidade<sup>32</sup>, no tocante à matéria ou aos procedimentos adotados pela Comissão ao aplicar os artigos 81 e 82 do TCE. Esses atos podem ser impugnados pelo Conselho e os Estados-Membros, interpondo um recurso de nulidade ao TJCE, por carecer de competência, vícios substanciais de forma ou violação ao Tratado ou a qualquer norma jurídica relativa ou desvio de poder.

As pessoas físicas e jurídicas podem interpor recurso contra as Decisões da Comissão, das quais são destinatárias ou contra aquelas que, mesmo na forma de um regulamento ou de uma decisão dirigida a outra pessoa, as afeta direta e individualmente<sup>33</sup>. Os recursos são interpostos ao TPI, com competência para conhecê-los e da decisão do TPI cabe recurso perante o TJCE, que se pronunciará exclusivamente sobre questões de direito.

Os recursos interpostos ao TPI e ao TJCE não têm efeito suspensivo e, esses órgãos podem ordenar a suspensão da execução do ato impugnado com base no artigo 242 do TCE<sup>34</sup>, se as circunstâncias assim o exigirem. Com base no artigo 243 do TCE<sup>35</sup> podem ordenar medidas provisórias necessárias nas causas que estejam conhecendo. Não obstante, pedidos de adiamento da execução das Decisões da Comissão constituem prática habitual.

Pelo princípio do controle da legalidade, quando o recurso tem fundamento, os órgãos jurisdicionais da UE se limitam a declarar nulo o ato

---

<sup>32</sup> *Artigo 230 do TCE.*

O Tribunal de Justiça fiscaliza a legalidade dos atos adotados em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, dos atos do Conselho, da Comissão e do BCE, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos atos do Parlamento Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros.

<sup>33</sup> Las empresas afectadas en un procedimiento administrativo ante la Comisión pueden recurrir las decisiones de esta Institución cuando haya declarado que una concentración es incompatible con el mercado común. (BRIONES et al., 1999, p. 353).

<sup>34</sup> *Artigo 242.*

Os recursos perante o Tribunal de Justiça não têm efeito suspensivo. Mas o Tribunal de Justiça pode ordenar a suspensão da execução do ato impugnado, se considerar que as circunstâncias o exigem.

<sup>35</sup> *Artigo 243.*

O Tribunal de Justiça, nas causas submetidas à sua apreciação, pode ordenar as medidas provisórias necessárias.

impugnado, ou declarar a omissão contrária ao Tratado e, objeto do recurso. Compete à instituição comunitária interessada adotar as medidas necessárias para a execução do acórdão<sup>36</sup>.

O TJCE pronuncia-se nos recursos por omissão<sup>37</sup> que infringem o Tratado e são interpostos contra uma instituição da Comunidade que omitiu pronunciar-se. Ainda, as pessoas físicas ou jurídicas podem interpor recurso de omissão, se a Comissão omitiu dirigir-lhes um ato jurídico ou procedimento.

## 10 INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL

Das muitas tentativas de integração que ocorreram no século XX, a UE e o MERCOSUL constituem os processos de integração econômica regional com maiores pretensões<sup>38</sup>, porque outros blocos econômicos alcançaram fases de integração menos ambiciosas, como os acordos de preferências, união aduaneira ou uma zona de livre comércio. O bloco formado por Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, e a Venezuela, a caminho de se incorporar, pretende chegar a um mercado comum, mas não possui a estrutura orgânica mínima que faça avançar o processo de integração de uma forma mais efetiva.

---

<sup>36</sup> Artigo 233 do TCE.

A Instituição ou as Instituições de que emane o ato anulado, ou cuja abstenção tenha sido declarada contrária ao presente Tratado, devem tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça.

Essa obrigação não prejudica aquela que decorre da aplicação do segundo parágrafo do artigo 288.

*O presente artigo se aplicará igualmente ao BCE.*

<sup>37</sup> Recurso por omissão só é admissível quando a instituição, objeto do recurso, foi requerida previamente para atuar. O procedimento exige que tendo transcorrido o prazo de dois meses a partir do requerimento e, não havendo uma posição, o recurso pode ser interposto dentro de um novo prazo de dois meses.

Artigo 232 do TCE.

Se, em violação do presente Tratado, o Parlamento Europeu, o Conselho ou a Comissão se absterem de pronunciar-se, os Estados-Membros e as outras instituições da Comunidade podem recorrer ao Tribunal de Justiça para que declare verificada essa violação.

<sup>38</sup> A aparente semelhança da UE e MERCOSUL foi objeto de análise anterior da autora: "O MERCOSUL não tem órgãos supranacionais como ocorre com a União Européia,

A falta de coesão entre os Estados-Membros do MERCOSUL impede também vislumbrar que o pilar fundamental para o desenvolvimento é o acesso à livre concorrência. A experiência européia é válida, primeiro porque, na UE, a forma de aplicação das normas de defesa da concorrência serve de parâmetro para o tratamento que as mesmas merecem no âmbito do MERCOSUL, salvas as diferenças<sup>39</sup> e, segundo, porque serve de reflexão para analisar a efetividade do sistema do MERCOSUL, não só em matéria de concorrência, como em todas as demais áreas do direito.

Necessário ainda, diferenciar as peculiaridades de ambos os blocos, que *per se* explicam a parcimônia na integração do Cone Sul. A integração na Europa ocorre no pós-guerra, para reestruturar a sua economia que ficou assolada pelos conflitos bélicos, e o caminho de recuperação passou por um profundo processo de integração. A UE, hoje com 27 Estados-Membros, contrasta com o MERCOSUL, criado pelo jovem Tratado de Assunção-TA em 1991, também com o objetivo de alcançar um mercado comum, mas esbarra em barreiras técnicas e divergências políticas. Amarga-se a falta de uma estrutura orgânica, capaz de gerir a complexidade das prioridades dos Estados-Membros.

---

mas isso não implica que futuramente não possa tornar-se um mercado comum ou uma união política e econômica. Para isso, será necessário que as constituições, dos Estados partes, sejam modificadas, permitindo delegar poderes aos órgãos do MERCOSUL. Contudo, não se pode deixar de destacar a fidelidade do MERCOSUL ao modelo clássico de intergovernabilidade ou de cooperação, que caracteriza o mecanismo de decisões, de grande parte das organizações internacionais”. (PRADO ENRÍQUEZ, 1995, p. 731-740).

<sup>39</sup> Araceli Mangas refere com muita propriedade: “La UE y MERCOSUR comparten parcialmente algunos objetivos económicos, pero no se dotan de los mismos medios jurídicos e institucionales. Los dos OIs pretenden en sus Tratados constitutivos lograr entre sus Estados miembros la libre circulación de mercancías, es decir una zona de libre comercio, y seguir avanzando hacia la unión aduanera fijando un arancel exterior común y una política comercial común. Y una tercera meta consistiría en lograr un mercado común en el que los factores de producción puedan circular libremente (personas y servicios) y las condiciones de competencia, normas de armonización, etc., estén coordinadas. Pero los sistemas institucionales son muy distintos formal y materialmente. Los mimetismos retóricos producen falsas apariencias. Es muy difícil comparar, casi imposible, el MERCOSUR con las Comunidades Europeas. No hay términos posibles de comparación institucional dada la insalvable distancia entre la simpleza o el «vacío» institucional del MERCOSUR y la «tela de araña» del sistema institucional europeo”. (MANGAS MARTIN, 1997, p. 9-10).

Na UE, as normas de concorrência estão inseridas nos objetivos gerais e garantidas pelo eficiente sistema econômico que sustenta o bloco, no MERCOSUL é comum a prática de condutas, como acordos que repartem geograficamente mercados nacionais e restringem a concorrência e, afetam o funcionamento do mercado comum. Essas condutas dificultam a aplicação de normas de concorrência, é a chamada “cláusula de afetação do mercado comum”. Se continuar assim, de nada servirá suprimir barreiras, como direitos de aduana ao trânsito de mercadorias entre Estados-Membros, se as empresas, mediante acordos, levantam barreiras equivalentes e dividem mercados (FERNADEZ DE LA GANDARA; CALVO CARAVACA, 2005, p. 274).

Mostra-se neste estudo a necessidade dos Estados-Membros envidar esforços para alcançar os objetivos propostos para o MERCOSUL, criando instituição e/ou desdobramento de uma ou mais instituições encarregadas de fazer cumprir normas de defesa da concorrência, a semelhança dos órgãos da Comissão, do TPI e do TJCE na UE. Não se trata de copiar o modelo da UE, mas aprofundar um sistema de integração que se adapte à realidade dos Estados-Membros do Cone Sul. Nesse sentido, Guido Soares<sup>40</sup> afirma que a experiência européia é de utilidade pelos resultados alcançados no bloco.

## 10 DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL

Embora inexista norma expressa sobre defesa da livre concorrência no TA, o penúltimo parágrafo do artigo 1<sup>a</sup> prevê “assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes”<sup>41</sup>. E, mesmo de forma indireta, a livre concorrência está inserida nos objetivos gerais do MERCOSUL, junto à livre

---

<sup>40</sup> “As comparações do Mercosul com a Comunidade Européia são de toda utilidade, visto que esta experiência européia representa a mais perfeita realização, na atualidade, de um sistema normativo regional de integração econômica, que tem produzido resultados palpáveis e que tem cumprido com suas finalidades maiores”. (SOARES, 1998, p. 68).

<sup>41</sup> Artigo 1<sup>a</sup>. Os Estados-Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará *Mercado Comum do Sul* (MERCOSUL).

Este Mercado Comum implica:

A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, por meio, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários, restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias ou de qualquer outra medida de efeito equivalente; O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial

circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre Estados-Membros. Fortalecer o mercado comum dependerá do agir responsável de governos dos Estados-Membros para harmonizar as legislações sobre concorrência e, possibilitar que o processo de integração seja mais efetivo.

Outra menção indireta sobre defesa da concorrência, ocorre no artigo 4<sup>a</sup> do TA que confirma o compromisso dos Estados-Membros de coordenar as respectivas políticas nacionais, a fim de elaborar normas comuns sobre a concorrência comercial<sup>42</sup>. Porém, o problema a resolver é a inexistência de um mecanismo que possibilite aplicar de forma direta as normas emanadas dos órgãos institucionais do MERCOSUL. Os ordenamentos jurídicos nacionais não possibilitam exigir que os Estados-Membros cumpram normas elaboradas por órgãos da administração do MERCOSUL, não sendo de órgãos supranacionais que editem normas obrigatórias<sup>43</sup> de cumprimento imediato nos Estados-Membros. É preciso que sejam recepcionadas na legislação interna (nacional), de conformidade com cada ordenamento jurídico, o que além de dificultar a efetiva defesa da concorrência, retarda a integração.

Contrariamente, na UE os Tratados e Regulamentos são de aplicação direta e imediata e, as Diretivas servem como instrumentos de harmonização, que

---

comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes; e o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

<sup>42</sup> Artigo 4. Nas relações com terceiros países, os Estados-Partes assegurarão condições eqüitativas de comércio. Para tal fim, aplicarão suas legislações nacionais, para incluir importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, *dumping* ou qualquer outra prática desleal. Paralelamente, os Estados-Partes coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.

<sup>43</sup> Quanto à obrigatoriedade e executoriedade da lei, Maria Helena Diniz escreve: “Ter-se-á a existência jurídica da lei se esta for emanada por poder competente e se preenchidas as formalidades necessárias. A executoriedade da lei dependerá da ordem dada pelo Executivo para que se observe e faça observar o preceito legal. A promulgação, por ser ato de competência do Executivo, é que dará força executória à lei, que tenha sancionado, dando-lhe autenticidade [...]” (DINIZ, 1999, p. 46).

os Estados-Membros cumprem obrigatoriamente, sob pena de serem responsabilizados patrimonialmente pelo inadimplimento na regulamentação.

No MERCOSUL, a omissão de inserir normas de defesa da concorrência no TA foi suprida na Decisão 21/94 do Conselho do Mercado Comum - CMC, que mais tarde originou o Protocolo de Defesa da Concorrência ou Protocolo de Fortaleza - PF, que os Estados-Membros assinaram, em 17.12.1996, para harmonizar a defesa da concorrência no bloco.

Entende-se que o sucesso da aplicação das normas desse protocolo dependerá de sua instrumentalização, na busca de um crescimento equilibrado e harmonioso das relações intra-bloco. O PF incentiva a competitividade das empresas no MERCOSUL, e assegura livre acesso ao mercado, de empresas nacionais e de outros espaços econômicos.

O sistema adotado no TA, protocolos, decisões e diretrizes é de caráter intergovernamental e, na ausência de um órgão jurisdicional, os conflitos decorrentes das relações comerciais são resolvidos pelos mecanismos próprios de organismos clássicos de direito internacional público. De maneira que, o MERCOSUL por mais boa vontade em aplicar as normas de defesa da concorrência, encontra barreiras para exigir a obrigatoriedade e executoriedade das mesmas. Entretanto, paradoxalmente, a definição das normas de defesa da concorrência e das práticas restritivas, enunciadas no artigo 4<sup>a</sup> do PF, apresenta semelhanças com a definição adotada no direito comunitário europeu.

Ocorre, porém, que na UE existem órgãos judiciários supranacionais que impõem o cumprimento das normas e aplicam multas pelo inadimplemento, já no MERCOSUL inexistem órgãos judiciários acima da competência dos Estados-Membros. Agrava-se, também, por traços culturais comuns que não se caracterizam, propriamente, por cumprir acordos se não sofrerem uma sanção imposta por um órgão judiciário. Daí a necessidade de criar órgãos com poderes supranacionais para impor, coativamente, as normas no MERCOSUL. Do contrário, os problemas continuarão sem solução satisfatória para as partes envolvidas.

Entende-se válida a experiência do direito comunitário europeu, porque criou tribunais supranacionais para solucionar os conflitos entre os Estados-Membros e entre seus cidadãos. Neste ponto, destaca o papel decisivo dos tribunais TJCE e TPI ao dirimir conflitos, desenvolvendo critérios claros e precisos sobre a aplicação das normas comunitárias de defesa da concorrência na UE.

A ausência de órgãos supranacionais no MERCOSUL atrasará muito o processo de integração<sup>44</sup>. Entende-se que o modelo de controle da aplicação

de normas de concorrência, confiado ao Comitê de Defesa da Concorrência (órgão de natureza governamental, integrado pelos órgãos nacionais de defesa da concorrência de cada Estado-Membro), trata-se de um órgão de cooperação que toma decisões consensuais e por unanimidade, e que dificulta a aplicação de normas concorrenciais. Não se reestruturando o MERCOSUL para dotá-lo de órgãos e instrumentos necessários e ágeis, que apliquem de forma efetiva as normas e, que os Estados-Membros cumpram obrigatoriamente, toda boa vontade dos governos para o avanço na integração será inútil.

## 11 CONCLUSÃO

A ordem mundial exige abertura de mercados para fortalecer as economias nacionais e regionais. E no compasso da cada vez crescente globalização da economia, a maneira de garantir um sistema econômico eficiente inicia-se buscando critérios que controlem as operações de concentração de empresas, para evitar estruturas de mercado ou abuso de poder de mercado, nas mãos de uma ou mais empresas que prejudicam a livre concorrência. E os processos de integração também se vêm obrigados a legitimar políticas públicas e normas de defesa da concorrência, que garantam eficiência ao sistema econômico, como um meio de consolidar a integração.

A política de livre concorrência da União Européia não teria sido possível se os Estados-Membros mantivessem barreiras para a livre concorrência, circulação de bens, serviços e capitais no mercado interno. Nesse aspecto, constituiu de grande valia a dotação de órgãos supranacionais, como o Conselho, Comissão, Parlamento, Tribunal de Justiça, Tribunal de Primeira Instância e Tribunal de Contas que, no âmbito de suas competências, contribuem na aplicação das normas da concorrência para alcançar o mercado comum.

No MERCOSUL, há necessidade de criar órgãos supranacionais não só para aplicar o Protocolo de Fortaleza, mas todas as normas, não sendo suficiente o “compromisso” de constituir um mercado comum. A solução

---

<sup>44</sup> Heber Arbuét, já entendia “[...] Una vez que el Mercosur se haya establecido definitivamente, necesitará de este tipo de instituciones supranacionales y de otras propias del Derecho Comunitario. Entendemos que esto resulta imprescindible para impulsar su desarrollo y solucionar no sólo los problemas que surjan entre Estados, sino también aquellos que se produzcan entre estos y particulares y entre privados entre sí, proporcionando mecanismos que atiendan al interés comunitario sin ofender la sensibilidad nacional ni afectar la soberanía, pero que se impongan rápidamente a las voluntades particulares.” (ARBUET VIGNALI, 1996, p. 39-40).

dos conflitos por um tribunal supranacional vai além do mecanismo de solução de controvérsias da arbitragem, instituído no Protocolo de Olivos. Deve ser criado um sistema normativo capaz de alcançar, plenamente, a livre concorrência, circulação de bens e serviços, de capitais e investimentos, de pessoas e, a liberdade de estabelecimento no mercado regional. Do contrário, pouco ou nada servirão as tentativas de harmonizar normas de concorrência nos Estados-Membros, as empresas continuarão celebrando acordos e levantando barreiras que afetam o funcionamento do mercado comum, impedindo o direito de escolha do consumidor, destruído pela ação nociva de monopólios, oligopólios e outras condutas anticoncorrenciais.

Embora o Protocolo de Fortaleza represente um começo para a livre concorrência no MERCOSUL, há necessidade de harmonizar políticas macroeconômicas e aprofundar o modelo de integração regional, não só criando um sistema eficaz de defesa da concorrência que reprima o abuso de poder no mercado, e que os agentes econômicos atuem com liberdade no mercado interno, mas também por exigências do próprio mercado globalizado, sob pena de comprometer irremediavelmente o MERCOSUL.

O futuro cobrará dos governos dos Estados-Membros do MERCOSUL a histórica tarefa entregue nas mãos destes. Devemos encontrar o caminho para uma maior integração institucional, dotar o bloco de legislação e órgãos que combatam e punam toda iniciativa privada ou pública, que iniba ou retarde a abertura dos mercados ou pratique condutas contrárias à livre concorrência. Somente ocorrendo mudanças econômicas, culturais e sociais o mercado interno do bloco será dinamizado, possibilitando vida mais digna aos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

ACORDO de cooperação entre Brasil e Argentina, relativo à cooperação entre autoridades de defesa da concorrência para aplicação das leis de concorrência, de 16 de outubro de 2003. Disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/legislacao](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao)>. Acesso em: 5 set. 2007.

ACORDO sobre o Regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, de 5 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/MRCSR/agcompop.asp>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

ARBUET VIGNALI, Heber. El Protocolo de Ouro Preto: una excusa para hablar de integración. In: MERCOSUR: balance y perspectivas. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1996. p. 39-40.



ARGENTINA. *Ley 25.156*. Sancionada el 25 de agosto de 1999 y promulgada el 16 de septiembre de 1999. Ley de defensa de la competencia. Disponível em: <<http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/cdconsumidor/leyes/ley25156.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

BRASIL. *Lei n. 8.884, de 11 de junho 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/legislacao/3-5-1-defesa-da-concorrenca/LEI-8884](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao/3-5-1-defesa-da-concorrenca/LEI-8884)>. Acesso em: 18 nov. 2007.

BRIONES, Juan et al. *El control de las concentraciones en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil interpretada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

EUROPEAN COURT OF JUSTICE. Case 234/89, 28th February, 1991. Stergios Delimitis v. Henninger Brau. *European Court reports 1991 Page I-00935*.

FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. *Derecho Mercantil Internacional*. 4. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

FORGIONI, Paula Andrea. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MANGAS MARTIN, Araceli. Unión Europea y Mercosur: marco institucional y jurídico. *Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Roma, n. 4, p. 9-30, 1997.

MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 15/06. Entendimento sobre cooperação entre as autoridades de defesa de concorrência dos estados partes do MERCOSUL para o controle de concentrações econômicas de âmbito regional. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas\\_web/Decisiones/PT/DEC\\_015-006\\_PT\\_EntendCoopAutoDefConc.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/DEC_015-006_PT_EntendCoopAutoDefConc.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2007.

PORTUGAL. Ministério dos Negócios Estrangeiros. *Versões consolidadas do Tratado da União Européia e do Tratado sobre o funcionamento da União Européia como alterados pelo Tratado de Lisboa*. Lisboa, fev. 2008. Disponível em: <<http://www.eu2007.pt/NR/rdonlyres/1D96311C-F90D-4E97-B355-DFEA0DD1ABEA/0/TLconsolidado.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2008.

PRADO ENRÍQUEZ, Martha Asunción. Nuevas formas societarias en la estructura orgánica del MERCOSUR. derecho societario argentino iberoamericano. In: CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, 6.; CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 2., 1995, Buenos Aires. *Anales...* Coord. Eduardo Favier Dubois e Ricardo Nissen. Buenos Aires: Edit. Ad-Hoc, 1995. p. 731-740.

PROTOCOLO de Defesa da Concorrência para o MERCOSUL. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/internacional/Protocolo\\_Defesa\\_Concorrencia\\_Mercosul.pdf](http://www.cade.gov.br/internacional/Protocolo_Defesa_Concorrencia_Mercosul.pdf)>. Acesso em: 9 maio 2008.

SENTENCIA del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1987. Comision de las Comunidades Europeas contra Republica Italiana. Transparencia de las relaciones financieras entre los estados miembros y las empresas publicas. Asunto 118/85. Recompilación de Jurisprudencia 1987, p. 02599. *EurLex*, 61985J0118. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61985J0118:ES:HTML>>. Acesso em: 10 out. 2007.

SOARES, Guido. Uma revisão em profundidade em 1996 de: As instituições do MERCOSUL e as soluções de litígios no seu âmbito - Sugestões. In: BAPTISTA, Luis Olavo; MERCADANTE DE AZEVEDO, Araminta; CASELLA BORBA, Paulo (Coord.). *MERCOSUL, das negociações à implantação*. São Paulo: LTr Editora, 1998.

URUGUAI. *Ley n. 17.243, de 29 junio de 2000*. Política de Competencia Nacional. *Diário Oficial*, Montevideo, n. 25554, 6 julio 2000. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17243&Anchor=>>>. Acesso em: 10 out. 2007.

VERSÃO consolidada do Tratado da União Européia. *Jornal Oficial da União Européia* [Edição em língua portuguesa], ano 51, n. C115, p. 13-45, 9 maio 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0013:0045:PT:PDF>>. Acesso em: 10 jun. 2008.

---

# NOVOS PARADIGMAS PARA UMA NOVA SOCIEDADE: A SOCIEDADE DE CONSUMO E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS

## NEW PARADIGMS FOR A NEW SOCIETY: THE CONSUMPTION SOCIETY AND CONTRACTUAL RELATIONS

Andreza Cristina Baggio\*

**Resumo:** Os fundamentos liberais do Direito Privado são abalados na pós-modernidade com o surgimento da sociedade de consumo, e não servem para responder às questões resultantes da massificação das relações contratuais. As Constituições dos Estados tomam posição de centralidade nos ordenamentos jurídicos, os contratos passam a ter influência direta do texto constitucional, e há o reconhecimento da necessidade de proteger o consumidor, a parte vulnerável nas relações contratuais. Já não se fala mais em contrato em termos de supremacia da vontade das partes, mas sim, em relação à supremacia do interesse social, da boa-fé e da confiança.

**Palavras-chaves:** Contrato. Consumo. Boa-fé. Confiança.

**Abstract:** The liberal foundations of Private Law are not suitable to answer the questions resulting from the massive increase of contractual relations. Contracts start to be directly influenced by constitutional texts and there is the recognition of the necessity to protect the consumer, the vulnerable part in contractual relations. One does not speak about contracts in terms of the supremacy of the parts' will anymore, but in terms of the supremacy of social interests, good-faith and trust.

**Keywords:** Contracts. Consumption. Good-faith. Trust.

### 1 INTRODUÇÃO

Inegavelmente, a sociedade de consumo é o modelo em que vivemos, rodeados pela necessidade de adquirir, pela produção massificada de objetos e bens, pela criação de necessidades que nem sempre podem ser justificadas a partir de sua utilidade prática. É um modelo de sociedade que privilegia o ter, e que, embora tente difundir ideais de bem viver, tem por valores basilares

---

\* Doutoranda em Direito Econômico e Sócio Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC-PR.

o consumo e o acúmulo de objetos, que pela mídia e pelos processos de *marketing* controlam as maneiras de pensar, sentir e agir dos indivíduos.

As profundas transformações a que assistimos nos últimos anos, como as transações de mercado operadas pelas grandes corporações, as novas características de acumulação de capital, os meios de comunicação de massa, os meios agressivos de *marketing*, a busca da felicidade por meio da aquisição de bens, são situações que merecem, portanto, análise e estudo, principalmente em razão dos resultados sociais e jurídicos que produzem.

Assim, a pós-modernidade significa a busca em romper com a imagem clássica da sociedade, questionando suas noções clássicas. A partir da idéia de que o mundo transformou-se com a Revolução Industrial, é preciso analisar suas instabilidades e imprevisibilidades, daí a crise dos modelos teóricos clássicos.

As relações contratuais que firmamos diariamente, merecem especial tutela do Estado, já que, muito mais do que um instrumento de circulação de riquezas, o contrato passa a ser visto como um instrumento necessário à realização de uma sociedade justa, ou seja, de realização de uma justiça distributiva.

O pesquisador não pode fechar os olhos para a inovação, para a mudança, e também não pode deixar de analisar, com o pensamento para o futuro, a quebra de paradigmas do passado, o surgimento do inusitado, e de novas estruturas para o que estuda.

Ainda que suas idéias não sejam tão conhecidas no mundo jurídico, vale citar Kuhn (1975), o qual já dizia que, quando se trata de ciência, são os paradigmas que delimitam o que importa ser estudado. A princípio, os paradigmas correspondem a exemplos incompletos e imperfeitos, e devem ser aperfeiçoados pela ciência, quando então, iniciam-se os períodos de normalidade.

Mas como a ciência é eternamente desafiada por novas situações, ocorrem os momentos de exaustão dos paradigmas, que passam a ser objeto de negações, marcando o choque entre novas teorias, iniciando-se o momento da renovação, e da crítica aos paradigmas anteriores, que cedem lugar a novas idéias.

É este o momento que a pós-modernidade representa, de quebra de paradigmas, de crítica, de desconstrução para o surgimento do novo para todas as ciências, inclusive para o Direito, e, especialmente, para o Direito Privado, que hoje se conforma sobre uma nova dogmática, que tem por fundamento, os direitos e garantias do homem, em detrimento das idéias do Direito Privado Clássico, alicerçadas sobre o patrimônio.

## 2 A PÓS-MODERNIDADE E UM NOVO PILAR PARA O DIREITO CONTRATUAL: O SER HUMANO

O direito contratual clássico, pode-se dizer, se transformou. Antigos paradigmas, como a autonomia privada e a liberdade de contratar, hoje cedem lugar à preocupação com os efeitos do contrato na sociedade e à proteção dos interesses legítimos das partes contratantes.

Muito mais do que mero instrumento de circulação de riquezas, o contrato tornou-se um legítimo instrumento para a satisfação das necessidades básicas do homem, de inclusão ou exclusão social.

Se na teoria clássica justo era o contrato cujos termos eram pactuados livremente entre as partes, na sociedade de contratação em massa, de relações complexas, esse paradigma merece ser analisado sob outro prisma.

### 2.1 A tutela ao Direito de Propriedade do Código Civil Francês

O Direito contratual da pós-modernidade tem como pilar os direitos fundamentais do homem, direitos esses consagrados nas Constituições dos Estados Sociais modernos.

Mas nem sempre foi assim. Em 1804, resultante dos anseios da burguesia, surgiu na França o Código de Napoleão, o importante Código Civil, construído sobre as bases da liberdade, igualdade e fraternidade. Até o surgimento de mencionado diploma legal, o direito privado era feito por meio de leis esparsas, as quais eram apenas compiladas.

Como explica Alvim (2003), a burguesia, ao assumir o poder após a Revolução Francesa, viu-se diante de um grave dilema: a desconfiança dos juízes, pois a maioria deles era egressa da antiga nobreza, ou seja, da antiga classe dominante, sendo que a solução que a burguesia francesa encontrou para tal problema foi a de dominar a magistratura por meio do instrumento da lei.

Para a burguesia então no poder, a simples consolidação de leis esparsas gerava grande insegurança, pois tornava impossível ao aplicador saber qual lei estava ou não em vigor, e várias leis poderiam ser indevidamente aplicadas para o mesmo caso concreto (LORENZETTI, 1998).

Diante desse cenário, conclui-se que as bases do direito contratual clássico, assim como da codificação do direito civil, fundamentado na autonomia da vontade e na liberdade total das partes contratantes, surge tão somente para atender aos anseios econômicos da época de proteção à propriedade privada. Nenhuma preocupação havia com os sujeitos das relações contratuais, mas apenas com o patrimônio objeto do negócio.

Como observa Roppo (1988, p. 35),

liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram, portanto os pilares - que se completavam reciprocamente - sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer 'contratual' equivale a dizer 'justo' (qui dit contratuel dit juste).

O Código de Napoleão, assim, estava longe de ser um instrumento de realização de uma justiça distributiva. Ao contrário, era o código dos fortes, e foi exatamente nesse ambiente de opressão aos mais fracos e economicamente desprovidos, que surgiram os fundamentos do direito privado moderno, os quais vigoraram até o início do Século XX, e que, inclusive, serviram de fundamento para o direito privado brasileiro vigente durante todo o século XX, cujo fundamento era evidentemente a tutela ao direito de propriedade.

Assim, o Direito Codificado, fruto da idéia burguesa de segurança jurídica, ao privilegiar o dogma da autonomia da vontade e da ampla liberdade das partes, deixou de conferir personalidade jurídica àqueles que não possuíam bens ou riquezas, já que para o Direito Clássico era sujeito de direito apenas aquele que possuía bens e tinha capacidade para contratar, e o direito de família servia como proteção ao patrimônio, enquanto que os direitos fundamentais do homem eram conformados ao direito de propriedade.

Tal realidade, entretanto, encontrou seus limites com a Revolução Industrial e o surgimento de uma sociedade de consumo massificado, onde as relações contratuais deixam de ser paritárias, mas realizadas em cadeias de fornecedores e de consumidores.

Diante dessa nova realidade, as raízes do liberalismo perdem a sua força, dando lugar ao Estado Social intervencionista, que vem regular a atividade econômica, justamente para proteger a parte mais fraca das relações de consumo: o ser humano exposto ao mercado.

## **2.2 O Constitucionalismo da Pós-Modernidade: seus efeitos sobre o Direito Privado**

Após a Primeira Grande Guerra Mundial, o desenvolvimento econômico e o crescimento populacional levaram ao entendimento de que os diplomas legais até então vigentes já não atendiam às necessidades do mercado, principalmente com o crescimento das relações de consumo e de mercado.

Surgem então as chamadas Constituições dos Estados Sociais, sendo a primeira a Constituição Mexicana de 1917, seguida pela Constituição de Weimar, de 1919. É o nascimento do Estado Social.

O Estado agora, passou a intervir nas relações privadas, buscando diminuir as desigualdades sociais, propiciar o bem-estar e o acesso aos bens de consumo a toda a população.

Com a preocupação com o direito de todos os homens ao acesso aos bens de consumo necessários à sua sobrevivência, e à proteção das legítimas expectativas da sociedade agora massificada, na qual as riquezas e as propriedades estavam concentradas nas mãos de muito poucos, o Estado, por meio das suas Constituições, passa a prever a proteção de direitos como a dignidade e a vida.

São os efeitos diretos do constitucionalismo contemporâneo ou pós-moderno sobre as relações de Direito Privado, mormente sobre as relações contratuais, adotando-se em todo o ordenamento jurídico dos Estados a idéia de que a Lei Fundamental deve refletir uma integração ética, moral, espiritual e institucional, tendo em vista o desenvolvimento de funções com fins comuns, no sentido de conferir uma maior proteção aos direitos fundamentais, cujo fim maior será propiciar a todos existência digna.

Segundo Gomes (2004), a partir das constituições do México e Weimar é que se verifica pela primeira vez a preocupação do legislador constituinte com a diferenciação entre a igualdade formal, a qual encontra sua origem nas revoluções do século XVIII, resultante justamente dos anseios da burguesia, e a igualdade material, que concede ao Estado a função de promover a igualdade de condições e oportunidades ao cidadão, independentemente de sua classe social.

Assim, principalmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, firmou-se em todo o mundo a idéia de que era necessária a intervenção do Estado para o bem-estar de todos, e não apenas daqueles que possuem poder econômico.

Nesta linha de pensamento, os direitos humanos tomaram corpo, e as necessidades do homem enquanto ser que merece ter protegida sua própria vida, passaram a ser objeto de preocupação maior do Estado. Conseqüentemente, os Códigos Civis, de natureza privatista, perderam sua posição de centralidade no ordenamento jurídico para os textos constitucionais.

Nas palavras de Lorenzetti (1998, p. 90), “o código civil perde o patamar de norma de ordem superior e a idéia de superioridade é a de sistema de normas fundamentais que se encontram nas fontes superiores (Constituição, tratados, princípios, valores)”.

Destarte, os Códigos Civis deixam de ser a única lei aplicável às relações privadas, e, conforme Perlingieri (1999), o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos

mais tradicionalmente civilísticos, quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.

O que se observa, portanto, nesse fenômeno de descodificação do direito civil, é que, embora o Código Civil não perca sua importância, as relações privadas passam a ter sua validade condicionada à observância dos preceitos constitucionais, e toda norma do Código Civil, que seja contrária a uma norma da Constituição, passa a ser eivada de nulidade, já que frontalmente inconstitucional.

O Direito Civil, analisado em sua concepção pós-moderna, tomou as faces de constituição do homem comum, e não é apenas inserido no Direito Constitucional, mas nele verdadeiramente fundamentado.

Seguindo esta ordem de idéias, é possível dizer que o contrato, por meio de sua análise sob a luz da Constituição, perdeu as características do individualismo que o fundamentou na teoria clássica, passando a ser visto como instrumento de realização do trânsito jurídico, não apenas para a garantia do direito de família e de propriedade, mas também para garantir a satisfação dos interesses legítimos do homem, para proteger sua subsistência, sua vida, sua dignidade.

Emergem dos textos constitucionais, ganhando força no Direito Privado, diferentes interpretações para princípios já conhecidos, como a boa-fé contratual e a confiança, que agora, tomam o viés da tutela das legítimas expectativas das partes contratantes, da proteção à aparência, em uma concepção mais sociológica que outrora, e , principalmente, constitucional.

### 3 CONTRATOS DE CONSUMO, BOA-FÉ E CONFIANÇA

O contrato, na realidade pós-moderna, tem reconhecida a sua função social, ou seja, a função de possibilitar a todos, de forma justa e equitativa, o acesso aos bens necessários à sobrevivência digna.

E como não poderia deixar de ser, diante da realidade que ora se apresenta ao direito privado pós-moderno, a função social do contrato encontra suas bases e fundamentos na Constituição Federal.

Para Azevedo (1996, p. 113-120), no Direito Brasileiro, a função social do contrato deve ser extraída do art. 170<sup>1</sup>, *caput*, da Constituição Federal de 1988, de modo que os contratantes devem estabelecer-se numa “ordem social

---

<sup>1</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;



harmônica”, visando inibir qualquer prejuízo à coletividade, por conta da relação estabelecida. Assim a atividade contratual, em face de terceiros, para não infringir a regra que reprime o ato ilícito, deve apresentar-se com um comportamento social sempre adequado.

A Constituição de 1988 consagrou claramente a idéia de função social do contrato, por meio da fixação do *valor social da livre iniciativa*, dentre os fundamentos da República (art. 1<sup>a</sup>, IV), assim como a proteção da dignidade humana.<sup>2</sup>

Então, atendendo aos anseios de proteção à função social do contrato, e seguindo o regramento constitucional de proteção ao consumidor<sup>3</sup>, surge o Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo os direitos fundamentais das pessoas nas relações de consumo, condenando as condutas contrárias à boa-fé e à transparência negocial, regulando de forma específica os contratos de consumo.

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, são consideradas de

---

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todo o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>2</sup> Art. 1<sup>a</sup>. 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.

<sup>3</sup> O artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu: *O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.*

---

consumo todas as relações contratuais, ou ainda, as práticas comerciais, que liguem um consumidor a um profissional que forneça bens ou preste serviços. Tais relações possuem a peculiaridade de englobar qualquer espécie de contrato civil ou mercantil, desde que em um dos pólos exista um consumidor e um provável desequilíbrio entre as partes, a influenciar no conteúdo do contrato.

A principal preocupação da Lei 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor – é assegurar o equilíbrio das obrigações contratuais, e das relações que possam ser consideradas de consumo, por meio de uma regulamentação específica, que busca antes de tudo a manutenção da boa-fé, não importando o meio físico em que se formem.

É necessário esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor, muito mais do que proteger o consumidor, tem por fundamento o reconhecimento da importância das relações de consumo na sociedade pós-moderna, e visa, portanto, proteger tais relações, para que estas não resultem em efeitos sociais negativos.

Neste sentido é o entendimento de Efing (2004, p. 31), o qual observa que

todas as questões que dizem respeito a relações de consumo (ou relações jurídicas equiparadas às relações de consumo) receberam, com a edição do CDC, tratamento inovador, justamente por seu objetivo ser o de regulamentar a relação de consumo, criando mecanismos para que se torne equilibrada, evitando a prevalência de um sujeito em detrimento do outro, assumindo o papel de equalizador da situação vulnerável dos consumidores em relação ao formatado poderio dos fornecedores.

Entende-se por relação de consumo, aquela relação jurídica que se estabelece entre um fornecedor e um consumidor, e que têm por objeto determinado produto ou serviço. Os conceitos de consumidor e fornecedor estão dispostos no próprio Código de Defesa do Consumidor.

Em seu artigo 2<sup>a</sup> o Código de Defesa do Consumidor dispõe: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final.”

Inicialmente, portanto, de forma objetiva, o legislador esclarece quem serão os destinatários das normas especiais veiculadas pelo diploma consumerista. A única característica restritiva da norma inserta no artigo 2<sup>a</sup> do CDC, é a necessidade de que os bens adquiridos por meio da relação, sejam utilizados por um destinatário final.

Sobre a questão do destinatário final, ainda Efing (2004) explica que em relação à questão da destinação final, utilizada pelo *caput* do art. 2<sup>a</sup>, do CDC, esclarece-se que o destinatário final adquire, em princípio, o bem para si, e não com o intuito de aliená-lo. Pode, entretanto, mudar de idéia: adquire e aliena.

Se alguém adquire o produto para doá-lo, o donatário, e não o adquirente, é que se inclui no rol dos destinatários finais. Já para a identificação deste, em se tratando de adquirente de serviços, é quem o usufrua. Se o serviço é repassado para outrem, este é o destinatário final, no momento em que o utilizar.

Sem apresentar aqui toda a discussão doutrinária a respeito do conceito de destinatário final, e apenas lembrando da existência de uma corrente maximalista<sup>4</sup>, e outra finalista<sup>5</sup>, inevitável é a conclusão de que este conceito deverá ser interpretado de forma sistemática, tomando em consideração a finalidade do próprio Código de Defesa do Consumidor.

Assim, sempre que exista um consumidor como parte vulnerável na relação, uma parte para a qual não se tornou possível impor as suas condições contratuais, ou mesmo questionar dados técnicos do contrato, há que se aplicar as regras específicas da legislação consumerista. Note-se que o Código de Defesa do Consumidor reconhece expressamente a vulnerabilidade do consumidor em seu artigo 4<sup>a</sup>, I.

O conceito de consumidor no Código de Defesa do Consumidor, portanto, pode exceder aos contornos expostos no artigo 2<sup>a</sup>. Este diploma legal equipara a consumidor todas as pessoas que venham a intervir na relação de consumo, nos termos do parágrafo único do artigo 2<sup>a</sup>, bem como as vítimas dos acidentes de consumo, de acordo com o artigo 17<sup>6</sup>, e por fim, todas as pessoas que, de alguma forma, estejam expostas às práticas comerciais e contratuais, nos termos do artigo 29.

---

<sup>4</sup> Filiam-se à essa corrente maximalista, autores como Antônio Carlos Efig, Luiz Antônio Rizzato Nunes, dentre outros. Cabe esclarecer que a posição adotada neste trabalho é aquela referente à corrente maximalista, com o que há que se concordar com as palavras de Efig (2004, p. 44):

“[...] não resta dúvida de que nos filiamos à corrente maximalista, isto porque somos da opinião de que o CDC veio para introduzir nova linha de conduta entre os partícipes da relação jurídica de consumo. Assim, não importa ter vislumbrada a relação de hipossuficiência do consumidor, como querem alguns autores, mas sim, uma completa moralização das relações de consumo da sociedade brasileira, onde somente permanecerão nos diversos segmentos da cadeia de consumo aqueles (pessoas físicas ou jurídicas) que assumirem esta posição com todos os seus ônus e encargos, dentre os quais o atingimento da perfeição no fornecimento de produtos e serviços, em total consideração ao consumidor (adquirente ou utente deste produto ou serviço).

<sup>5</sup> Filiam-se à corrente finalista Cláudia Lima Marques, Alcides Tomasetti Jr., Eros Grau, dentre outros.

<sup>6</sup> É o texto de citado artigo: Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Dispõe o artigo 29 do CDC: “Para os fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

Como observa Benjamim (1992), o artigo 2<sup>a</sup> do CDC vê o consumidor concretamente, enquanto que por meio do artigo 29, o consumidor é visto abstratamente. Visa a lei evitar o dano *in abstracto*, por meio da proteção a todas as pessoas que se encontrem expostas a ele. Aliás, a aplicabilidade deste artigo visa a proteção ampla à boa-fé, que atua como princípio geral no Código de Defesa do Consumidor, e à vulnerabilidade, como característica que identifica o consumidor.

Já o conceito de fornecedor para o CDC, veiculado em seu artigo 3<sup>a</sup>, é aquele em que, será fornecedor “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

O conceito de fornecedor também é amplo. Note-se apenas que com relação ao fornecimento de produtos, exige-se que a atividade se desenvolva com habitualidade.

Feitas estas considerações iniciais sobre as relações entre consumidor e fornecedor, resta lembrar que a proteção às relações de consumo é uma forte característica da pós-modernidade, e resulta efetivamente das mudanças de paradigmas do Direito Contratual já apresentada em tópico anterior.

Assim, é correto afirmar que a proteção às relações entre consumidor e fornecedor tem suas bases no texto constitucional, e nele se justifica, a partir de disposições específicas sobre as relações de consumo, mas também a partir dos princípios relativos aos direitos fundamentais do ser humano privilegiados pela Carta Magna.

### **3.1 A boa-fé e seu viés constitucional**

O Direito Contratual, ao longo do século passado, enfrentou profundas mudanças em seus fundamentos clássicos. A tão festejada autonomia da vontade das partes, resultante dos anseios da burguesia emergente quando da Revolução Francesa, cedeu lugar no cenário pós-moderno à função social do contrato e à preocupação com os Direitos Fundamentais do Homem no momento da contratação.

Assim, o princípio da boa-fé ganhou importância para o Direito Contratual, já que serve de verdadeiro limitador à autonomia privada e à prática de

contratações abusivas. Destaca-se como corolário da proteção à dignidade da pessoa humana, como base de parâmetro para avaliação dos resultados do contrato, ou seja, se o pacto firmado é apto a atender às legítimas expectativas daqueles que contratam.

O princípio da boa-fé é também um princípio geral do direito, assim como os princípios de proteção à vida, à dignidade humana, à liberdade. Porém, no Direito Contratual contemporâneo, ou melhor, pós-moderno, o princípio da boa-fé torna-se também um dos seus mais importantes princípios.

A boa-fé, à qual a maior parte da doutrina remete como princípio geral do direito, no direito contratual pós-moderno é a objetiva, princípio que nada mais é do que o resultado da interpretação das obrigações à luz de idéias como a proteção à vida, à dignidade, às legítimas expectativas das partes contratantes.

Como esclarece Nalin (2001, p. 126), na atual conjuntura dos contratos, o que se busca é uma manifestação desprendida de subjetivismo, em que possam os contratantes, independentemente do pólo contratual que ocupem (credor ou devedor), ou da fase de execução da obrigação em análise, atingirem a plena satisfação de seus interesses econômicos. Não é dada a possibilidade de frustração das legítimas expectativas contratuais formuladas na esfera jurídica de qualquer dos contratantes, devendo, ambos, proceder (conduta objetiva) comportamentalmente, de boa-fé.

Nos diplomas brasileiros, excetuando a menção contida no já parcialmente revogado Código Comercial, em seu artigo 131, foi no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) que este princípio geral encontrou efetiva aplicação, por meio de seu art. 4<sup>a</sup>, que, ao traçar os princípios fundamentais da política nacional das relações de consumo, instituiu a boa-fé.

Também o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor trata da boa-fé objetiva, ao dispor acerca de algumas manifestações de abusividade nas práticas de comércio e comina a nulidade como sanção pelo seu desrespeito, estabelecendo expressamente no inciso IV deste artigo serem nulas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 422<sup>7</sup>, traz de forma expressa, o princípio da boa-fé objetiva, quando dispõe que os contratantes devem guardar a boa-fé e a probidade na conclusão do contrato e na sua execução.

---

<sup>7</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

No que diz respeito a uma fundamentação constitucional da boa-fé, entendemos como Negreiros (1998, p. 140) que “a fundamentação do princípio da boa-fé se assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana”, constante principalmente do artigo 1<sup>a</sup> e de vários incisos do artigo 5<sup>a</sup> do Texto Maior.

Aliás, o próprio artigo 5<sup>a</sup>, inciso XIV<sup>8</sup>, da Constituição Federal assegura a todos o direito à informação, que deve ser concebida em sentido amplo, atingindo também o plano do contrato. Nesse dispositivo reside, especificamente, ao nosso entender, o fundamento constitucional da boa-fé objetiva.

Mas não é só. Pela relação direta que mantém com a socialidade e com a solidariedade, a boa-fé objetiva também encontra fundamento na função social da propriedade, prevista no artigo 5<sup>a</sup>, inciso XXIII e artigo 170, III, da Constituição Federal de 1988. A confiança contratual, aliás, é conceito estritamente relacionado à própria manutenção da ordem econômica.

No mesmo raciocínio, é possível afirmar que o princípio da boa-fé objetiva encontra guarida no texto constitucional, também no artigo 3<sup>a</sup>, inciso I, que traz explícito o princípio da solidariedade, já que prevê como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Neste sentido, para compreensão da idéia que aqui se pretende expor, cabe transcrever as palavras de Nalin (2001, p. 127), quando diz que

se o Código de Defesa do Consumidor inicialmente, nesta nova fase da teoria contratual, serviu de mote teórico para o relançamento da boa-fé contratual não podem a ele ficar restritas sua análise e aplicação, eis que a legislação de consumo, bem como toda a ordem contratual, estão fundadas no princípio constitucional da livre iniciativa, não sendo a conformação daquela justiça social (art. 170, caput), exclusividade do CDC.

Para mencionado autor, o princípio da boa-fé objetiva encontra seu fundamento no princípio constitucional de solidariedade, sendo que a boa-fé objetiva não surge com o advento do Código de Defesa do Consumidor, muito menos sendo sua refém, pois assim como o CDC fundamenta-se na Constituição de 1988, o Código Civil e todas as relações contratuais nele baseadas foram recepcionadas pela nova ordem constitucional, renovada pelo espírito solidarista da atual carta.

Portanto, muito mais do que um princípio necessário a informar a conduta

---

<sup>8</sup> É o teor do mencionado artigo: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

das partes envolvidas na relação obrigacional, o princípio da boa-fé objetiva é resultado da releitura Constitucional do Direito Civil, e mais, das preocupações do Estado com a regulação econômica, com a proteção ao consumidor, e conseqüentemente, com a realização de uma justiça distributiva, utilizando-se do contrato como instrumento para tal mister.

### 3.2 A Confiança como uma outra face da Boa-fé

Nas relações negociais, é evidente que, quando alguém realiza certo ato ou manifesta sua vontade no sentido de contratar, o faz confiando na sinceridade do outro contratante, nascendo aí legítimas expectativas, que devem ser tuteladas pelo Direito.

Segundo Cordeiro (1997, p. 1234),

a confiança exprime [...] a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela.

O princípio da confiança, de forma inafastável, é intrínseco às relações que nascem do tráfico jurídico, pelos conexos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva, ambos constituindo a dupla face da confiança, tendo a característica de constituir normas de conduta, entre as quais as de informação e as de proteção aos legítimos interesses do *alter*.

Assim, a teoria da confiança atribui responsabilidade àquele que, por seu comportamento na sociedade, gera no outro contratante justificada expectativa no adimplemento de determinadas obrigações.

A proteção da confiança se realiza de duas formas principalmente: por meio de disposições legais específicas, e por meio de institutos gerais. As primeiras correspondem ao resultado do reconhecimento, pelo Direito, de situações típicas nas quais uma pessoa que legitimamente acredita em certo estado de coisas receba uma vantagem que, de outro modo, não lhe seria concedida.

Lembre-se, neste aspecto, dos dispositivos legais referente à proteção dos efeitos jurídicos decorrentes de situações em que se aplica a teoria da aparência. Observa-se aqui claramente a atuação da lei como limitadora da autonomia privada, com o intuito de proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes (MARQUES, 2004).

É preciso que as partes contratantes ajam com lealdade recíproca, dando

as informações necessárias e evitando criar expectativas que sejam destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conservações, etc (AZEVEDO, 1996).

E mais, o princípio da igualdade preconizado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5<sup>a</sup>, caput, implica na harmonização e na adequação do sistema, como um todo, e, considerando o ideal de justiça, busca promover entre as partes uma relação equilibrada e eqüitativa. Assim, sendo o contrato uma união de interesses equilibrada, enquanto instrumento de cooperação leal e probo, é salutar a proteção da confiança mútua.

Portanto, assim como a boa-fé, a confiança é elemento indispensável para a manutenção do grupo social. Não há sociedade que se mantenha sem confiança. Em termos interpessoais, a confiança instalada aloca os protagonistas à mercê uns dos outros: o sujeito confiante abranda as suas defesas, ficando vulnerável (CORDEIRO, 2005).

A tutela da confiança pelo Direito é realizada com base no princípio da boa-fé objetiva, sendo que, a confiança é um elemento central da vida em sociedade, e, em sentido amplo, é a base da atuação do indivíduo.

Para Luhmann (1996), em uma sociedade hipercomplexa como a nossa, quando os mecanismos de interação pessoal ou institucional, para assegurar a confiança básica na atuação, não são mais suficientes, pode aparecer uma generalizada crise de confiança, na efetividade do próprio direito. Significa dizer que o Direito está legitimado exatamente na proteção das expectativas legítimas do ser humano e da confiança da vida em sociedade.

Nas palavras de Marques (2004, p. 31), a confiança hoje “é um princípio diretriz das relações contratuais, merece proteção e é fonte autônoma de responsabilidade.”

Em outras palavras, as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, dados ou omissões, fazem nascer expectativas legítimas naqueles em que despertamos a confiança, os receptores de nossas informações ou dados, em resumo, confiar é acreditar, é manter, com fé, a fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio.

A confiança está presente em toda a relação obrigacional, com caráter de intencionalidade, e com a vulnerabilidade acentuada de uma das partes, sendo imprescindível compreender o que esta confiança significa, para promoção da tutela jurídica, com razoabilidade, sempre com olhos à tutela da segurança e proteção às legítimas expectativas das partes contratantes.



#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As raízes do liberalismo econômico perdem força na atual sociedade de massas, e o Estado, intervindo nas relações privadas, mormente no tocante ao direito contratual, vem ao encontro dos anseios de proteção à parte mais fraca das relações contratuais.

A função social do contrato terá sido respeitada sempre que a dignidade humana esteja reste protegida dentro do liame contratual, e sempre que seja possível vislumbrar a transparência, a confiança e a boa-fé das partes contratantes.

Se na sociedade de consumo não é possível evitar a massificação e a despersonalização das relações contratuais, é possível buscar sua moralização. Portanto, na atual sociedade de consumo e fornecimento de produtos e serviços em redes e cadeias complexas, é possível, por meio da correta interpretação das normas do CDC, garantir a proteção do direito à vida e à dignidade do ser.

Conclui-se, assim, que o Direito contemporâneo procura garantir a proteção à pessoa humana, buscando cumprir a aspiração social que reclama a ordem mundial. Por isso mesmo, hoje se fala na constitucionalização do Direito Contratual, no sentido de se buscar soluções jurídicas muito mais existenciais, humanas, de maneira a ficar garantida a igualdade substancial.

O dogma da autonomia da vontade ganha nova leitura, pois, nessa perspectiva, está presente a necessidade de se tutelar a confiança e as expectativas dos participantes da relação obrigacional.

Justiça social e solidariedade passam a ser termos de grande importância quando o tema é a interpretação e a análise dos contratos, mormente os contratos de consumo, já que, inegavelmente, é por meio destes, que se faz a inserção do indivíduo dentro do seu grupo social. O acesso aos bens de consumo, aqueles inerentes à sobrevivência, ou ainda aqueles considerados dispensáveis, pode ser analisado como a forma mais corrente de inserção do ser em grupos sociais.

Nessa sociedade em que o ter é mais importante do que o ser, e que a consciência do consumidor ainda necessita ser informada sobre sustentabilidade, responsabilidade social, e tantos outros temas de importância global, a tutela à parte vulnerável nessas relações corriqueiras, diárias, deve ser, sem dúvida, a grande preocupação do direito contratual, hoje verdadeiramente constitucional.

#### REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 815, p. 11-31, set. 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor - estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito Comum. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 23-31, abr./jun. 1996.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro. Ed. Forense Universitária, 1992.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2005. Parte geral, tomo I.

EFING, Antonio Carlos. *Direito do consumo*. Curitiba: Juruá, 2004.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria Contratual Contemporânea. Função Social do Contrato e Boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la Teoría de Sistemas*. Publicada: Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidade Iberoamericana; Iteso, Anthropolos, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

NALIN, Paulo. *Do Contrato - conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Torino: ESI, 1999.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1998.

---

RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS INTERNACIONAIS:  
SOBERANIA, JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E  
INGERÊNCIA ECOLÓGICA\*

RESOLUTION OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL CONFLICTS:  
SOVEREIGNTY, INTERNATIONAL JURISDICTION AND  
ECOLOGICAL INTERVENTION

Rafael Lazzarotto Simioni\*\*  
Eliane Moreira Lorenzet\*\*\*

**Resumo:** Conflitos internacionais ligados ao desrespeito ao meio ambiente só passaram a ocorrer recentemente. Dentre as formas para resolução dos conflitos internacionais ambientais temos a ingerência ecológica e a jurisdição internacional, que acabam por ferir o princípio da soberania dos Estados. Mas a globalização e a interdependência cada vez maior dos Estados não mais possibilita a antiga concepção de soberania absoluta. Assim, tornou-se imprescindível a cooperação internacional e o reconhecimento de que o meio ambiente como patrimônio comum da humanidade deve ser preservado por todos, independentemente do Estado ou território ocupado.

**Palavras-chave:** Conflitos internacionais. Jurisdição. Soberania. Ingerência ecológica.

**Abstract:** International conflicts related to environment disrespect have begun recently. Among the forms to solve international environmental conflicts there is ecological intervention and international jurisdiction, which end up affecting the sovereignty principle of the States. However, globalization and the increasing interdependency of the States do not allow the ancient conception of absolute sovereignty. Thus, it is essential to have international cooperation and recognition that the environment

---

\* Pesquisa desenvolvida no âmbito do Projeto “Imputação difusa de responsabilidade ambiental e prevenção cooperativa de riscos ecológicos”, do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica - Mestrado em Direito e Departamento de Direito Privado, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Caxias do Sul.

\*\* Doutorando em direito pela Unisinos, Mestre em Direito pela UCS, Professor e Coordenador do Curso de Direito do Ceulji/Ulbra Ji-Paraná- Rondônia e pesquisador do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS).

\*\*\* Advogada em Guaporé (RS).

is a common asset of the humanity and that it must be preserved by all men, regardless of the State they live in.

**Keywords:** International conflicts. Jurisdiction. Sovereignty. Ecological intervention.

## 1 INTRODUÇÃO

Existem atualmente diferentes formas de resolução dos conflitos internacionais ambientais. Dentre essas, as mais discutidas são a ingerência ecológica e a jurisdição internacional. Ambas as propostas, contudo, apresentam problemas no que tange à soberania e a intervenção internacional com relação ao meio ambiente.

No atual momento histórico, se faz imprescindível que a ciência jurídica encontre um meio termo entre defesa da soberania do Estado e a proteção da natureza. As ações do homem podem gerar problemas ecológicos que afetam o ambiente em dimensões espaciais e temporais, muito além das dimensões territoriais de Estado ou do tempo em que vivemos.

Esses conflitos internacionais que surgem em decorrência da irresponsabilidade do homem com seu planeta, poderão ser minimizados significativamente a partir do momento em que o desenvolvimento econômico deixar de ser objetivo primordial de alguns países para dar lugar a uma política voltada ao bem-estar social e a defesa da vida.

Quando as medidas internas de determinado país se tornam ineficazes na resolução de um conflito, este poderá recorrer a uma jurisdição dita jurisdição superior. Mas, até que ponto pode-se interferir na soberania de um Estado com vistas à defesa dos interesses de outros? A existência de uma jurisdição superior é realmente a solução mais adequada para a resolução desses conflitos? É válido optar pela Ingerência Ecológica em detrimento da soberania e em defesa do meio ambiente?

Nessas condições, objetiva-se analisar a relação entre a soberania do Estado e a Ingerência Ecológica, destacando os limites da possibilidade de intervenção ecológica nos conflitos internacionais ambientais.

## 2 A SOBERANIA DO ESTADO

Dentre as inúmeras teorias jurídicas, nenhuma é de tão grande controvérsia quanto à conceituação de soberania. A palavra soberania vem do latim *superanus* e era utilizada para designar todos os que estivessem no topo de

uma ordem. Era definida como poder supremo e de ordens incontestáveis (SANTOS, 2007).

Na Antiguidade, as idéias de superioridade do Estado nada tinham a ver com a noção de supremacia de poder representada pela soberania. De acordo com Dallari, a Antiguidade não chegou a conhecer o conceito de soberania pelo fato de que não havia no mundo antigo “a oposição entre o poder do Estado e os outros poderes”. Foi na Idade Média, com os conflitos decorrentes do surgimento de ordens independentes e das atividades de segurança e de tributação, que o problema passou a ganhar importância (DALLARI, 1987. p. 64).

A teoria jurídica da soberania foi formulada por *Jean Bodin*. Segundo Dallari (1987, p. 66), vejamos o conceito de soberania estabelecido por *Bodin*:

Soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República. [...] Sendo um poder absoluto, a soberania não é limitada nem em poder, nem pelo cargo, nem por tempo certo. Nenhuma lei humana, nem as do próprio príncipe, nem as de seus predecessores, podem limitar o poder soberano.

Muito embora *Bodin* interessava-se pela centralização do poder interno, jamais defendeu a idéia de um poder completamente sem fronteiras. Acreditava que a soberania deveria sujeitar-se ao direito natural e ao direito das gentes. A idéia de poder absoluto de *Bodin* está ligada à sua crença na necessidade de concentrar o poder totalmente nas mãos do governante; o poder soberano só existe quando o povo se despoja do seu poder soberano e o transfere inteiramente ao governante. Para esse autor, o poder conferido ao soberano é o reflexo do poder divino, e, assim, os súditos devem obediência ao seu soberano (PERINI, 2003).

O conceito de soberania, da forma como surgiu, foi fundamental para que os reis exercessem seu poder, impondo e consolidando sua autoridade sobre determinado povo e território, unificando os Estados (ARIOSI, 2004). Desde então, a soberania passou a ser analisada à luz de seus aspectos internos e externos. Internamente, os soberanos passaram a exercer uma relação de poder com o povo sem intermediários, assumindo um papel de total supremacia não se sujeitando a nenhum outro poder, ou seja, os senhores feudais não tinham mais autonomias locais e todos se sujeitavam ao poder real. Quanto aos aspectos externos da soberania, os soberanos passaram a considerar uns aos outros como iguais, sem a intervenção de nenhum juiz com poder sobre os Estados, cabendo a eles decidir sobre a guerra e a paz.

Saldanha (2005) afirma que, a soberania, como princípio fundamental do Estado, onde a comunidade aceita e se submete a uma autoridade que a represente, surgiu com a reforma religiosa e tinha por finalidade explicar a existência de um Estado nacional superior, indivisível e independente diante da vontade divina traduzida e exercida então pela Igreja. De acordo com o autor, no início da Idade Moderna, com o aparecimento do mercantilismo e com as disputas pelo poder econômico entre os Estados, a soberania consolidou-se.

Nesse período ocorreu a formação de Estados territoriais soberanos. A formação dos Estados deu origem às relações internacionais a partir da decadência política da igreja e da instrumentalização do direito internacional. O conceito de soberania influenciou diretamente a formação do direito internacional moderno, constituindo-se “no poder incontestado do Estado, sobre o território ocupado pela nação, devendo ambos viver fraternalmente” (MERCADANTE; MAGALHÃES, 1999. p. 439).

O Estado Moderno é titular do poder. Titular de um poder instituição, onde a autoridade não está diretamente associada ao indivíduo que a exerce<sup>1</sup>. A soberania é o elemento essencial para o reconhecimento do Estado como tal, independente de qualquer ato formal que possa existir para que isso ocorra. De acordo com Dallari, só o Estado é que tem soberania e por isso se diferencia das demais pessoas jurídicas de direito internacional público.

Tendo surgido como característica principal do Estado, a soberania, no decorrer da história passou por significativas transformações. Passou de poder absoluto e perpétuo do soberano às mãos do povo por meio de Rousseau, atribuindo-se à burguesia, à nação, para, no século XIX, aparecer como emanção do poder político. Posteriormente, a titularidade do poder soberano passa a ser do Estado. Atualmente, a interdependência dos mesmos direciona cada vez mais a uma interligação entre a idéia de soberania e de cooperação, econômica, jurídica e social.

---

<sup>8</sup> “O poder despersonalizado precisa de um titular: o Estado. Assim, o Estado procede da institucionalização do Poder, sendo que suas condições de existência são o território, a nação, mais potência e autoridade. Esses elementos dão origem à idéia de Estado. Ou seja, o Estado Moderno deixa de ser patrimonial. Ao contrário da forma estatal medieval, em que os monarcas, marqueses, condes e barões eram donos do território e de tudo o que neles se encontrava (homens e bens), no Estado Moderno passa a haver a identificação absoluta entre Estado e monarca em termos de soberania estatal.” (STRECK; MORAIS, 2000, p. 26).

Um dos fatores de limitação da soberania é a soberania dos outros Estados. O direito Internacional, de certa forma, contribui para relativizar a soberania do Estado, uma vez que a comunidade internacional confere ao Estado Moderno o dever de observância, acima de seus próprios interesses, aos interesses comuns da humanidade<sup>2</sup>.

Dallari afirma que a ação soberana dos Estados é delimitada pelo território. Considera a ordem jurídica do Estado, por ser a única que tem soberania, a mais eficaz, pois depende dela aceitar ou não a aplicação, dentro dos limites territoriais deste Estado, de normas jurídicas externas. No entanto, o autor pondera que “há casos em que certas normas jurídicas dos Estados [...] atuam além dos limites territoriais, embora sem a possibilidade de concretizar qualquer providência externa sem a permissão de outra soberania” (MERCADANTE; MAGALHÃES, 1999, p. 76). Estes casos, onde as normas de um Estado atuam além dos limites territoriais, tendem a ocorrer nas situações que se referem aos direitos dos indivíduos, como é o caso dos direitos fundamentais do homem, por exemplo.

Embora investido de poder soberano, o Estado deve ser governado com retidão, respeitando as leis naturais, o interesse público e a propriedade. A soberania é limitada pelo direito internacional ou direito das gentes, isto é, pelas leis dos homens que são comuns a todos os povos.

Nas últimas décadas pôde-se perceber uma evolução da concepção de soberania no sentido de que se passou de uma noção de soberania unicamente política para uma noção jurídica do termo. O poder soberano passou a preocupar-se em ser legítimo, em ser jurídico. Segundo essa concepção não há Estados mais fortes ou mais fracos, uma vez que para todos a noção de direito é a mesma. A grande vantagem dessa conceituação jurídica é que mesmo os atos praticados pelos Estados mais fortes podem ser qualificados como antijurídicos, permitindo e favorecendo a reação de todos os demais Estados ((MERCADANTE; MAGALHÃES, 1999).

A soberania, como poder jurídico, passa a figurar nos ordenamentos dos Estados. Em nossa Constituição Federal, o princípio da soberania se encontra resguardado no artigo 1, I, demonstrando uma idéia de total independência de decisões. Mas com o desenvolvimento tecnológico das últimas décadas

---

<sup>2</sup> “A soberania então só existe quando incontestada, o que só pode ocorrer dentro de um território, e caberia ao direito fazer com que cada Estado pudesse exercer sua própria soberania sem interferir no exercício dos demais.” (MERCADANTE; MAGALHÃES, 1999, p. 439).

houve uma aceleração no processo de internacionalização. Com as transformações que vem sofrendo o Estado Moderno, a soberania, considerada não só como elemento do Estado, mas como sua razão de ser e de existir na ordem internacional, já não possui mais as características de antigamente.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, as mudanças no sistema internacional ensejaram novos debates em torno das relações internacionais. Baptista e Fonseca, no que diz respeito às relações entre os Estados, acreditam que “Dado essencial do direito internacional é o compromisso entre Estado e sociedade internacional. [...] Podem ocorrer divergências e colidências, mas a interação entre ambas as esferas é inevitável” (BAPTISTA; FONSECA, 1998. p. 288). Contudo, os mesmos autores declaram:

Não obstante tudo o que se publicou a respeito das mutações e possibilidade de reformulação do conceito de soberania – quer como anseio, quer como constatação – o Estado continua sendo o principal sujeito e agente do direito internacional, onde a prática dos Estados, e o conseqüente enquadramento jurídico desta, decorrerão da avaliação que faça cada governo de seus interesses. (BAPTISTA; FONSECA, 1998, p. 288).

Extemporâneo seria subordinar o Estado a imperativos de conduta, porém o movimento de globalização ocorrido nas últimas décadas ocasionou um estreitamento de fronteiras que não mais nos permite viver a concepção de soberania absoluta que nos era apresentada.

Saldanha (2005, p. 301) afirma que o “desenvolvimento da comunidade internacional em um ritmo de interação global, traz consigo um certo enfraquecimento do Estado”, flexibilizando o conceito de soberania. “A partir deste momento os Estados passam a dividir as relações de poder com outros entes, conformando um fenômeno de globalização [...] principalmente devido à modificação do entendimento do que seria a soberania estatal”.

A soberania continua sendo a força motriz das relações internacionais, porém com um novo caráter, impossível de ser entendido à luz do direito internacional clássico, que, regulando a prática diplomática, os direitos e as obrigações de beligerantes ou os modos de aquisição de territórios, se limitava tão-somente a dispor sobre a coexistência dos elementos constitutivos de uma totalidade inorgânica. O novo conceito de soberania depende hoje de imperativos fáticos que exigem maior coordenação das diversas partes de uma mesma estrutura orgânica, sob pena de comprometer-lhe irreversivelmente a existência. Em outras palavras, não é mais possível admitir que os Estados



ajam com total discricionariedade, apenas de acordo com os respectivos interesses nacionais, baseados numa filosofia imediatista, que tolera o desenvolvimento a qualquer preço, sem atentar para o equilíbrio entre atividade econômica e meio ambiente (MERCADANTE; MAGALHÃES, 1999).

Por tudo que se viu acerca da soberania, pôde-se perceber as evoluções em sua aplicação e conceito, antes unicamente político, agora, disciplinado juridicamente. Esse poder soberano jurídico se constitui um importante obstáculo às decisões arbitrárias ou pelo uso da força, pela força. De acordo com Dallari (1987, p. 72), a afirmação de soberania como sinônimo de independência “se apóia no poder de fato que tenha o Estado, de fazer prevalecer sua vontade dentro de seus limites jurisdicionais”. O autor afirma, no entanto, que a conceituação jurídica de soberania “se baseia na igualdade jurídica dos Estados e pressupõe o respeito recíproco, como regra de convivência”. Ademais tudo que se estudou até agora acerca das transformações do conceito de soberania, deve-se observar as mudanças ocorridas no modelo de Estado, que muito tem a ver com as mutações sofridas pela soberania.

A passagem do modelo de estado mínimo ao feitiço liberal clássico para o tipo de Estado de bem-estar Social impõe a reconsideração do fenômeno da soberania. [...] O caráter solidário do poder estatal, para muitos, substitui a sua característica soberana para incorporá-lo na batalha cotidiana de superação das desigualdades e de promoção do bem-estar social, percebido como um benefício compartilhado pela humanidade toda (STRECK; MORAIS, 2000, p. 126).

Definitivamente, o caráter soberano atribuído ao Estado deve ser revisto. Não mais se trata da formação de uma ordem absoluta, e sim, da transformação desta. No nível das relações internacionais percebe-se visivelmente a constituição de uma série de compromissos entre os Estados e não de soberania.

### 3 JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

No direito interno, a jurisdição está ligada diretamente ao elemento território, e, a competência, delimita o exercício desta jurisdição. Já, no direito internacional, jurisdição e competência se confundem, criando um conceito único. Internacionalmente, os Estados não são subordinados a um ordenamento, o que ocorre é um acordo entre os poderes<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> “Ao nosso ver, *jurisdição internacional* é uma prerrogativa estatal atribuída pelo ordenamento internacional que permite aos Estados estender seu controle sobre pessoas, recursos e eventos ocorridos fora de seu território. Depreende-se do “conceito” que as

O tema da solução de litígios internacionais, principalmente os que dizem respeito a conflitos relacionados aos problemas ecológicos, tem sido um dos mais tradicionais do Direito Internacional. Isso se deve, principalmente, à crescente preocupação dos Estados com a preservação do meio ambiente e às modificações ocorridas nas relações internacionais, tais como inovações acerca do conceito de soberania e a emergência das organizações intergovernamentais.

Com relação ao que se considera litígio internacional, não há até o momento uma conceituação definida. Podemos considerar, então, como conceito de litígio internacional “qualquer controvérsia, originária de conflitos de interesses, de qualquer natureza, entre dois ou mais Estados” (MERCADANTE; MAGALHÃES, 1999, p. 13). Estes conflitos de interesses podem tratar-se tanto de divergências na interpretação de normas internacionais, como também podem estar relacionados a situações de fato, que, por não haver a existência de regulamentação vigente, surja a necessidade de se estabelecer normas que os regule.

Ao se falar em resolução de conflitos internacionais, nos direcionamos especificamente aos mecanismos pacíficos para que se atinja a resolução desses conflitos. Se os Estados resolvessem optar pelo uso indiscriminado da força para alcançar seus ideais, toda a humanidade sairia prejudicada, uma vez que não existe hoje uma ordem superior que possa obrigá-los a agir juridicamente. Talvez tenha sido pelo reconhecimento dessa deficiência que, nos últimos tempos, tantas organizações internacionais dotadas de um órgão de poder tenham sido criadas. Essa inovação modifica profundamente a forma de relacionar-se dos Estados.

Os conflitos internacionais ambientais surgem a partir da reação de um ou mais Estados frente a um dano ao meio ambiente provocado por outro Estado que possa vir a comprometer seriamente a vida no Planeta. Por vezes também, os conflitos internacionais ambientais ocorrem a partir de atitudes de desrespeito a tratados acerca da proteção ambiental firmados por estes Estados ou diante de ações destes que venham a contrariar interesses políticos ou econômicos de determinado país. Nesse contexto, algumas correntes têm-se posicionado de forma favorável a uma jurisdição superior que venha a tomar decisões no âmbito internacional no sentido de buscar soluções para estes conflitos ambientais que têm surgido entre os Estados<sup>4</sup>.

---

regras de exercício de jurisdição internacional do Estado, embora ditadas pelo seu ordenamento interno, são limitadas pela ordem internacional.” (MERCADANTE; MAGALHÃES, 1999, p. 323).

Atualmente, a escolha dos meios para a solução pacífica de litígios fica a cargo da vontade soberana dos Estados-membros. Estes poderão optar, dentre as várias formas de solução para suas controvérsias, pelo que entenderem ser o melhor para a manutenção da paz e da segurança nacional (SALDANHA, (2005, p. 757)<sup>5</sup>.

Na tentativa de dirimir esses conflitos, conforme Sirvinskas (2002), os Estados vêm criando, por meio de acordos, convenções e normas de proteção ao meio ambiente, um Direito Internacional Ambiental. O autor conceitua direito internacional ambiental como “o conjunto de regras e princípios que criam obrigações e direitos de natureza ambiental para os Estados, as organizações intergovernamentais e os indivíduos” (SIRVINSKAS, 2002, p. 305).

O direito internacional ambiental nasceu de forma particularmente complexa, oriundo de um processo desordenado que tem sua origem em diferentes fontes, com normas de valores distintos, e superposição de regras tratando do mesmo tema, para as quais cada Estado vota a favor ou contra, inspirando-se em lógicas diferentes. (VARELLA, 2003, p. 21).

A Convenção de Viena<sup>6</sup> sobre o direito dos tratados regulamenta a forma como estes devem ser celebrados, impondo regras para a solução de litígios decorrentes do descumprimento dos mesmos. Hoje, havendo o descumprimento de uma regra ou princípio estabelecido, e na ausência de uma autoridade internacional que tenha competência para fazer cumprir as obrigações assumidas

---

<sup>4</sup> De acordo com Saldanha (2005, p. 154), o o Direito Internacional atua no sentido de manutenção da ordem e da paz entre os Estados: “O Direito Internacional age no sentido de proporcionar uma ordem na natural anarquia internacional, criando um modelo de conduta dos Estados em suas relações internacionais, buscando estabelecer uma política de apaziguamento, garantindo a segurança de Estados menos poderosos, igualando todos frente a um conjunto de normas internacionais.”

<sup>5</sup> “As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais”, reza o art. 33, § 1, da carta da ONU, “procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recursos a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.”

<sup>6</sup> A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, adotada em 22 de maio de 1969, codificou o direito internacional referente aos tratados. O projeto de convenção foi preparado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas e submetido pela ONU à apreciação da Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados. A Convenção entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980.

pelos Estados, a comunidade internacional, por intermédio da ONU, poderá intervir para que se cumpra o pactuado. A criação de tribunais para julgar ações que afetem a humanidade como um todo vem sendo uma constante desde a Segunda Guerra Mundial. Embora o surgimento de uma forma de jurisdição superior tenha gerado grande polêmica, não há mais discussões acerca da legitimidade dessas instituições.

É importante salientar que a jurisdição internacional é residual e somente se poderá recorrer a ela se a via procedimental doméstica do país vinculado já tiver sido esgotada. Ela só poderá ser instaurada se a jurisdição interna não se mostrar apta para solucionar a contento provável violação aos direitos inerentes a pessoa humana. O que ocorre é que, sendo a jurisdição uma manifestação de poder, implica ela diretamente com a questão da soberania nacional. Ao aderir a tribunais ou organizações internacionais na tentativa de dirimir algum conflito, primeiramente, o Estado deverá aceitar a jurisdição complementar desses órgãos, abrindo mão, em parte, de sua soberania. Todavia, o Estado possui a prerrogativa de defender a liberdade e a igualdade, características fundamentais da democracia, do Estado Democrático<sup>7</sup>.

Da mesma forma como o princípio da soberania confere poder aos Estados para que exerçam suas funções, os princípios da democracia, quais sejam liberdade e igualdade, garantem que todos os Estados são iguais perante as leis dos homens e de Deus e nenhuma ação unilateral que venha em detrimento dos direitos fundamentais dos homens deixará de ser punida sob alegações como a de independência e de autonomia do Estado. É importante salientar que a democracia é “a única sociedade e o único regime político que considera o conflito legítimo” de modo que ela não só analisa os conflitos de interesses como também “procura instituí-los como direitos” exigindo que sejam reconhecidos e respeitados. Ademais, os indivíduos das sociedades democráticas unem-se em associações e movimentos instituindo um “contrapoder social que [...] limita o poder do Estado” (VARELLA, 2003, p. 97).

As lutas históricas em prol da democracia nos mostram quão duro é alcançá-la, e muito mais do que isto, conservá-la. É evidente que a questão da democracia nasce lado a lado com o processo de formação da sociedade organizada e do

---

<sup>7</sup> “Da idéia de que somos - idealmente - iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia.” (VARELLA, 2003, p. 27).

Estado. Para tanto, basta ver [...] o lento processo de conquistas das liberdades e dos direitos humanos. Na tentativa de auxiliar ou forçar os Estados a cumprirem seu papel de Estados Democráticos, garantindo a organização estatal, a aceitação da legitimidade de uma jurisdição internacional com órgãos com competência de julgar e punir ações que venham a tolher ou desrespeitar a liberdade, a igualdade e os direitos humanos mostra-se essencial à concretização da democracia. Para a solução pacífica das controvérsias entre os Estados, como último recurso previsto nos tratados e convenções internacionais, depois de esgotados todos os outros, os Estados podem reportar-se a Corte Internacional de Justiça (VARELLA, 2003, p. 25).

A Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia, na Holanda, é o principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (ONU). Composta por 15 juízes internacionais, eleitos pela Assembléia Geral e pelo Conselho de Segurança para um mandato de 9 anos, a Corte possui funcionamento permanente e pode receber litígios de qualquer dos membros da ONU, ou de qualquer dos países que fazem parte do seu Estatuto, como também litígios movidos por Estados ou em desfavor de Estados que não façam parte da organização (DALLARI, 1987, p. 230).

Recorrer a Corte Internacional de Justiça, nos dias atuais, tem sido um meio indicado após o qual, caso a solução não se apresentar satisfatória para as partes, ainda se admite a utilização da conciliação.

Na verdade, o recurso à Corte Internacional de Justiça representa uma via de extremo formalismo, em que se discute a aplicação e execução de normas jurídicas preexistentes ao litígio, através de procedimentos igualmente preexistentes, sobre os quais os Estados-partes numa controvérsia não têm qualquer influência no sentido de instituir novas fases, novos prazos ou de modificar uma competência dos julgadores conforme estabelecida entre as Partes numa controvérsia; na verdade, trata-se da interpretação de aplicação do direito, por funcionários internacionais investidos de um poder jurisdicional permanente e independente da vontade “ad hoc” dos Estados-partes numa controvérsia. (MERCADANTE; MAGALHÃES, 1999, p. 38).

A Corte Internacional de Justiça foi instituída no ano de 1946 como um dos cinco órgãos permanentes da ONU. Ela possui uma jurisdição territorial universal e “competência para ‘quaisquer casos que as partes lhe submetam e em todas as matérias especialmente contempladas na Carta das Nações Unidas ou em tratados ou convenções em vigor’ (art. 36 do Estatuto da CIJ)” (MERCADANTE; MAGALHÃES, 1999, p. 39). O exercício da jurisdição da Corte Internacional de Justiça encontra, como principal problema, o fato de que ela

não se instala de forma automática, pela vontade de um Estado e contra a vontade de outro. Na prática, sempre há a necessidade de um compromisso de ambas as partes aceitando a jurisdição da Corte para que a mesma seja acionada. O simples fato de esta via de solução pacífica de controvérsias estar prevista em tratados e convenções internacionais, não proporciona a um Estado o direito de ativar unilateralmente aquele tribunal.

As vantagens de se recorrer a Corte para a solução de litígios estão na rapidez dos procedimentos, principalmente os acautelatórios, e na segurança das decisões que vêm criando uma jurisprudência em nível internacional<sup>8</sup>.

Um dos temas que mais tem sido objeto de discussões e lides entre Estados são os problemas com a preservação do meio ambiente. A Corte Internacional de Justiça tem sido constantemente acionada em razão desses conflitos. Só pela Nova Zelândia, em um período de 20 anos, a Corte Internacional de Justiça, foi acionada por duas vezes, em 1974 e em 1995, em decorrência dos testes nucleares realizados pela França em áreas do Pacífico Sul. Embora a Nova Zelândia não tenha conseguido a condenação da França, esta sofreu inúmeras críticas de ecologistas do mundo inteiro, que solicitavam, ao menos, a diminuição do número de testes a serem realizados (MERCADANTE; MAGALHÃES, 1999). Argentina e Uruguai também, desde 2006, têm figurado constantemente como parte diante à Corte Internacional de Justiça. Isso porque em maio de 2006 a Argentina protocolou petição junto a Corte alegando supostas violações cometidas pelo Uruguai ao Tratado do Rio Uruguai firmado entre os dois países em fevereiro de 1975. O Tratado estabelece mecanismos para a melhor utilização da parte do Rio que é fronteira entre os países. A divergência entre eles iniciou a partir da autorização pelo Uruguai para a instalação de duas fábricas de celulose no rio. A Argentina apóia-se na alegação de que as fábricas irão prejudicar o meio ambiente poluindo o rio. A Corte, embora não tenha reconhecido o risco iminente levantado pela Argentina de que a instalação das fábricas de celulose possa gerar danos irreparáveis ao meio ambiente, deixou claro que o Uruguai será responsável por qualquer conseqüência danosa ao rio (CAPELLI, 2007).

---

<sup>8</sup> “Suas vantagens em relação aos outros meios de soluções de litígios continuam vigentes: a urgência nos procedimentos em geral e naqueles acautelatórios (uma vez que se trata do exercício de funções normais de um órgão composto de julgadores pré-constituídos e de caráter permanente, com normas procedimentais vigentes e sem possibilidade de alterações pelas Partes na controvérsia), e constituir-se uma fonte segura de desenvolvimento de uma jurisprudência relativamente uniforme em Direito Internacional.” (MERCADANTE; MAGALHÃES, 1999, p. 42).

Como se pôde perceber, a Corte Internacional de Justiça desempenha um papel de extrema importância na solução pacífica de controvérsias na esfera internacional, principalmente no âmbito das questões ambientais, cujas divergências se tornam cada vez mais freqüentes, resultado da não preservação dos recursos naturais, já escassos em nosso planeta.

#### 4 A INGERÊNCIA ECOLÓGICA NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS INTERNACIONAIS AMBIENTAIS

A palavra ingerência tem por significado intervenção, interferência. Ingerência, no plano internacional, é a possibilidade de intervenção nas questões internas do Estado. Atingindo diretamente “a noção de soberania”, e visando proteger os direitos humanos, a ingerência tende a diminuir “a área de atuação do Estado” (BAPTISTA; FONSECA, 1998, p. 359).

O conceito de direito de ingerência encontra-se juridicamente justificado nos capítulos VI e VII da Carta da ONU e vem sendo amplamente utilizado pelas Nações Unidas desde o início dos anos 90<sup>9</sup>. A noção de ingerência entre Estados surgiu no domínio humanitário, única situação em que saiu do simples conceito e desenvolve íatvidades, ditas por alguns, nada positivas para a humanidade. E, com as intervenções em nome do direito humanitário praticadas por países como os Estados Unidos, da forma como os acontecimentos internacionais têm ocorrido, chegamos ao extremo de desprezar a existência de um direito humanitário<sup>10</sup>.

Diferentemente da ingerência humanitária, a ingerência ecológica têm muito mais possibilidades de ser efetivada, unicamente pela necessidade do homem

---

<sup>9</sup> “Antes, falava-se de um direito de intervenção somente nos casos em que a paz estava ameaçada, e se tratava sobretudo da legítima defesa e da legítima defesa coletiva, previstas pela Carta das Nações Unidas. Gradualmente, o conceito ampliou-se, atingindo outros domínios baseados no direito de assistência humanitária, com uma infinidade de possibilidades, como assistência em casos de catástrofes naturais, catástrofes políticas, construção da democracia, luta contra o terrorismo, chegando hoje a novos conceitos, como o meio ambiente ser considerado um direito do homem ou, ainda, como um valor em si mesmo.” (VARELLA, 2003, p. 91).

<sup>10</sup> “Mas se este tipo de direito de ingerência, até aqui limitado a um domínio para o qual parecia haver sido concebido, não conseguiu impor-se apesar de seu uso, tão amplo quanto inútil, parece que se perspectiva um novo domínio de intervenção, em virtude da incrível e inmensurável estupidez da espécie humana, que acabou mesmo por comprometer as suas hipóteses de sobrevivência num planeta, o único que lhe permitiu existir até agora.” (BACHELET, 1995, p. 269).

em garantir sua própria existência. O direito de ingerência se impõe diante da ineficácia do Estado em proteger seu meio ambiente ou de fazer com que seus nacionais o façam. A Ingerência Ecológica é vista por muitos como solução aos conflitos internacionais ambientais e ou como prevenção a futuros problemas ambientais que possam a vir comprometer a vida no planeta<sup>11</sup>.

De acordo com a situação histórica, a noção de soberania é manipulada para atender a diferentes fins, porém nem sempre no sentido de proteger os mesmos seres humanos que formam este estado de riscos como os problemas ecológicos, por exemplo. A tolerância pacífica dos cidadãos diante dos riscos ecológicos mundiais demonstra que o próprio homem não consegue vislumbrar os efeitos gerados pelos seus comportamentos ambientais suicidas, quer porque os Estados manipulam a realidade catastrófica do ambiente, quer porque se ignora o sentido da responsabilidade perante aqueles que virão depois de nós. Em conseqüência, mais que a mobilização dos Estados à volta de ações concretas, que o permitirá definir suas estratégias ambientais, é necessário superar a contradição entre o local e o global para possibilitar a coexistência pacífica das vontades de conquista. A humanidade tem problemas em comum a resolver, por isso, a responsabilidade do homem perante o meio ambiente deve ser encarada pelo ângulo da solidariedade planetária e da harmonia (COLOMBO, 2006).

Bachelet (apud BAPTISTA; FONSECA, 1998, p. 24) afirma que o Estado pode reger as pessoas e os bens que estão em seu território por meio do estabelecimento de normas jurídicas que administram o comportamento das pessoas, porém, mesmo sendo reconhecida esta liberdade de agir do Estado como absoluta, ela esbarra no “contexto do direito internacional e dos costumes respeitados por todas as potências”. O limite da soberania está no direito dos outros. O meio mais adequado para respeitá-lo consiste, especialmente, em proteger o próprio meio ambiente, lembrando, aliás, que não são só as gerações presentes que têm direito ao desenvolvimento (SILVA, 2000, p. 64).

A trajetória histórica dos conflitos entre Estados nos leva a afirmar que soberania e ingerência são dois opostos que se complementam e que sempre

---

<sup>11</sup> “Abandonar, em parte, a ortodoxia da soberania em proveito de uma nova forma de reger o comportamento das relações entre Estados deriva de uma necessidade de organizar a vida internacional em função dos novos fatores que caracterizam essas relações que, decididamente, apenas têm um único meio de existência que sabemos agora ser precíval: a Terra.” (BAPTISTA; FONSECA, 1998, p. 22).



andaram lado a lado. A sucessão de soberanias e ingerências misturadas com dados sociais, culturais, econômicos é que criaram a história dos Estados. Poderíamos dizer que uma só existe em função da outra. Não se trata de suprimir um instituto jurídico e substituí-lo por outro. Mas no fato de que há várias atitudes estatais possíveis para eliminar os riscos de prejudicar a natureza de forma definitiva se alguns Estados se concretizarem pela omissão de outros ou de operadores econômicos colocados sob sua soberania (BACHELET, 1995, p. 25).

Não havendo um poder supranacional disponível para forçar os Estados a protegerem os direitos fundamentais, a ingerência poderá se constituir num mecanismo comum de proteção do meio ambiente. Outro ponto de sustentação da ingerência está na proteção dos indivíduos acima da nacionalidade, do país do qual ele faça parte. Mesmo porque, o meio ambiente é patrimônio comum da humanidade e os danos ambientais não obedecem aos limites territoriais dos Estados. De fato, a necessidade de agir internacionalmente em prol do meio ambiente impõe-se como um dever e não apenas como um direito. A imposição do respeito pelos direitos do homem na ordem interna de cada Estado carece mais da vontade de utilizar os meios jurídicos disponíveis do que propriamente a ausência destes. E o papel do direito internacional é fazer com que os Estados respeitem as regras que eles próprios declararam primordiais e universais (COLOMBO, 2006, p. 383).

A ingerência pode ser considerada tanto como um direito dos Estados, como também como um dever destes. “Neste sentido, a ingerência é um direito à medida que diante da omissão de um Estado o outro pode dela se socorrer; é um dever porque a responsabilidade pela proteção do meio ambiente é compartilhada” (COLOMBO, 2006, p. 384). Mesmo a ingerência constituindo-se em direito e em dever dos Estados, estes ainda encontram-se temerosos em acolhê-la, pois ela intervém diretamente na soberania estatal e na autonomia de território.

Faz-se importante salientar que não ocorre a ingerência quando a intervenção constar de convenções internacionais ou em tratados, situação em que o que foi pactuado tem força de lei, ou também quando um Estado solicita a assistência de outro ou de agentes internacionais. O elemento definidor da ingerência está na intervenção de um Estado nos assuntos internos de outro, com o fim de proteger os direitos do homem e evitar a concretização de danos ao meio ambiente. Então, estamos no direito de propor, no caso de riscos maiores, uma outra possibilidade de intervenção, a da ingerência, sobretudo em relação aos atos preventivos destinados a impedir a realização

efetiva de um dano com importantes dimensões físicas e humanas (BACHELET, 1995).

Pioneiro nos estudos acerca da ingerência ecológica, Michel Bachelet, discorre a respeito da possibilidade da intervenção constituir-se num direito de agir mesmo sem o consentimento do Estado afetado. Até aqui, não existe, pois, nenhum direito específico que autorize a intervenção armada unilateral de um Estado noutro, para pôr fim a violações reconhecidas todavia como intoleráveis pela humanidade. “Em compensação, o caráter internacional dos principais riscos ecológicos poderia acelerar a tomada de consciência que é tempo de os Estados fazerem” (BACHELET, 1995, p. 45). O meio ambiente, por ser um problema global, se constitui num domínio que invoca a ingerência. Mesmo assim, a maioria dos doutrinadores não defende explicitamente a ingerência, e sim uma obrigatoriedade da responsabilidade em relação ao meio ambiente, reforçando a idéia de cooperação, de forma a impedir a expansão de uma ingerência militar, a qual poderia ser extremamente negativa para os países mais fracos que acabariam se tornando um alvo constante de intervenções (VARELLA, 2003).

Conforme Bachelet, os Estados nada teriam a temer diante de mecanismos de ingerência, vistos por este como recurso essencial para o desenvolvimento dos mesmos. Não se trata, pois, de ir ao encontro dos interesses de um país, decidindo aquilo que é bom ou mau para o seu desenvolvimento, mas sim de intervir quando o perigo é suficientemente grave em relação aos meios de que ele dispõe para gerir o risco, evitando a sua concretização, ou assegurando o regresso à normalidade quando a catástrofe se produziu (BACHELET, 1995). As catástrofes, antes atribuídas a fatalidades ou à vontade divina, hoje são imputadas ao descomprometimento do homem com a natureza. Infelizmente, para que os Estados venham a se preocupar com alguma questão ambiental é necessário que ocorra alguma tragédia, fazendo grande número de vítimas.

A natureza não suportará por muito tempo ainda a violação dos seus direitos, ela desaparecerá e com ela o seu algoz, o homem, tão pouco respeitador daquilo que o faz viver e, isto, antes que ele tenha tido tempo de se encafiar num foguetão gigante para destruir o resto do universo (BACHELET, 1995). A proteção e a conservação da biosfera e conseqüentemente dos humanos incumbem tanto ao Estado como aos cidadãos. Ambos encontram-se como gestores e utilizadores, defensores comuns dos interesses ecológicos da coletividade nacional e internacional. Por isso, tanto o Estado como o indivíduo poderão agir para a melhoria das condições ambientais. “O ambiente é, pois, um novo exercício da democracia” (BACHELET, 1995, p.

73). Doravante, o homem começa a compreender que o seu comportamento ambiental é muito mais perigoso do que imaginava. É chegado o momento de se comprovar mais uma vez a teoria de que para toda ação existe uma reação, e muito embora no meio ambiente as reações às ações do homem não ocorram de forma tão instantâneas, elas são imensuravelmente graves e irreversíveis. A questão do meio ambiente deve ser tratada como um problema de patrimônio comum, por autoridades e jurisdições internacionais<sup>12</sup>.

A concepção de Organizações Internacionais que gerenciem os recursos naturais da Terra se harmoniza plenamente com a necessidade de superar a realidade atual, a fim de modificar a política de desenvolvimento global, que deve ser baseada na idéia de que os recursos da terra e dos oceanos são heranças da humanidade, subordinando a utilização destes recursos naturais à manutenção do bem comum do povo. “Por sua própria natureza, o meio ambiente é um tema que tende a desprezar fronteiras jurídico-políticas dos Estados; assim, as normas internas dos Estados tendem a conformar-se com exigências e padrões internacionais” (GUERRA, 2006, p. 377). Em âmbito internacional, o primeiro grande passo dado para a tutela jurídica do meio ambiente foi por meio da declaração sobre o Ambiente Humano, lançada na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo em 1972, tendo importância equivalente a Declaração dos Direitos do Homem (BAPTISTA; FONSECA, 1998).

O Brasil sempre esteve na vanguarda das discussões ambientais. A Constituição Brasileira acolheu expressamente aos princípios da Declaração de Estocolmo por meio de seu artigo 225. Também na ECO 92<sup>13</sup>, foram lançadas a Declaração do Rio e a Agenda 21, “cujos objetivos principais foram os de criar regras internacionais que assegurassem, no âmbito mundial, a proteção ao meio ambiente”, garantindo assim “aos países menos ricos o direito ao desenvolvimento, mas evitando” a “degradação ambiental” (BAPTISTA; FONSECA, 1998, p. 920). A globalização do meio ambiente que

---

<sup>12</sup> “Em conferências internacionais sucessivas se vai dando a identificação das áreas críticas e a identificação inicial com as áreas críticas. [...] Nasce assim a percepção e o reconhecimento do patrimônio comum não excludente universal. [...]. De qualquer forma, está lançada a idéia de que os recursos e riquezas naturais do Leito do Mar e do Fundo dos Oceanos e de seus subsolos além dos limites da jurisdição nacional devem ser declarados herança e patrimônios da Humanidade.” (BAHIA, 1978, p. 172).

<sup>13</sup> Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente realizada no Rio de Janeiro entre 3 e 14 de junho de 1992.

a Declaração de Estocolmo tinha tentado sistematizar foi consolidada pela Declaração do Rio. Ambas contribuíram significativamente para a conscientização mundial acerca da importância da proteção e preservação do meio ambiente tendo originado um “impressionante desenvolvimento normativo” (GUERRA, 2006, p. 378).

Um dos maiores desafios da sociedade moderna e dos Estados é conciliar a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento econômico. E o Direito Internacional Ambiental tem a função de estabelecer mecanismos de controle que possibilitem alcançar um ponto de equilíbrio entre economia e meio ambiente. Neste intuito também são realizadas conferências e criados acordos e tratados internacionais efetivando e defendendo a observação das normas de proteção do ambiente. A partir da análise dos diversos tratados existentes em matéria de Direito Ambiental Internacional, a cooperação internacional é um tema de especial relevância, principalmente porque ações isoladas de um ou de alguns países em defesa do meio ambiente poucos resultados produzirá na contenção de problemas como poluição do ar, contaminação das águas e do solo e extinção de espécies da fauna e flora do planeta.

A cooperação internacional, em matéria ambiental, nada mais é que o reflexo vivo do reconhecimento da “dimensão transfronteiriça e global das atividades degradadoras exercidas no âmbito das jurisdições nacionais”, cujas seqüelas podem alcançar muito além do previsto. Isso significa que o princípio da cooperação internacional reflete as tendências ditadas pelo conjunto da ordem internacional contemporânea, dada a interdependência crescente entre as nações, à procura de um equacionamento e da solução de problemas que transcendem as fronteiras nacionais e a geopolítica tradicional (MILARÉ, 2007, p. 1164). A necessidade de cooperação internacional foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da inclusão do capítulo VII - Da Cooperação Internacional, na Lei 9605/98 (Lei de Crimes Ambientais). Reza o seu artigo n. 77: “Resguardados a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, o Governo brasileiro prestará, no que concerne ao meio ambiente, a necessária cooperação a outro país, sem qualquer ônus” (BRASIL, 1998).

Existem hoje inúmeras entidades que atuam internacionalmente no sentido de mobilizar a opinião pública para a necessidade de cooperação entre os Estados. É o caso das ONGs (Organizações não-governamentais), que são um meio “legal de controle popular das relações internacionais travadas entre os Estados, a partir do momento em que as políticas externas passam a ser desenvolvidas e implementadas às claras pelas nações” (MILARÉ, 2004, p. 107). A Agenda 21, principal resultado da ECO 92, dedicou o capítulo número

27 inteiro “ao fortalecimento do papel das organizações não-governamentais, enquanto parceiros para um desenvolvimento sustentável” (MILARÉ, 2004, p. 108).<sup>60</sup>. Os direitos essenciais do homem não emanam do fato de ele ser nacional de um determinado Estado, mas, sim, por sua condição de pessoa humana. A preservação do meio ambiente como fundamental a garantia de qualidade de vida e dignidade do homem merece proteção que transcende as fronteiras que o cercam.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, existem muitas medidas que os Estados podem tomar para a resolução de conflitos em nível internacional. Quando esgotados ou ineficazes os recursos internos, os Estados poderão recorrer aos Tribunais Internacionais como a Corte Internacional de Justiça. Trata-se de uma via extremamente formal, na qual serão discutidas a existência e a aplicação de normas jurídicas que já existiam anteriormente ao litígio. As decisões tomadas por estes órgãos de jurisdição superior, no entanto, não poderão jamais ser desvinculadas ou antijurídicas. A soberania dos Estados, embora tenha passado por um processo de relativização nas últimas décadas, continua sendo sinônimo de supremacia de poder e de igualdade de direitos. A ingerência ecológica possibilitaria a intervenção nas questões internas dos Estados com o objetivo de defender os interesses da coletividade. Ela implica diretamente na noção de soberania do Estado e possibilita a proteção a direitos do homem tais como o direito a um meio ambiente equilibrado e à qualidade de vida.

As possibilidades de a ingerência ecológica ser efetivada são grandes e isso resulta da necessidade do homem em garantir a sua existência. Muito se tem falado em internacionalização dos problemas ecológicos e muitos esforços para a conscientização acerca da importância da preservação e da cooperação entre os povos têm sido feitos por órgãos como a ONU e as ONGs. O reconhecimento da importância da cooperação internacional significa também o reconhecimento de que as atividades degradadoras do meio ambiente possuem dimensões além das fronteiras dos Estados, o que justificaria a prática da Ingerência Ecológica.

A vida na Terra encontra-se seriamente ameaçada e qualquer instrumento que auxilie na preservação do meio em que vivemos, desde que de forma pacífica e ponderada, deve ser acolhido e empregado. Qualquer atividade lesiva à natureza, independentemente do território ou Estado que esteja ocorrendo, deve ser reprimida. E o Estado possui o dever de implementar políticas de meio ambiente que observem os princípios do desenvolvimento

sustentável e da proteção das riquezas naturais e do meio ambiente, educar e conscientizar a população nesse sentido, fiscalizando e punindo quando necessário. Aos homens, destruidores de si próprios, para que não dificultem a sobrevivência das gerações futuras, uma só medida se faz necessária: a adoção de uma postura de responsabilidade pela vida.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Nuno Ramos de. *As migalhas dos milhões*. Disponível em: <[http://www.be-global.org/global/GLOBAL6\\_G8\\_0507.htm](http://www.be-global.org/global/GLOBAL6_G8_0507.htm)>. Acesso em: 20 maio 2007.

ARIOSI, Mariângela F. Direito Internacional e soberania nacional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 498, 17 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5942>>. Acesso em: 4 ago. 2007.

BACHELET, Michel. *Ingerência ecológica: direito ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BAHIA, Luiz Alberto. *Soberania, guerra e paz*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto F. da. *O Direito Internacional no Terceiro Milênio*. São Paulo: LTr, 1998.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 13 fev. 1998.

CAPELLI, Sílvia. *Corte Internacional de Justiça não acolhe ação cautelar proposta pela Argentina contra o Uruguai no caso das fábricas de celulose no Rio Uruguai*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/atuacaomp/noticias/id8405.htm>. Acesso em: 27 setembro 2007.

COLOMBO, Silvana. O Direito de Ingerência. In: ESTUDOS de Direito Internacional: anais do 4 Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2006. v. 8.

CORRÊA, Darcísio; BACKES, Elton Gilberto. Desenvolvimento sustentável: em busca de novos fundamentos. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; PAVIANI, Jayme (Org.). *Direito Ambiental: um olhar para a cidadania e sustentabilidade planetária*. Caxias do Sul: EducS, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Ambiental em Evolução*. Curitiba: Juruá, 2002. v.2

GUERRA, Sidney. A “Globalização” do Meio Ambiente. In: ESTUDOS de Direito Internacional: anais do 4 Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2006.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. São Paulo: Necin-Capes; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. v. 2.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MILARÉ, Edis; LOURES, Flavia Tavares Rocha. O Papel do Terceiro Setor na proteção jurídica do ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n 35, p. 96-122, 2004.

PERINI, Raquel Fratantonio. A soberania e o mundo globalizado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 76, 17 set. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4325>>. Acesso em: 4 ago. 2007.

SALDANHA, Eduardo. *Teoria das Relações Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTILLI, Marcio. *Clima e florestas: é hora de avançar*. Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/nsa/direto/direto\\_html?codigo=2007-05-16-191100](http://www.socioambiental.org/nsa/direto/direto_html?codigo=2007-05-16-191100)>. Acesso em: 20 maio 2007.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. *Redefinição de Soberania*. Disponível em: <<http://www.ultimaarcadenoe.com/redefinicaoosoberania.htm>>. Acesso em: 14 abril 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Econômico Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.





---

## DIREITO TRIBUTÁRIO AMBIENTAL: BENEFÍCIOS FISCAIS ÀS EMPRESAS PARA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE\*

## ENVIRONMENTAL TRIBUTARY LAW: FISCAL BENEFITS TO COMPANIES FOR PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ENVIRONMENT

Samia Moda Cirino\*\*  
Marlene Kempfer Bassoli\*\*\*

**Resumo:** Demonstra que para a concretização do direito fundamental ao meio ambiente é necessário que o Estado intervenha na Ordem Econômica a fim de implementar políticas ambientais que redirecionem a racionalidade da iniciativa privada e consumidores a práticas ambientalmente desejáveis. Para tal finalidade, enfatiza-se a eficiência dos instrumentos econômicos por intermédio dos institutos do Direito Tributário Ambiental. Por meio da instituição de tributos ou pela concessão de benefícios fiscais é possível a indução a práticas ambientalmente adequadas. Constata que a política tributária ambiental no Brasil deve ocorrer por intermédio de benefícios fiscais, instrumentos mais apropriados para desestimular a poluição e fomentar práticas ambientais responsáveis.

**Palavras-chave:** Benefícios fiscais. Tributos Instrumentos econômicos. Responsabilidade social.

**Abstract:** This work demonstrates that, for the materialization of the fundamental right to environment, it is necessary that the State intervenes in the Economic Order so as to implement environmental policies that redirect both private initiative and consumers to desirable practices. For such an aim, the efficiency of economic instruments is emphasized by means of the Environmental Tributary Law. Through tributes or concession of fiscal benefits it is possible to induce appropriate practices. This research

---

\* Artigo extraído da Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Estadual de Londrina, de autoria do primeiro, sob a orientação do segundo.

\*\* Mestre em Direito Negocial, na área de concentração em Direito Empresarial.

\*\*\* Doutora em Direito do Estado - Direito Tributário pela PUC-SP. Professora dos Programas de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Londrina - UEL e da Universidade de Marília - UNIMAR.

confirms that the environmental tributary policies in Brazil should take the form of fiscal benefits, instruments considered more appropriate to discourage pollution and foment responsible environmental practices.

**Keywords:** Fiscal incentive. Tributes Economic instruments. Social responsibility.

## 1 INTRODUÇÃO

A relação homem-natureza é marcada por profundos problemas oriundos, em grande parte, de uma racionalidade instrumental de cunho utilitarista que encara o homem como um ser situado fora da natureza. Em busca do desenvolvimento econômico e social, a natureza é explorada esquecendo que o ser humano dela depende para a sua sobrevivência e qualidade de vida. Ainda que nessa relação o homem altere o meio ambiente, este, por sua vez, também provoca alterações no homem. O fundamento relacional que une o homem e a natureza é a influência recíproca que um exerce sobre o outro.

A atividade econômica também é dependente do meio ambiente, seja como fonte de recursos naturais ou como depósito para os resíduos resultantes da produção e do consumo, o que evidencia a constatação de que o processo econômico tende a esbarrar irreversivelmente em restrições ambientais. A perspectiva, pois, concentra-se na busca do direcionamento do modelo econômico a soluções baseadas em incentivos que encorajem os comportamentos ambientalmente desejáveis.

As relações humanas no nível do domínio econômico estão sendo pressionadas pela opinião pública a adotarem uma conduta ética na sua atuação co-responsável para com a sociedade e o meio ambiente. A busca de excelência pelas empresas passa a ter como objetivos a qualidade nas relações e a sustentabilidade econômica, social e ambiental. Essas mudanças fazem crescer o número de empresas que se voltam à chamada responsabilidade social. Trata-se de uma forma diversa de conduzir os negócios, levando em conta os interesses de um conjunto maior de partes interessadas, tornando-se co-responsáveis pelo desenvolvimento econômico, social e cultural da sociedade.

Mas essa ainda não parece ser a mentalidade predominante na gestão empresarial. Devido a uma inadequada avaliação econômica muitas empresas não se preocupam com as externalidades negativas que causam ao meio ambiente. É nesse sentido que emerge o papel do Estado de intervir sobre a Ordem Econômica a fim de garantir o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, expresso no Art. 225 da Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna brasileira no Art. 174 permite que o Estado intervenha na seara econômica a fim de concretizar os princípios orientadores da Ordem Jurídico-Econômica. De tal modo, analisando o Art. 170, VI, verifica-se que há autorização constitucional para a intervenção do Estado sobre a economia para implementar políticas públicas ambientais com finalidade de proteger e induzir condutas dos agentes econômicos em relação ao meio ambiente.

Nessa atividade interventiva, o Estado tem à disposição instrumentos de duas ordens: instrumentos normativos e instrumentos econômicos. Verificada a necessária conjugação desses mecanismos para uma política ambiental adequada, confere-se, nesta pesquisa, maior ênfase aos institutos do Direito Tributário Ambiental. Isso em razão da tributação ter o potencial de induzir o contribuinte a práticas sociais e econômicas adequadas à preservação e recuperação da qualidade do meio ambiente.

Entretanto, o cerne da questão no Direito Tributário Ambiental é se a proteção do meio ambiente deve ocorrer pela instituição de novos tributos ou por meio da concessão de benefícios fiscais. Embora a tributação ambiental seja um importante instrumento para concretizar o princípio do poluidor-pagador, levando as empresas a internalizarem os custos sociais, diante da realidade econômico-social brasileira, não parece ser o melhor caminho a majoração da carga tributária. Políticas públicas afirmativas consubstanciadas em benefícios fiscais podem trazer resultados mais eficientes para a preservação do meio ambiente, pois são calcados em atrativos econômico-financeiros que, sem asfixiar a atividade econômica, inserem na iniciativa privada e consumidores a mentalidade ambiental.

## 2 RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA

Os problemas ambientais apresentam-se como uma das principais ameaças da atual sociedade. Esse fato tem modificado as bases do mundo dos negócios. Todas as fases da atividade econômica passaram a ser rodeadas por outras expectativas, isto é, por outros agentes e considerações. Essa é a nova configuração que se impõe às empresas: ética e responsabilidade para com a sociedade e o meio ambiente.

Um novo modelo de empresa está sendo exigido tanto por grupos sociais de pressão, quanto pelo próprio consumidor. Diante dessas mudanças, cresce o número de empresas que se voltam à chamada responsabilidade social. Frisa-se, de início, que esse termo abrange tanto as ações especificamente sociais (como educação, lazer, cultura, qualificação profissional), como aquelas voltadas à proteção do meio ambiente.

Felipe Corrêa e João Ricardo Medeiros (2003) definem a responsabilidade social da empresa como uma forma de conduzir seus negócios, de modo a tornar-se parceira e co-responsável pelo desenvolvimento econômico, social e cultural da sociedade. Essa empresa-cidadã busca os interesses das diferentes partes interessadas ou *stakeholders* (acionistas, funcionários, fornecedores, consumidores, comunidade, governo e meio ambiente) incorporando-os no planejamento de suas atividades, atendendo, portanto, às demandas de todos os envolvidos e não apenas dos acionistas ou *shareholders*.

Quando se fala em responsabilidade social é preciso cuidado para não confundi-la com a função social ou obrigação social imposta pela legislação às empresas. Uma empresa somente deve ser considerada socialmente responsável quando vai além da obrigação de respeitar as leis, pagar tributos e observar as condições adequadas de segurança e saúde para os trabalhadores. A obrigação social corresponde, portanto, àquilo que a empresa faz pelo social em vista de uma previsão legal. Já a responsabilidade social pressupõe que a empresa considere as metas econômicas e sociais nas suas decisões e vá além dos limites da legislação.

As ações sociais implementadas pelas empresas ainda são muito questionadas quanto a sua legitimidade. Nos moldes em que são realizadas, tratam-se apenas de uma questão de marketing beneficente, ou seja, uma estratégia de mercado eficiente a fim de construir uma imagem pública positiva. Embora o marketing beneficente seja um importante instrumento na inserção e promoção de uma empresa ou produto em um mercado, a responsabilidade social não deve ser reduzida a uma mera estratégia mercadológica.

A responsabilidade social não expressa uma ação emergencial e pontual das empresas de ajudar o social. Pelo contrário, reflete uma perspectiva consciente das empresas de incorporarem em sua mentalidade e na de seus colaboradores a busca do bem-estar da população, por perceber que o próprio desenvolvimento da organização depende da sociedade à qual pertencem. Adquirida essa mentalidade, tal responsabilidade deve ser traduzida em estratégias e atitudes cotidianas que coloquem em prática os citados valores e objetivos, instituindo órgãos de avaliação permanente de sua gestão social e, principalmente, implementando consultas à comunidade, possibilitando, assim, que a população também participe desse processo.

Contudo, a ética, antes de ser um valor inerente ao negócio, ainda é entendida como mais um recurso a ser utilizado para atingir os objetivos empresariais. Além disso, a participação dos cidadãos beneficiários na elaboração de projetos sociais ainda é muito tímida, quando não é inexistente. Essa racionalidade estratégica faz que as empresas estabeleçam com a sociedade

uma relação hierarquizada, com a determinação quase unilateral de procedimentos e metas, ao invés de uma interação participativa, a qual pressupõe um diálogo aberto para a busca de um consenso entre as partes (FABIÃO, 2003).

Não se busca com esse posicionamento transformar as empresas em organizações não-governamentais. Para se compatibilizar lucro com responsabilidade social, é importante enfatizar que a definição de responsabilidade social não se coloca como uma questão de deixar de realizar lucros, não é uma autotributação ou uma oposição ao comportamento maximizador de riquezas (GUALTIERI et al., 2003). Não serve para uma nova ordem da economia mundial a mera ética da economia idealista, para a qual é suficiente uma motivação puramente moral, mas que não leva adequadamente em conta a ordem econômica dada e o que é concretamente viável num sistema econômico altamente complexo. Não adianta levantar exigências morais que carecem de toda racionalidade econômica e que, portanto, não consideram as leis próprias da economia.

Uma atividade econômica responsável consiste em unir estratégias econômicas com o julgamento ético. Esse novo paradigma de *ethos* econômico passa a ser concreto quando, não obstante a legitimidade do lucro, analisa o agir econômico para ver se não ofende bens e valores mais elevados, se é social e ecologicamente aceitável (KÜNG, 1999). Da arte da atividade econômica bem-sucedida faz parte avaliar não apenas os efeitos intencionados (como o aumento da produção), mas também os efeitos não intencionados, que muitas vezes são extremamente graves (como a poluição ambiental). Hans Küng (1999) destaca:

A ética empresarial agora deve ser concebida como a base normativa interna de toda bem-sucedida estratégia empresarial legítima, responsável e com sentido prático para a vida – de certa forma como o piso de valores sobre o qual assenta uma política empresarial e estratégica de negócios (p. 409).

### 3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O direito ao meio ambiente consubstancia-se em um direito fundamental de terceira dimensão. Bonavides (2003) lembra que esses direitos nascem da consciência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, ou em fase de precário desenvolvimento, o que levou a reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, paz, meio ambiente, comunicação e patrimônio comum da humanidade. Fundados no valor

fraternidade e dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, cristalizam-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por destinatário o próprio gênero humano.

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão nas bases das Constituições democráticas modernas. Nesse sentido, também a Constituição Federal de 1988, no Capítulo VI, Art. 225, trouxe inúmeras inovações ao ordenamento jurídico brasileiro referente ao direito fundamental ao meio ambiente. Primeiramente erigiu o meio ambiente à condição de bem do uso comum do povo, conferindo a todos o direito de tê-lo ecologicamente equilibrado. Em contrapartida, requereu uma maior participação da sociedade para a tutela ambiental, na medida que determinou sua defesa e preservação para as presentes e futuras gerações tanto ao Poder Público como à coletividade. Buscou, igualmente, assegurar um desenvolvimento econômico e social sustentável, coibindo o uso indiscriminado e predatório dos recursos naturais. O Art. 225 não estabelece apenas um direito subjetivo, mas também uma imposição objetiva, um autêntico mandamento constitucional a ser cumprido pelo Poder Público e, mormente, pelos responsáveis por atividades degradantes da qualidade e equilíbrio ambiental.

Entre as mudanças na questão ambiental merece destaque o fato do legislador constituinte ter buscado inserir o conteúdo humano e social no conceito de meio ambiente. Ora, meio ambiente não se reduz aos elementos naturais (ar, água, terra etc.). Consoante ensina Paulo de Bessa Antunes (2005), deve ser compreendido como “o conjunto das condições de existência humana, que integra e influencia o relacionamento entre homens, sua saúde e seu desenvolvimento” (p. 75). Por isso que o conceito estabelecido na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente merece críticas, já que a definição legal considera o meio ambiente do ponto de vista puramente biológico, excluindo o aspecto social.

Em relação à natureza jurídica do bem ambiental, Celso Fiorillo (2004) explica que a Carta Magna consagrou no Art. 225 a existência de um bem que não é público nem particular, mas sim um bem de uso comum do povo. O direito ao ambiente é de cada pessoa, mas não somente dela, sendo, portanto, transindividual. Nesse contexto, Paulo Affonso Machado (2005) entende que o Poder Público passou a figurar não como proprietário de bens ambientais, mas como um gestor que administra bens que não são dele, e por isso deve explicar convincentemente sua gestão. Esse posicionamento impõe ao Poder Público o dever de prestar contas sobre a administração e a utilização dos

bens de uso comum do povo, bem como implica na necessidade de uma maior participação da sociedade na gestão do meio ambiente, já que o povo é o titular do bem ambiental.

Complementa-se que o objeto do direito estabelecido no caput do Art. 225 da Constituição Federal não é o meio ambiente em si, e sim o meio ambiente qualificado, equilibrado ecologicamente. Para Edis Milaré (2004) essa qualidade é que se converteu em um bem jurídico. A isso é que a Carta Magna definiu como “bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida”. Trata-se de bem de interesse público, dotado de um regime jurídico especial, enquanto essencial à sadia qualidade de vida e vinculado a um fim de interesse coletivo.

#### **4 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONOMICA PARA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

Diante do acirramento dos problemas sociais e ambientais a empresa ganhou novo papel, no sentido de buscar não apenas o crescimento econômico, mas também de promover ações socialmente responsáveis. Mas, devido a uma avaliação econômica errada, algumas empresas não se preocupam com as externalidades negativas que causam ao meio ambiente. Ou seja, empresas que não entendem a importância da responsabilidade social empresarial discordam a respeito da proteção do meio ambiente: para a maioria, reciclar é mais caro do que comprar novas matérias-primas; gerenciamento dos resíduos consome tempo e esforços que poderiam ser alocados aos processos produtivos.

Enquanto essa responsabilidade não é atingida, é necessário que o Estado intervenha na ordem econômica voltando os agentes econômicos a práticas ambientais mais adequadas. A redação dada ao Art. 170 da Constituição Federal demonstra a opção do legislador constituinte por uma ordem econômica liberal e modo de produção capitalista. Entretanto, a Constituição dá contornos próprios ao capitalismo, ajustando-o à exigências de razões econômicas e sociais. Para tanto, previu no Art. 174 a possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico, visando garantir o rol de princípios estabelecidos no referido Art. 170, dentre os quais destaca-se, no inciso VI, a proteção do meio ambiente.

O Art. 174 da Carta Magna fixa os limites da intervenção estatal. Prescreve que a ação interventiva do Estado no domínio econômico pode ocorrer como agente normativo e regulador da iniciativa privada. Para essas finalidades deve observar os princípios da ordem econômica informados no Art. 170 da Constituição.

Como agente normativo, o Estado impõe normas e mecanismos jurídicos de cunho preventivo e repressivo, visando evitar ou sanar possíveis condutas abusivas. A normatização apresenta-se como a produção de normas com o objetivo de instrumentalizar a realização das políticas econômicas adotadas pela Constituição.

Já na função de regulador da atividade econômica, o Estado disciplina os comportamentos dos particulares, influenciando suas esferas de liberdade a fim de garantir a segurança e higidez do mercado. O termo regulação pode ser empregado em uma acepção ampla. Engloba toda a forma de organização da atividade econômica pelo Estado. Pode atuar, portanto, como agente fiscalizador, no exercício do poder de polícia, averiguando e reprimindo condutas incondizentes com os fundamentos e princípios da ordem econômica (Art. 170 da CF). Atua, ainda, como promotor da atividade econômica, sob a forma de ações fomentadoras, consubstanciadas em benefícios e estímulos à propriedade privada.

Como agente regulador, visando à proteção do meio ambiente, Jorge Hernández Jiménez (1998, p. 55-56) destaca que o Estado tem à disposição instrumentos de duas ordens distintas: os *instrumentos normativos* e os *instrumentos econômicos*. Os instrumentos normativos consistem em: comandos de controle de emissão ou limitação ao uso de recursos, fiscalização, aplicação de sanção sobre o infrator e exigência à reparação do dano ambiental ocorrido (MODÉ, 2004). A aplicação dos instrumentos normativos na gestão ambiental procura disciplinar o comportamento dos agentes econômicos, impondo ou proibindo determinadas condutas e estabelecendo limites máximos para o uso dos recursos naturais ou para a geração de efluentes.

A eficiência desses mecanismos depende, fundamentalmente, das sanções previstas na legislação, aplicáveis aos renitentes em atender aos limites regulatórios. A idéia é de que os agentes econômicos que utilizam recursos ambientais tendem a acatar as diretrizes legais quando os custos gerados pelas penalidades forem significativamente altos. As multas de valor elevado ou mesmo a imposição de embargos e suspensões das atividades dos infratores acarretam para o poluidor um ônus econômico maior do que o benefício obtido com a eventual transgressão da norma, induzindo-o a observar a política de controle (CARNEIRO, 2003).

Porém, o processo de formulação dessas políticas regulatórias nos parlamentos ou nas agências governamentais é sujeito à atuação de determinados grupos de interesse, que acabam influenciando em seu favor a definição dos parâmetros de emissão e dos patamares punitivos. Além disso,



os custos administrativos dos mecanismos normativos são, em geral, muito elevados: mobilização de fiscais, estruturas e equipamentos de apoio, estudos e análises contínuas, visando à obtenção de dados que subsidiem o estabelecimento de normas técnicas e de padrões ambientais, entre outros. A esse aspecto agrega-se o fato dessa forma de regulação direta mostrar-se quase sempre incapaz de incentivar os agentes econômicos a melhorar sua eficiência ambiental, uma vez que, quando atingido o padrão legalmente fixado não estarão obrigados a implementar novos aprimoramentos tecnológicos.

Os instrumentos econômicos visam complementar os mecanismos normativos e corrigir, indiretamente, as disfunções ambientais. A sua principal característica consiste na pressão indireta que exercem sobre as atividades poluidoras, influenciando no custo dos bens e serviços, induzindo a condutas menos deletérias. Dentre esses instrumentos destaca-se a tributação ambiental, como eficiente mecanismo econômico capaz de induzir as atividades privadas a adotarem técnicas e produtos menos poluentes. O Direito Tributário Ambiental, por meio da extrafiscalidade, possui nos tributos e nos benefícios fiscais importantes instrumentos na luta contra a degradação do meio ambiente.

Embora os instrumentos econômicos carreguem o ideal de mudança social, uma política ambiental adequada deve adotar conjuntamente os mecanismos econômicos e os normativos. Ricardo Carneiro (2003) alerta que se fosse adotada uma política ambiental baseada exclusivamente em instrumentos de índole econômica os poluidores teriam flexibilidade para reagir aos estímulos econômicos de modo e no tempo que melhor lhes conviesse, minimizando seus custos privados e aumentando os custos sociais. “Somente assim a indústria irá ajustar suas emissões aos níveis legalmente estabelecidos e ainda poderá ter estímulos econômicos para implementar reduções adicionais da poluição” (CARNEIRO, 2003, p. 77).

## 5 DIREITO TRIBUTÁRIO AMBIENTAL

A partir do momento que a Constituição estabeleceu no Art. 170, VI, a proteção do meio ambiente como princípio orientador da ordem econômica, presente está a autorização constitucional para que o Estado intervenha no domínio econômico, visando garantir a observância a esse preceito fundamental. Para essa finalidade, os institutos tributários destacam-se pela sua capacidade de compensação das externalidades decorrentes das atividades econômicas e, principalmente, pelo seu potencial de indução a práticas sociais e econômicas adequadas à preservação da qualidade ambiental, cristalizando bases para um desenvolvimento sustentável.

A atuação do Estado para implementação de políticas públicas tem nos mecanismos do Direito Tributário o seu mais relevante instrumento de ação e em relação aos quais dificilmente poderá dispor de outro meio tão eficiente. Nesse sentido, os tributos podem ser utilizados como um importante instrumento de política ambiental, ao lado de outras medidas de orientação de condutas, onerando ou beneficiando as atitudes dos particulares em relação ao meio ambiente.

Helena Taveira Tôres (2005) apresenta o Direito Tributário Ambiental como ramo do Direito Tributário que tem por objeto “o estudo das normas jurídicas tributárias elaboradas em concurso com o exercício de competências ambientais, para determinar o uso de tributo na função instrumental de garantia, promoção ou preservação de bens ambientais” (p. 101). Visa, portanto, a regulação, disciplina, organização das atividades utilizadoras de recursos ambientais, compelindo-as a uma atuação mais racional por meio do adequado controle e gestão dos insumos naturais. Verifica-se uma interseção entre o Direito Tributário e o Direito Ambiental, ambos se atraindo para imprimir um papel inovador ao Direito Tributário, no sentido de alteração de condutas em relação ao meio ambiente.

### **5.1 Tributação Extrafiscal**

Para a concepção liberal clássica, que parte da idéia de uma sociedade autônoma, auto-regulada e separada do Estado e, correlativamente, de um Estado neutro e mínimo, o tributo apresenta uma função exclusivamente fiscal. A finalidade do tributo deveria ser apenas a de obtenção de receitas limitadas às imprescindíveis para a realização das tarefas do Estado.

O entendimento liberal de tributo passou a ser insuficiente para compreensão das profundas alterações ocorridas com o advento do Estado de Bem-Estar. Para Cesar Novoa (2000) os tributos, além de ser meios para arrecadar ingressos públicos, também passaram a servir como instrumentos da política econômica geral, atendendo às exigências de estabilidade, desenvolvimento social e melhor distribuição da renda nacional. Pode-se dizer que essas motivações de interesse geral se identificam com o interesse público existente nas normas tributárias, ao que se denomina fim extrafiscal do tributo.

Fischer entende a extrafiscalidade como um importante instrumento à disposição do Estado na sua atividade de conformação da ordem econômica e social. Acredita que os objetivos extrafiscais dos tributos não são apenas admissíveis, mas também exigíveis. A atividade tributária deve concorrer diretamente para a prossecução dos fins constitucionais, nos quais se inclui a

modificação da base econômica e social para a realização da igualdade de fato (FICHER, 1993, apud NABAIS, 1998, p. 241).

Em contrapartida, José Nabais adverte que a utilização extrafiscal dos tributos deve ocorrer de forma cautelosa. Deve constituir uma clara exceção: “A porta do intervencionismo não está aberta aos impostos sem limitações constitucionais”. O tributo é um instrumento que se presume orientado por um objetivo principalmente fiscal (NABAIS, 1998, p. 247). Portanto, não pode ser transformado em instrumento normal de intervenção econômico-social; deve ser uma exceção cabível apenas nos casos que a própria Constituição permite.

O Direito Tributário Ambiental emprega os instrumentos tributários com finalidade dúplice: a *fiscal* ou *arrecadatória*, voltada à obtenção de receitas que serão aplicadas em ações que promovam a defesa do meio ambiente; e a *extrafiscal* ou *regulatória*, tendente a induzir comportamentos que sejam ambientalmente responsáveis, seja por meio de uma maior tributação, concretizada em tributos ecológicos ou até em agravamentos ecológicos de impostos, seja por intermédio de benefícios fiscais.

A extrafiscalidade pode ser implementada mediante a instituição e o agravamento de tributos, concessão de isenções e outros benefícios fiscais. Tem como objetivo principal a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros. Esse efeito diverso consiste na indução da sociedade e iniciativa privada a práticas ambientalmente desejáveis, a fim de que a preservação ambiental esteja implementada nos sistemas de produção e consumo.

Caracteriza-se pela utilização do tributo como meio de fomento ou de desestímulo a atividades reputadas, convenientes ou inconvenientes à comunidade. Com efeito, por intermédio da agravação de impostos podem ser modificadas as atitudes dos particulares reputadas contrárias ao interesse público, bem como há possibilidade do abrandamento da tributação como forma de incentivar condutas convenientes à sociedade.

## 5.2 Tributação Ambiental

O Direito Tributário Ambiental utiliza os mecanismos tributários para implementar políticas públicas ambientais, seja instituindo novos tributos ou majorando os já existentes, seja por intermédio dos benefícios fiscais. A adoção de tributos ambientais busca concretizar o princípio do poluidor-pagador, mediante a internalização dos custos ambientais da produção (externalidades negativas). O tributo ambiental consiste no pagamento pelos

agentes econômicos de um valor proporcional aos custos externos causados pela degradação ao meio ambiente. Com isso, os custos nos quais a sociedade incorre ao suportar os danos externos negativos causados pelos poluidores são a ela ressarcidos por meio da obrigação tributária.

Pietro Selicato (2005) apresenta a classificação de *tributos ambientais em sentido estrito*, os quais assumem os comportamentos poluentes como verdadeiros fatos jurídicos tributários; e os *tributos com função ambiental*, nos quais a tutela do meio ambiente ocorre principalmente pela finalidade extrafiscal, assumindo a função político-social de desestimular os comportamentos nocivos ao ambiente ou de encorajar os ambientalmente corretos. Diante dessa classificação, adota-se como tributos ambientais aqueles instituídos especificamente para tutela ambiental, nos quais o comportamento nocivo ao meio ambiente é internalizado como suporte dos critérios da regra-matriz de incidência fiscal. Já os tributos com finalidade ambiental não são instituídos com essa finalidade específica, mas por meio da extrafiscalidade, majorando ou diminuindo alíquotas, por exemplo, é possível imprimir-lhes o escopo de proteção do meio ambiente

Uma importante vantagem da tributação ambiental consiste exatamente no fato de que diante do aumento da carga tributária há possibilidade de mudança de mentalidade dos produtores e consumidores, no sentido de readequarem seus processos e hábitos para uma utilização mais eficiente e equilibrada dos recursos naturais e dos produtos deles oriundos. Além disso, pode gerar receitas necessárias aos investimentos públicos em projetos de melhoria da qualidade ambiental.

Tais vantagens não superam algumas dificuldades operacionais e efeitos indesejáveis. É preciso considerar que a instituição de tributos que tenham por finalidade mudar o comportamento dos agentes econômicos deve ocorrer em produtos com demanda elástica a preço. Isso em razão dos resultados da tributação sob produtos com demanda inelástica a preço serem inócuos. Nesse caso, os poluidores repassariam os preços aos consumidores e continuariam poluindo. Logo, não se atingiria o objetivo maior, qual seja, mudança de comportamento dos agentes econômicos (SETTE; NOGUEIRA, 2007).

Outra desvantagem atribuída aos tributos ambientais consiste na complexidade dos cálculos dos custos envolvidos nas externalidades tributáveis e aos inúmeros obstáculos à obtenção de dados, que permitam a definição das respectivas bases de cálculo e alíquotas de acordo com o tipo de fonte emissora e com as características peculiares aos diversos seguimentos econômicos. Entre os efeitos indesejáveis também estão os impactos verificados nas classes sociais de menor renda, como corte de postos de trabalho e menor

acesso a bens de consumo. Há, ainda, os efeitos negativos sobre a competitividade, pois dependendo do grau e forma com que um país onera a atividade econômica por meio dos tributos ambientais pode, na verdade, estar aniquilando a competitividade da empresa no cenário das relações internacionais de comércio. Em um mundo globalizado e eminentemente competitivo, qualquer custo extra de produção consegue facilmente alterar o preço final do produto.

### 5.3 Benefícios Fiscais

Quando é colocada em pauta a discussão acerca da tributação ambiental, outra questão polêmica é se a proteção do meio ambiente deve ocorrer por meio da instituição de tributos ou por intermédio de benefícios fiscais. A fim de posicionar-se no debate, inicialmente, importa esclarecer a natureza desses benefícios e abordar algumas polêmicas que envolvem o tema.

Por intermédio dos benefícios fiscais o Poder Público procura alcançar três objetivos básicos:

- 1) estabelecer um modelo de desenvolvimento nacional, visando ao fortalecimento da economia;
- 2) estabelecer um modelo de desenvolvimento regional com os propósitos de integração nacional e recuperação econômica regional;
- 3) estabelecer uma política de desenvolvimento setorial, em face de algumas peculiaridades que justificam tratamentos especiais para alguns setores da economia (TRAMONTIN, 2002, p. 111).

Os benefícios podem ser de natureza não fiscal, como ocorre nos casos de doações de áreas a empresas para a exploração de atividades econômicas, ou de natureza fiscal, consistente em isenções, deduções e minoração dos elementos do critério quantitativo.

Adota-se a classificação de benefícios fiscais estruturada por José Nabais (1998, p. 670): *benefícios fiscais estáticos* ou *benefícios fiscais stricto sensu* e *benefícios fiscais dinâmicos* ou *incentivos* ou *estímulos fiscais*. Os primeiros contemplam a todos os contribuintes que se encontrem na situação visada. Dirigem-se a situações que já se verificaram, ou ainda que não se tenham verificado, não visam diretamente incentivar, mas apenas beneficiar por superiores razões de política geral econômica, social, cultural etc..

Os benefícios fiscais dinâmicos visam estimular ou incentivar determinadas atividades, estabelecendo uma relação entre as vantagens atribuídas e as atividades estimuladas. Enquanto nos benefícios estáticos a causa da concessão é a situação ou atividade em si mesma, nos benefícios dinâmicos a causa é a

adoção futura do comportamento beneficiado ou o exercício futuro da atividade fomentada. Outrossim, os estímulos fiscais não são de atribuição generalizada, mas seletiva e dependem de específicos comportamentos contraprestacionais dos contribuintes. Nos benefícios fiscais, em sentido estrito, o direito a tratamento igual se impõe por via de regra, já nos benefícios fiscais dinâmicos, tal direito carece, em princípio, de qualquer suporte, até porque, para além do caráter seletivo que ostentam, a diferenciação de tratamento que ocasionam é compensada pelas contraprestações a que a sua concessão fica condicionada (NABAIS, 1998).

Os benefícios fiscais para fomento da proteção ao meio ambiente enquadram-se dentro da classificação dos benefícios fiscais dinâmicos, pois visam estimular atividades que modifiquem seu processo de produção ou produtos, a fim de eliminar ou ao menos minimizar os custos ambientais. São restritos às atividades que geram as externalidades negativas e sua concessão é condicionada à adoção do comportamento contraprestacional de proteção do meio ambiente. Como exemplo, cite-se a concessão de isenção de IPI a empresas que instalem equipamentos antipoluentes. A concessão do benefício fiscal fica restrita às atividades que geram a externalidade ambiental que se visa eliminar ou minimizar e depende do agente econômico adotar o comportamento ambiental almejado.

A concessão de benefícios fiscais deve constituir meio adequado e necessário à consecução do respectivo objetivo econômico-social, bem como ser indispensável à intervenção do Estado. O seu critério deve ser a necessidade de beneficiação de um determinado setor de atividade econômico-social. Para tanto, após o decurso de um certo tempo de sua concessão, é preciso realizar controles dos seus resultados e efeitos. Devem ser mais adequados à realização dos objetivos que se propõem do que os outros meios alternativos à disposição do Poder Público (NABAIS, 1998).

É preciso uma seleção ajustada do círculo de pessoas a beneficiar, de modo que o âmbito pessoal de cada benefício fiscal seja escolhido e fixado em consonância com o objetivo que com ele se pretende atingir. Os inconvenientes gerais creditados apenas podem ser vencidos por benefícios fiscais que, por inequívocas razões do bem comum, sejam necessários e efetivamente adequados para a consecução do objetivo constitucionalmente estabelecido.

Tais renúncias somente são possíveis quando estiverem acompanhadas de estimativa do impacto-orçamentário financeiro, de modo que não afetem as metas dos resultados fiscais e estejam acompanhadas das medidas compensatórias no aludido período, conforme impõe o Art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000).

Acrescente-se a necessidade de o benefício fiscal ter duração delimitada, cláusula de reversão e um mínimo de contraprestação por parte do beneficiado (Art. 176 CTN). Isso porque, a desigualdade de tratamento entre empresas, a título de incentivos do Poder Público, somente encontra justificativa se houver razoabilidade na concessão e se buscar efetivamente a realização do interesse público previsto na Constituição.

### 5.3.1 Vantagens dos Benefícios Fiscais

Quando é colocada em pauta a discussão acerca da tributação ambiental, uma questão muito controvertida consiste em estabelecer qual o melhor meio para a implementação de políticas tributárias ambientais voltadas à alteração de condutas dos agentes econômicos em relação ao meio ambiente. As opções destacadas são: a instituição de tributos ou a concessão de benefícios fiscais. A opção pela concessão de benefícios fiscais é muito criticada. Entende-se que o Estado não deveria auxiliar os poluidores a suportar os custos do controle da poluição, pois estaria indo contra o princípio do poluidor-pagador, que carrega em si o ideal de que os maiores poluidores sejam os maiores contribuintes para a despoluição.

Já a instituição de ecotributos visa a internalização compulsória dos custos ambientais, impedindo que um determinado agente econômico poluidor imponha a toda a sociedade o ônus de suportar tal deseconomia. Ao não se atuar pela via tributária para internalização compulsória dos custos ambientais, possibilita-se que o produto seja colocado no mercado a um preço mais reduzido, subvencionado pelo conjunto da sociedade que suportará as externalidades negativas não consideradas. O oposto ao princípio do poluidor-pagador é representado pelo princípio do ônus social, pelo qual os custos das medidas de implementação da qualidade ambiental recaem sobre toda a coletividade.

Mas o agente econômico somente irá lançar mão de mecanismos para proteção do meio ambiente, à medida que os custos para evitar o dano ambiental fiquem abaixo dos custos de reparação do dano. Acima desse limite perde-se o interesse por uma redução da poluição.

Nesse contexto, podem ser destacadas duas opções para a conservação do bem ambiental: ou deve o poluidor arcar com o emprego de instrumentos para diminuição da poluição, ou, por uma avaliação política, alivia-se o poluidor de tal encargo, devendo os prejudicados (sociedade) arcar com ele. Ocorre, então, uma subvenção do poluidor para que realize os investimentos necessários à eliminação ou redução da externalidade ambiental.

Cristiane Derani (2001) destaca que se a internalização dos custos ambientais

fosse feita por meio da imposição de tributos, haveria necessariamente um aumento no preço da mercadoria, diminuindo a quantidade de sujeitos que têm acesso a ela. Por causa do aumento do custo, com a aquisição ou manejo dos recursos naturais, surge uma nova forma de exclusão da concorrência no mercado. O aumento do custo da produção leva à concentração de capital numa clara tendência monopolista. No desenvolvimento dessa prática não se atinge efetivamente o objetivo de conservação dos recursos naturais. O que ocorre é a transferência do uso da natureza para faixas cada vez mais seletas da sociedade. A qualidade de vida torna-se um bem de mercado acessível apenas a quem detém maior riqueza (DERANI, 2001).

Ainda que a tributação ambiental consista em um importante instrumento para a concretização do princípio do poluidor-pagador e custeio de atividades estatais com fins de promoção do ambiente, na atual realidade brasileira a carga tributária elevada (justificável diante do referencial constitucional de Estado que se buscou positivar) e os graves problemas sociais constituem óbices para a instituição de novos tributos com a finalidade de proteção do meio ambiente. Primeiramente, é preciso implementar na sociedade o hábito de consumo de produtos que não agridam o meio ambiente, por meio da informação e educação da população, demonstrando que práticas ambientais sustentáveis estão diretamente ligadas com a melhoria da qualidade de vida. Essas medidas também devem ser estendidas à iniciativa privada, para que a prática de ações ambientalmente responsáveis não constitua apenas uma questão de marketing, mas a verdadeira consciência de que a sua atividade acarreta problemas ambientais e sociais que precisam ser internalizados no processo de produção.

Da mesma forma, Consuelo Yoshida entende que em virtude desse processo de mudança de mentalidade, para observância espontânea das normas ambientais, ser lento, a efetividade da proteção do meio ambiente deve ser incrementada por meio de estratégias que aliem atrativos econômicos e financeiros às soluções técnicas adequadas. A autora pondera que:

O êxito e a efetividade da proteção ambiental dependem da adoção e implementação de políticas e ações que, a par das medidas de desestímulo à poluição e degradação ambientais, prestigiem, ao mesmo tempo, medidas de incentivo à prevenção, calcadas em atrativos econômico-financeiros (YOSHIDA, 2005, p. 533).

A Lei 6.938/81 prevê a possibilidade de concessão de benefícios fiscais, estabelecendo como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente: “os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de



tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental” (Art. 9º, V). Esses incentivos podem ser de natureza tributária, conferindo-se, por exemplo, isenções.

Antonio Carrazza (2005, p. 660), destaca que “a lei tributária é melhor obedecida quando, em lugar de determinar condutas, vale-se do meio mais sutil de influenciá-las, outorgando aos contribuintes subvenções, isenções, créditos presumidos, etc”. Esse artifício faz que as pessoas tenham a impressão de que são livres para conduzir seus negócios e, portanto, tendem a realizar a conduta socialmente desejada. Complementa que ao utilizar o mecanismo da extrafiscalidade para estimular comportamentos dos contribuintes, o Estado quase sempre obtém vantagens maiores do que se previamente arrecadasse os tributos para depois aplicá-los aos gastos públicos (CARRAZZA, 2005).

Pedro Herrera assevera que:

[...] deveria ser evitada a proliferação de novos impostos especiais em detrimento do sistema tributário. A verdadeira reforma tributária ecológica deve ocorrer introduzindo o interesse ecológico no sistema tributário e não convertendo o ordenamento tributário em uma selva de impostos indiretos<sup>1</sup> (apud TÓRRES, 2005, p. 109).

Luis Eduardo Schoueri (2005) entende que a instituição de tributos ambientais apresenta o efeito indesejado de monetarização do Direito Ambiental. Utilizando-se o tributo com efeito indutor, o contribuinte não é mais visto como alguém que gera danos, mas como alguém que “paga a conta” e, portanto, está autorizado a consumir ou usar bens de natureza ambiental. A consequência, a médio prazo, é a redução de sua propensão a evitar práticas danosas ao ambiente, além da própria perda da consciência ambiental.

Alejandro Altamirano (2002) também reconhece que os benefícios fiscais são mais eficientes para o propósito de proteção ambiental. O agente poluidor avaliará a conveniência de optar por eles uma vez que, em geral, viabilizam a realização de seus objetivos comerciais. Uma política tributária que tenha por objetivo minimizar e prevenir os impactos ambientais da atividade econômica deve privilegiar os incentivos econômicos, ao invés de aumentar a carga tributária. Portanto, é melhor incentivar que penalizar, estimular a inversão nos controles da contaminação do que sancionar com gravames que podem asfixiar a atividade industrial (ALTAMIRANO, 2002, apud YOSHIDA, 2005, p. 538).

---

<sup>1</sup> “debería evitarse una proliferación de nuevos impuestos especiales en detrimento del sistema fiscal. La verdadera reforma fiscal ecológica debe llevarse a cabo introduciendo el interés ecológico en el sistema fiscal y no convirtiendo el ordenamiento tributario en una selva de impuestos indirectos”.

Ressalta-se que a concessão de benefícios fiscais deve ser restrita ao setor econômico gerador das externalidades que se visa eliminar. Consoante expõe Andrea Amatucci (2005) “a intervenção estatal deve restringir-se aos setores econômicos específicos, no intuito de reduzir aquele tipo e aquela quantidade de concentração de agentes poluentes, idôneos a por em crise o Estado de Bem-Estar Social garantido na Constituição<sup>2</sup> (p. 61, tradução nossa). Nesse sentido que Lídia Ribas (2005) pondera:

A concessão de benefícios fiscais, como instrumento de política econômica-social, é legitimada constitucionalmente, mas não pode se dar de forma abusiva e servir ao favorecimento de interesses econômicos de grupos de pressão que exerçam influência ou pertençam às classes dirigentes, sob pena de comprometer a justiça fiscal. Seu manejo há de se dar de forma extraordinariamente prudente, considerando sua indispensabilidade [...] (p. 691).

## 6 CONCLUSÃO

Embora exista no ordenamento jurídico brasileiro uma excelente previsão acerca da proteção do meio ambiente, para que esse direito fundamental seja materializado é preciso que o Poder Público e a coletividade cumpram com os deveres fundamentais inerentes a esse direito. E para tanto, é necessário modificar a atual racionalidade reducionista e instrumental que dirige as atividades econômicas e os padrões de consumo. O homem precisa visualizar-se dentro do conceito de meio ambiente. Da mesma forma, a economia não pode ser separada do meio ambiente, por isso que as decisões econômicas devem considerar seus impactos sobre a natureza.

O próprio consumidor, diante da maior facilidade de acesso à informação no mundo globalizado, está mais exigente em relação aos produtos que adquire. Uma parcela dos consumidores já exige atitudes éticas das empresas. Por essa razão, as empresas voltam-se a chamada responsabilidade social. Essa deve ser entendida como a integração voluntária das preocupações sociais e ambientais na gestão empresarial.

Muitas empresas ainda não visualizam a responsabilidade social como um valor inerente aos seus negócios. Utilizam-na apenas como uma estratégia de marketing no intuito de construir uma imagem pública positiva. Mas a responsabilidade social não deve ser reduzida a uma mera estratégia

---

<sup>2</sup> “l’intervento statale deve inerire ai singoli settori economici, allo scopo di ridurre quel tipo e quella quantità di concentrazione di agenti inquinanti, idoneo a porre in crisi lo Stato di benessere sociale garantito dalla Costituzione.”

mercadológica. Mesmo se a curto prazo há perspectiva de ganhos, deve ser vista como um dever moral dos empresários e como uma estratégia de sustentação do negócio e da sociedade a longo prazo.

Em virtude da maior parte dos dirigentes das empresas e dos próprios consumidores não adotar ações ambientalmente responsáveis, o atual modelo de gerenciamento das atividades econômicas e mercado consumidor deve ser modificado. A fim de implementar essas mudanças de mentalidade e comportamento, é imprescindível que o Estado, com fulcro no Art. 174 da Constituição Federal, intervenha sobre a Ordem Econômica.

Para implementação das políticas ambientais, a atividade interventiva deve conciliar os instrumentos normativos com os instrumentos econômicos. Dentre os instrumentos econômicos à disposição do Estado na tarefa de proteção do meio ambiente, os institutos do Direito Tributário Ambiental destacam-se pela sua eficiência na alteração de condutas. Podem ser aplicados com a finalidade extrafiscal de regulação, disciplina e organização das atividades privadas, compelindo-as a uma atuação mais racional, por meio do adequado controle e gestão dos recursos naturais.

A proteção ambiental, por intermédio do Direito Tributário, pode ocorrer pela instituição e majoração de tributos ou pela concessão de benefícios fiscais. A opção pela tributação destaca-se pela sua capacidade de internalização compulsória dos custos sociais decorrentes da atividade econômica, concretizando o princípio do poluidor-pagador. Com o aumento da carga tributária, há possibilidade de mudança de mentalidade dos produtores e consumidores, no sentido de readequarem seus processos e hábitos para uma utilização mais eficiente e equilibrada dos recursos naturais e dos produtos deles oriundos.

Não obstante as vantagens apresentadas pela tributação ambiental, elas não superam algumas dificuldades e efeitos indesejáveis, como: a complexidade dos cálculos dos custos envolvidos nas externalidades tributáveis; a dificuldade de obtenção de dados que permitam a definição do critério quantitativo; os impactos verificados nas classes sociais de menor renda e os impactos na concorrência.

Outro impasse consiste no fato do agente econômico somente adotar tecnologias e processos ambientalmente menos impactantes à medida que os custos com a adoção desses mecanismos conservacionistas fiquem abaixo do custo de reparação dos danos. A isso se agrega a elevada carga tributária brasileira e os graves problemas econômicos e sociais, que fazem a solidariedade social necessária para efetivar uma política de meio ambiente consistente permanecer apenas no reino das boas intenções. A relação entre a pobreza e os problemas sociais não deve ser menosprezada. Problemas ecológicos e sociais estão fortemente interligados e se reforçam mutuamente.

Por essas razões, destaca-se que a preservação ambiental não deve ocorrer por meio de uma tributação acentuada, e sim com estímulos, benefícios, já que o que se busca em longo prazo (e que efetivamente garantirá a preservação do meio ambiente) é uma consciência ambiental na produção e consumo. O êxito da proteção ao meio ambiente depende da implementação de políticas e medidas que, além de desestimular a poluição, prestigiem a prevenção por meio de incentivos econômico-financeiros.

Ainda que a experiência com benefícios fiscais no Brasil guarde algumas máculas, tendo em vista que algumas políticas de governo conferiram incentivos que não trouxeram melhorias à sociedade, se forem conferidos pelo meio adequado e necessário à consecução dos objetivos econômico-sociais, expostos no Art. 170 da Constituição Federal, serão legítimos. É preciso uma seleção ajustada do círculo de pessoas a beneficiar, de modo que o âmbito pessoal de cada benefício fiscal seja escolhido e fixado em consonância com o objetivo que com ele se pretende atingir. Deve haver estimativa do impacto-orçamentário financeiro e medidas compensatórias. É igualmente importante que tais benefícios tenham duração delimitada e contemplem cláusula de reversão e contraprestação por parte do beneficiado.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005.

AMATUCCI, Andrea. L'Inerenza dell' Interesse Pubblico alla Produzione: Strumenti Finanziari e Tutela Ambientale. In TÓRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARNEIRO, Ricardo. *Direito Ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CORRÊA, Filipe Toscano de Brito Simões; MEDEIROS, João Ricardo Costa. Responsabilidade Social corporativa para quem? In: BROCANELLI, Noelma (Org.). *Responsabilidade Social das Empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Peirópolis, Instituto Ethos, 2003. v. 2.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FABIÃO, Maurício França. O Negócio da Ética: um estudo sobre o terceiro setor empresarial. In: BROCANELLI, Noelma (Org.). *Responsabilidade Social das Empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Peirópolis, Instituto Ethos, 2003. v. 2.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUALTIERI, Aline et al. Responsabilidade Social das Empresas e Comunicação. In: BROCANELLI, Noelma (Org.). *Responsabilidade Social das Empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Peirópolis, Instituto Ethos, 2003. v. 2.

HERRERA MOLINA, Pedro Manuel; CARBAJO VASCO, Domingo. Marco conceptual, constitucional y comunitario de la fiscalidad ecológica. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, Jorge. *El Tributo como instrumento de protección ambiental*. Granada: Editorial Comares, 1998.

KUNG, Hans. *Uma ética global para a política e economia mundiais*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação Ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente*. 1a ed. Curitiba: Juruá, 2004.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

NOVOA, Cesar Garcia. *El principio de seguridad jurídica em materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Defesa Ambiental: utilização de Instrumentos Tributários. In TÓRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SCHOUERI, Luis Eduardo. Normas Tributárias Indutoras em Matéria Ambiental. In TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SELICATO, Pietro. Capacità contributiva e tassazione ambientale. In TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SETTE, Marli Teresinha Deon; NOGUEIRA, Jorge Madeira. Relevância da análise dos aspectos econômicos na instituição de um tributo ambiental. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 96, p. 211-224, 2007.

TRAMONTIN, Odair. *Incentivos públicos a empresas privadas e guerra fiscal*. Curitiba: Juruá, 2002.

TÔRRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributárias e ambiental: os limites dos chamados “tributos ambientais”. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ênfase na prevenção: a utilização econômica dos bens ambientais e suas implicações. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

---

ASPECTOS ECONÔMICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
BENEFÍCIOS FISCAIS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA\*

ECONOMIC ASPECTS OF THE RIGHT HUMAN  
TAX BENEFITS FOR DISABLED PEOPLE

Soraya Regina Gasparetto Lunardi\*\*

**Resumo:** O presente artigo trata dos direitos fundamentais e sua eficácia no caso específico das pessoas portadoras de deficiência com direito a condições especiais para compra de veículo, mas que não podem dirigir. Aponta como coerente uma interpretação sistemática integrativa e institucional do art. 111 do CTN, da Constituição Federal e das leis ordinárias, e como os Tribunais vêm decidindo tais questões. A pesquisa de campo realizada demonstra que, via de regra, as empresas não aceitam realizar a isenção de impostos quando não é o próprio portador de deficiências quem irá dirigir o veículo. Por outro lado, realizando uma interpretação sistemática verificamos decisões que efetivam tais direitos, mesmo quando o portador de deficiências não tem condições de dirigir. Por fim, a horizontalidade indireta dos direitos fundamentais, aponta a transferência da responsabilidade pela elaboração do processo de aquisição para o fornecedor e a atuação do Estado, facilitando e até premiando iniciativas nesse sentido, como forma de solução para o problema analisado.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais, Benefícios Fiscais, Portadores de Deficiência.

**Abstract:** This article approaches basic rights and their efficiency in the specific case of disabled people entitled to special conditions when buying a vehicle, but who are not able to drive. It points out the coherence of a systematic integrative and legal interpretation of CTN article 111 of the Federal Constitution and ordinary laws, as well as the coherence of the Courts when solving such issues. The *in loco* research shows that companies do not accept to exempt customers from taxes when it is not the disabled person him/herself who will drive the car. On the other hand, when a

---

\* Este artigo é seqüência de pesquisa realizada na ITE, na área de direitos fundamentais econômicos.

\*\* Doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP, Pós-Doutora pela Universidade de Athenas - Grécia. Coordenadora do Mestrado da UNIMAR, onde também é Professora e Pesquisadora.

systematic analysis was conducted, we could identify decisions that favor such rights even when the disabled person is not able to drive. Finally, the straight parallel of the basic rights indicates the change of responsibility for the acquisition process to the supplier and the State action, enabling and even rewarding resolutions like those as a solution to the analyzed problem.

**Keywords:** Basic Rights, Tax Benefits, Disabled People.

## 1 INTRODUÇÃO

Os reflexos econômicos para a efetividade dos direitos fundamentais de pessoas portadora de deficiência física é o problema apresentado no presente estudo. Os benefícios fiscais oferecidos pela lei aos portadores de deficiência são limitados muitas vezes em razão de interpretação equivocada. É o que acontece no caso ora estudado, no qual o direito a desconto de Impostos na compra de veículo por portador de deficiência é negado pela Fazenda Nacional quando o portador de deficiência não for o condutor do veículo. Essa limitação do direito de maneira infundada, sendo inclusive a gravidade da deficiência física um fator que demonstra uma maior necessidade ao benefício e não uma razão para sua limitação. Algumas alternativas para a efetivação do direito assegurado pela lei, seus limites e reflexos, serão apresentados neste artigo.

## 1 (IN)EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando falamos de direitos fundamentais não podemos deixar de pensar nas promessas constitucionais do criador de normas, e nesta receita, falta, muitas vezes, um ingrediente indispensável – a eficácia.

O problema da eficácia dos direitos fundamentais é discutido por muitos autores<sup>1</sup> e vem ganhando espaço. É aquilo que foi recentemente chamado “contr(a)ções dos direitos fundamentais”. Em referência à Declaração de

---

<sup>1</sup> José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Malheiros 2003; Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Renovar, 2003; Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 2002; André Ramos Tavares, *Manual de Direito Constitucional*, 2005, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado 2004; Juan Maria Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares – Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de estudios políticos constitucionales, 1997.



Direitos da Virgínia, publicada em 1776, observou-se: “passados mais de dois séculos da redação desse texto, devemos confessar que nenhuma de suas constatações se verificou e nenhuma de suas promessas se realizou. Os homens não são livres e iguais e independentes por natureza.” (DIMOULIS, 2003, p. 3). Essa contração dos direitos fundamentais vistos na perspectiva de seu real impacto é um fato que, para os não fatalistas, impõe uma ação em contrário que, no caso, será uma ação positiva, realizadora do conteúdo normativo das Constituições.

Atualmente, na Constituição, a proteção à pessoa portadora de deficiência não está condensada em um único dispositivo, mas encontra-se dispersa no texto constitucional, por exemplo, pode-se citar: art. 5<sup>a</sup>, caput, art. 7<sup>a</sup>, XXXI, art. 37, VIII, art. 203, IV e V, art. 208, III, etc. (ARAUJO, 1997). Além das normas constitucionais, algumas leis infraconstitucionais também dispõem acerca de um tratamento diferenciado à pessoa portadora de deficiência. Este artigo tratará de algumas leis referentes ao consumo de bens e suas implicações, no intuito de analisar o problema da (falta de) eficácia a partir de um caso concreto.

As vantagens previstas em lei para essa categoria de pessoas têm seu fundamento no princípio da igualdade, que constitui o arcabouço jurídico da proteção da pessoa portadora de deficiência e proclama sua dignidade e integração social.

O patrimônio jurídico das pessoas portadoras de deficiência se resume no cumprimento do direito à igualdade, quer apenas cuidando de resguardar a obediência à isonomia de todos diante do texto legal, evitando discriminações, quer colocando as pessoas portadoras de deficiência em situação privilegiada em relação aos demais cidadãos, benefícios perfeitamente justificados e explicados pela própria dificuldade de integração natural desse grupo de pessoas. (ARAUJO, 1997).

Além disso, é preciso considerar a natureza desses direitos, bem como os constitucionalmente protegidos “direitos fundamentais”, os quais tratam-se em sua maioria de princípios, que possuem como característica uma baixa densidade normativa e uma alta carga valorativa. Somado a tudo isso temos ainda a legislação infraconstitucional que também regula a matéria. Como harmonizar tais normas?

Segundo a Constituição federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais previstos são direta e imediatamente vinculantes (efeito imediato dos direitos fundamentais). É o que determina o § 1<sup>a</sup> do art. 5<sup>a</sup> da CF. Apesar dessa proclamação, não podemos esquecer que as normas constitucionais, em razão de sua natureza (forma de positividade, função e finalidade), reclamam a

atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador. Só após ter ocorrido a concretização, as normas adquirem sua plena eficácia. Ou segundo Ferreira Filho (1988, p. 43): “não é o art. 5<sup>a</sup> § 1<sup>a</sup> que fará auto-aplicável o que não pode ser auto-aplicável”.<sup>2</sup>

Temos aqui uma constatação que é seguramente pessimista, mas que não deixa de corresponder a uma realidade normativa. Muitos direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais e difusos, exigem ações positivas (e em particular alocação de recursos) do Estado e não podem ser aplicados sem atuação do legislador.

É claro que os referidos direitos não se reduzem a simples normas programáticas, mas sua aplicação imediata deve ser entendida como uma obrigação do legislador de cumprir seu dever de regulamentação, e dos Tribunais de suprir deficiências por meio do controle de constitucionalidade. (ROTHENBURG, 2005).<sup>3</sup>

Em relação aos princípios<sup>4</sup> temos indicações de conduta que norteiam o legislador e as demais autoridades do Estado na elaboração-concretização do direito.<sup>5</sup> O problema em relação aos princípios é a sua baixa carga de concreção e alta carga valorativa<sup>6</sup>. Para sua aplicação será necessário recorrer aos métodos hermenêuticos de integração de conteúdo normativo para aplicar os princípios

---

<sup>2</sup> No mesmo sentido: SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 259-260.

<sup>3</sup> Cf. Sarlet (2004, p. 253-293).

<sup>4</sup> O conceito de princípio é utilizado conforme a lição de Robert Alexy. Em caso de conflito normativo (colisão de princípios), o princípio pode ser mais ou menos observado ou concretizado, a ele se opondo a regra jurídica restrita à bipolaridade entre cumprimento e descumprimento (ALEXY, 2001, p. 78-86).

<sup>5</sup> Sobre os princípios gerais do direito cf. Modungo (2000, p. 103-106). O autor diferencia entre princípios gerais do direito e princípios fundamentais (previstos na Constituição) e traça classificações dos princípios fundamentais: de ordenamento originário, relativos a forma do Estado, princípio republicano, democrático e de ordenamento derivado (relativos à proteção das minorias, normas programáticas). Ver também Tavares (2001, p. 106-112) e Tavares (2003).

<sup>6</sup> Dimoulis define a densidade normativa da seguinte forma: “O termo densidade normativa faz pensar em normas “líquidas”, maleáveis, que poderiam se adaptar a vários “recipientes” (dependendo de situações concretas, intenções subjetivas, momentos históricos, etc). Consideramos, contudo, que a metáfora da textura exprime melhor a natureza da norma jurídica que, atuando como “peneira”, autoriza (ou não) certas interpretações”. (DIMOULIS, 2006, p. 13).

ao caso concreto, sempre respeitando o princípio da legalidade que impõe que o aplicador não saia da “moldura” esboçada pelos textos que aplica, sendo eles concretos ou abstratos. Isso se dá por meio de uma sentença integrativa com conteúdo correspondente ao direito positivo. Integrar é o que cabe nessa situação ao juiz. (LUNARDI, 2006).

A interpretação sistemática deve ser estabelecida com base em orientações gerais, deve tratar o direito como ordenamento, como sistema de normas que possuem ou devem possuir mediante a atividade do intérprete um sentido unitário. A partir dessa concepção tem-se que o direito não tolera contradições, devendo ser considerado como um conjunto coerente. Assim a unidade do direito é um pressuposto no momento de sua interpretação. (TAVARES, 2002, p. 70).<sup>7</sup> No caso dos portadores de deficiência, essa análise integrada deve se dar com uma harmonização do texto consumeirista, do texto constitucional, bem como da legislação comum aplicável em relação a pessoas com necessidades especiais.<sup>8</sup>

### 1.1 O problema concreto

Teoricamente, a pessoa portadora de deficiência que necessita de um veículo adaptado possui alguns benefícios de cunho tributário. Contudo, só podem ser levadas em consideração para fins de concessão dos benefícios (melhor dito: das medidas que objetivam a integração social dos deficientes) as adaptações do veículo descritas na Resolução 80 do CONTRAN.

As isenções previstas em tal caso dizem respeito aos seguintes tributos:

- isenção de IOF (Imposto Sobre Operações Financeiras) nas operações de financiamento para aquisição de veículo, segundo a Lei 8.383/91, art. 72, IV<sup>9</sup>;
- isenção de IPI (Imposto Sobre Produtos Industrializados) na compra de veículos de passageiros, de acordo com a Lei 10.690/03, art. 1<sup>a</sup>, IV<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> XII Constituição Integrada.

<sup>8</sup> Ver ainda Ricardo Guastini, *Lezioni di Teoria costituzionale*.

<sup>9</sup> Art. 72. Ficam isentas do IOF as operações de financiamento para a aquisição de automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127 HP de potência bruta (SAE), quando adquiridos por: [...] IV - pessoas portadoras de deficiência física, atestada pelo Departamento de Trânsito do Estado onde residirem em caráter permanente, cujo laudo de perícia médica especifique; [...].

<sup>10</sup> Art. 1<sup>a</sup>. O inciso II do parágrafo único do art. 8 da Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2<sup>a</sup>. A vigência da Lei no 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, alterada pelo art. 29 da

Porém, para se beneficiar das referidas isenções que são consideráveis do ponto de vista econômico, a pessoa portadora de deficiência irá se deparar com um difícil processo, repleto de burocracia e obstáculos que podem inviabilizar o exercício do direito.

Para ilustrar essa afirmação, apresentamos o caso de um portador de deficiência que não possa dirigir, mas que precisa de um veículo para se deslocar. Para obtenção de tais dados foi realizada pesquisa de jurisprudência, verificando que nesses casos somente com a intervenção judicial vem sendo possível a efetivação do direito.

Para a concessão do direito, de acordo com o indicado pela Receita Federal, são indicados os seguintes documentos necessários para a emissão da autorização. São eles:

- 1) Requerimento (Anexo I da IN 375/03), em três vias originais, dirigido ao Delegado da Delegacia da Receita Federal (DRF) ou ao Delegado da Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária (Derat) da jurisdição do contribuinte;
- 2) Declaração de Disponibilidade Financeira ou Patrimonial do portador de deficiência ou autista, apresentada diretamente ou por intermédio de representante legal, na forma do Anexo II da IN 375/03, compatível com o valor do veículo a ser adquirido;
- 3) Laudo de Avaliação, na forma dos Anexos VII, VIII ou IX, emitido por serviço médico oficial da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou por unidade de saúde cadastrada pelo Sistema Único de Saúde (SUS);
- 4) Para Isenção de IOF, declaração sob as penas da lei de que nunca usufruiu do benefício;
- 5) Certificado de Regularidade Fiscal ou Certidão Negativa de Débitos expedida pelo Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS ou ainda,

---

Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e pelo art. 2 da Lei n. 10.182, de 12 de fevereiro de 2001, é prorrogada até 31 de dezembro de 2006, com as seguintes alterações: “Art. 1<sup>a</sup>. Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por:

IV - pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal. site: [www.planalto.gov](http://www.planalto.gov)

declaração do próprio contribuinte de que é isento ou não é segurado obrigatório da Previdência Social;

- 6) Cópia da Carteira de Identidade do requerente e/ou do representante legal;
- 7) Cópia da Carteira Nacional de Habilitação do adquirente ou do condutor autorizado;
- 8) Certidão Negativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN.

Mesmo com toda a documentação providenciada a Fazenda Nacional não concorda com a concessão do referido benefício com base na redação original do artigo 1<sup>a</sup>, IV, da Lei n. 8.989D 95, a qual estabelecia que estariam isentos do pagamento do IPI na aquisição de carros de passeio as “pessoas, que, em razão de serem portadoras de deficiência, não podem dirigir automóveis comuns”.

De acordo com o dispositivo supra-citado, por uma interpretação literal da lei tributária, conforme prevê o artigo 111 do CTN, não se conforma a Fazenda Nacional com a concessão do benefício àqueles que não podem dirigir.

## 2 O CRUZAMENTO DOS UNIVERSOS PARALELOS

Temos aqui universos normativos paralelos a serem analisados. De um lado um direito incontestavelmente público, as normas constitucionais que proclamam e garantem direitos fundamentais dos portadores de deficiência. Complementando temos ainda toda a legislação federal que garante um tratamento favorável aos portadores de deficiência, como ocorre com as comentadas isenções tributárias.

Por outro lado, temos o dispositivo do Código Tributário Nacional que prevê a interpretação literal, o que limitaria o direito à isenção somente para os portadores de deficiência que possam dirigir e impedindo a efetividade do direito para aqueles que não possam conduzir seu veículo.

A aparente ausência de ilegalidade é a primeira - e desanimadora - conclusão, a segunda conclusão é a paralelidade que se constata entre os direitos dos portadores de deficiência (seus direitos sociais garantidos pelo Estado) e os direitos dos consumidores.

O caso trata de leis que beneficiam portadores de deficiência na compra de automóveis. As leis que prevêem isenção de alguns impostos buscam dar efetividade ao direito do portador de deficiência constitucionalmente assegurado, para que os consumidores tenham acesso a bens e que leis assegurem uma melhor integração social e profissional, no caso do automóvel, facilitando a locomoção e não impondo ao portador de deficiência o ônus de dirigir com esforço desproporcional àquelas pessoas que não possuem o mesmo problema físico.

Para refletir sobre a situação é necessário refletir sobre o choque que ocorre entre um direito privado (a compra e venda realizada por meio da concessionária-revenda) e a eficácia de direitos fundamentais previstos na Constituição e concretizados na legislação tributária.

## 2.1 A Eficácia

Uma saída para o problema de falta de eficácia das referidas normas seria a exigência de vinculação de responsabilidade da empresa revendedora para a efetivação do direito do portador de deficiência. Esta deveria ser co-responsabilizada pela implementação eficaz da referida medida que faz parte das políticas públicas em prol das pessoas portadoras de deficiência. Mas isso representaria um choque de interesses, um ponto de encontro entre um direito patrimonial e um direito fundamental.

A questão deve ser analisada sob o aspecto do direito econômico. Se o consumidor com necessidades especiais não receber os benefícios citados e, em geral, previstos em leis, provavelmente não terá condições financeiras de adquirir uma série de bens. Basta lembrar que estatisticamente os portadores de deficiência pertencem a uma categoria de pessoas de baixa renda e que ao mesmo tempo o automóvel e uma outra série de produtos necessitam adaptações que repercutem em seu custo.

O Estado abre mão dos seus impostos para tentar uma integração do indivíduo, tanto pela exigência legal, como pela vantagem econômica que consegue ao integrar socialmente um indivíduo com necessidades especiais.

Teoricamente a falta de eficácia pode se relacionar com possíveis deslocamentos de competência e responsabilidade. (ROTHENBURG, 2005). Se o Estado não tem condições de dar efetividade a normas em razão da inexistência de órgãos especializados, poderia incentivar as revendedoras para que participassem do processo de concessão do benefício.

No caso do portador de deficiência seria possível a transferência da elaboração do processo para a prestadora de serviço que tem toda uma infraestrutura que possibilitaria de forma muito mais fácil o acesso à documentação necessária, vencendo inércias burocráticas e assumindo o ônus para tanto. Por outro lado, a elaboração desse processo pelo portador de deficiência significa uma dificuldade muito maior em razão de suas dificuldades e do sistema de serviços públicos.

A idéia proposta neste trabalho então é: a transferência da responsabilidade pela elaboração do complexo processo da pessoa do deficiente para o fornecedor. É o que chama a doutrina execução indireta do serviço. Hely

Lopes Meirelles (1992) observa que isso ocorre quando a administração pública transfere a terceiros a realização de certas atividades. Aliás, essa não é uma idéia original, um exemplo das realizações nessa área oferece a Lei 11.079 de 2004,<sup>11</sup> que regulamenta parcerias público-privadas no âmbito da administração pública.

Para deixar isso mais claro devemos nos referir ao contexto social e político no qual se busca atualmente a maior eficácia dos direitos sociais e difusos.

## 2.2 Estado Social x Estado Liberal

O modelo do Estado liberal se baseia em uma idéia patrimonial de cunho prevalentemente privatista. Constitui-se em instrumento da soberania dos indivíduos, isto é, em garantia de sua liberdade, que é garantida, a princípio, independentemente das conseqüências que seu exercício possa ter para o resto da sociedade. A desapropriação de bens particulares, por exemplo, apenas seria possível se ficasse constatado interesse público, mediante a transferência forçada do domínio privado para o domínio público (estatal), e desde que houvesse o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro.

Nas demais hipóteses, a propriedade é tutelada. Mesmo se isso tem como efeito a preservação de enormes desigualdades sociais, justificando essa configuração pela necessidade de respeitar os indivíduos e de evitar o despotismo e paternalismo estatal.

A implementação de direitos fundamentais surgiu com o Estado liberal que deu base teórica e jurídico-constitucional ao seu desenvolvimento. A mudança para o Estado social ocorreu em vários países desde início do século XX e com maior intensidade após o fim da segunda grande guerra. Tem como características: as garantia de direitos sociais ao lado dos individuais, prestigiando a reivindicação de igualdade material. (BERCOVICI, 2003).

A desapropriação por interesse social, que não se confunde com o interesse público, é um exemplo claro dessa mudança de enfoque (do Estado liberal para o Estado social), já que há transferência forçada do domínio particular para o domínio público, sem a necessidade de prévia e completa indenização

---

<sup>11</sup> Na concessão patrocinada, a Administração direta transfere, mediante contrato, a prestação do serviço público para empresa particular, tal como ocorre na concessão comum, porém esta recupera seu investimento de duas maneiras, mediante a cobrança de tarifas dos usuários e por meio de uma contraprestação pecuniária da Administração. Em outras palavras, o Estado complementa a remuneração da concessionária por meio de uma contraprestação pecuniária ao parceiro privado.

em dinheiro, como se dá, por exemplo, com os artigos 182, § 4<sup>a</sup>, III e 184 da Constituição de 1988. O fundamento que o Estado social realiza é o interesse social, como agente ativo de promoção da justiça social. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2002; TAVARES, 2005).

O modelo jurídico do Estado social é caracterizado pela atenuação da distinção entre o direito público e o direito privado, pela funcionalização crescente da autonomia privada à vontade dos poderes públicos e o papel positivo da norma jurídica na conformação da vida econômica e social. (MONCADA, 2000).

Outra característica do Estado social é a crescente intervenção dos poderes públicos na esfera da autonomia privada. Isto significa que o direito não atribui só à autonomia privada, ou seja, as vontades e interesses privados, a solução dos problemas que surgem na seara privada. O direito intervém na vontade privada para condicionar o seu exercício visando o cumprimento, principalmente, do princípio da solidariedade social.

Essa intervenção pode se dar de diversas maneiras, entre elas, pelo condicionamento de um determinado comportamento ao particular, ou seja, colocando o particular na situação de ter de proceder de determinado modo, dando-lhe certas vantagens ou para que ele conserve as vantagens que já possui. O Estado intervencionista exerce um papel de árbitro dos interesses no campo econômico e no social. Com base neste fundamento poderíamos pensar em uma normatização para responsabilizar o fornecedor no auxílio para uma maior efetivação do direito fundamental em discussão.<sup>12</sup>

Por outro lado, essa intervenção não deve visar a eliminação da vontade privada, não deve levar ao autoritarismo, não deve ser orientada por razões puramente políticas ou qualquer outra alheia à racionalidade do mercado. A economia é caracterizada pela livre iniciativa, pela combinação de planos econômicos individuais, sendo os interesses individuais ou dos agentes econômicos muito distintos, heterogêneos. Assim, a intervenção estatal deve

---

<sup>12</sup> Alguns autores entendem que se o Estado agisse dessa forma estaria infringindo o princípio constitucional da livre iniciativa privada que se traduz na “possibilidade de exercer uma actividade econômica privada, nomeadamente através da liberdade de criação de empresas e da sua gestão”. (SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, 1997, p. 48). Sabemos, porém que a livre iniciativa, tal como ocorre com todos os princípios, sofre contínuas limitações na busca de equilíbrio com princípios que tutelam direitos e interesses contrastantes, devendo as limitações serem recíprocas e proporcionais aos seus fins.



ser baseada na “confiança manifestada nos respectivo acerto através do comportamento racional dos agentes econômicos exprimindo pelo mercado um cálculo econômico ponderado que sintetiza a racionalidade global própria do mercado livre”. (MONCADA, 2000, p. 30).

A mudança do modelo de Estado embasa a idéia de que a transferência da atividade estatal para o setor privado torna-a mais eficiente. A tendência é de que o Estado restrinja seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se, no papel de regulador, provedor ou promotor destes, tal como o preconizado pelo artigo 174 da CF/88 (“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”). Poderíamos então pensar em deixar a “execução dos direitos sociais” não mais como responsabilidade exclusiva do Estado, mas transferindo, parcialmente, o dever de sua implementação para a esfera privada?

### **3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (EFEITOS HORIZONTAIS E VERTICAIS)**

Pretendemos tratar neste item da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Essa teoria permite criar uma ponte entre os nossos universos legislativos paralelos, possibilitando, notadamente, que os particulares que exercem um papel fundamental na vida econômica sejam, ainda que indiretamente, vinculados pelos direitos fundamentais.

Isso possibilita que o consumidor portador de deficiência seja tratado pela cadeia de produção e distribuição de bens não somente como um consumidor comum, mas que sejam levadas em consideração suas necessidades concretas.

Não há dúvida de que os direitos fundamentais foram historicamente elaborados para vincular os poderes públicos, estabelecendo limites ao poder público, tanto de forma negativa, proibindo certas decisões e ações, como de forma positiva, impondo deveres de atuação e tutela como tipicamente ocorre com os direitos sociais. Nessa ótica, os direitos fundamentais não vinculavam particulares e isso vale tanto em relação aos clássicos direitos liberal-individuais, como em relação aos direitos sociais.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Um caso interessante é o do Canadá. Sua carta de direitos e liberdades de 1982 estabelece que está expressamente destinada a proteger às pessoas contra o poder do Estado. Juan Maria Bilbao Unillos (1997, p. 278), em nota de rodapé.

Entretanto, a recente doutrina brasileira dedicada aos direitos fundamentais retoma ensinamentos da doutrina alemã e analisa os direitos fundamentais também em sua dimensão objetiva, considerando que, seu conteúdo vincula, na qualidade de destinatários ou sujeitos passivos, também os particulares, desde que sejam respeitadas algumas condições.<sup>14</sup>

Responde-se assim de forma geral à pergunta antes apresentada. Sim, seria possível num Estado Social a “privatização” da responsabilidade de implementação de certos direitos sociais.

Temos assim na recente doutrina brasileira uma proposta de divisão dos efeitos dos direitos fundamentais em horizontais e verticais.

- a) **Efeito vertical** - a clássica construção de que os direitos fundamentais obrigam o poder público - Estado - que se encontra em posição de superioridade e possui o dever de respeitar os direitos dos indivíduos. A superioridade do Estado se dá, evidentemente, em razão da concentração de poder, especialmente seu poder legislativo e indica a necessidade de os direitos fundamentais tutelarem interesses das pessoas contra possíveis ameaças ou omissões do Estado.
- b) **Efeito horizontal** - se dá pela possibilidade de os direitos fundamentais vincularem terceiros, ou seja, vincularem, em determinadas situações, os particulares. (SILVA, 2005; CANARIS, 2003; SARLET, 2004; STEINMETZ, 2004; UBILLOS, 1997, dentre outros).

Um dos argumentos daqueles que não aceitam o chamado *efeito horizontal* (*Drittwirkung*) é a necessidade de respeito da autonomia dos indivíduos em suas relações com outros sujeitos dentro do círculo do direito privado, pois os direitos de garantia à liberdade das relações jurídico-privadas não podem ficar submetidos aos chamados direitos fundamentais.<sup>15</sup>

Dentre os que aceitam os efeitos horizontais, não há um consenso sobre o alcance e a forma desta vinculação de direitos fundamentais entre particulares (direito privado x direito fundamental - eficácia horizontal). (SARLET, 2004). Mas todos afirmam que para se conseguir a efetividade pretendida deverá levar em consideração se os particulares encontram-se em uma situação de fraqueza social diante de adversários poderosos. É o que se propõe nesse estudo.

Essa interpretação surgiu por um julgado do Tribunal Constitucional Alemão

---

<sup>14</sup> Assim, por exemplo, os direitos políticos ou a prestação jurisdicional relacionada a direitos fundamentais (*habeas corpus*, mandado de segurança) têm como único destinatário o poder público.

<sup>15</sup> Vários autores são citados nesse sentido por Ubillos (1997, p. 279-281).

que adotou pela primeira vez o termo *Drittwirkung*, traduzido para o português como *efeito ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais* (ALEXY, 1996, p. 475-493; ALEXY, 1999, p. 43-47; CANOTILHO, 2003, p. 1286-1295; CANARIS, 2004; SARMENTO, 2004, p. 301-313). A visão inicial na Alemanha era que os direitos fundamentais podem se aplicar diretamente nas relações entre particulares, desde que uma das partes concentre um poder social.

A tese de “eficácia mediata” ou efeito mediato no âmbito do efeito horizontal, foi formulada originariamente por Günter Dürig e acolhida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão na célebre decisão “Lüth-Urteil” (BVerfGE 7, 198), de 5 de janeiro de 1958.<sup>16</sup> Seu conteúdo básico é de que os direitos fundamentais “iluminam” (ou “irradiam”) a legislação ordinária, devendo as normas em vigor serem interpretadas de forma que possa implementar os direitos fundamentais (efeito horizontal indireto).<sup>17</sup>

A aplicação desse modelo seria possível

após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais, uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado. (SARLET, 2004, p. 366).

A legislação citada no nosso trabalho (CTN e normas de benefícios para portadores de deficiência) estabelece a situação de vulnerabilidade do portador de deficiência, bem como a necessidade de normas especiais para a integração dos mesmos, assim uma interpretação sistemática permitiria tanto a aplicação das leis pelos juizes, como seria um indicativo do sistema para a criação de normas de eficácia horizontal indireta a serem efetivadas pelos fornecedores.

Na prática essas questões acabam sendo resolvidas pelo poder judiciário, no sentido de que a peculiaridade de que o veículo seja conduzido por terceira pessoa, que não o portador de deficiência física, não constitui óbice razoável ao gozo da isenção preconizada pela Lei n. 8.989/95, e, logicamente, não foi o intuito da lei. É de elementar inferência que a aprovação do mencionado ato

---

<sup>16</sup> O acórdão encontra-se traduzido em Martins (2005, p. 301).

<sup>17</sup> Ubillos (1997, p. 305); Leonardo Martins (2005, p. 381) – Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Coletânea Original Jürgen Schwabe, organização e introdução Leonardo Martins, Fundación Konrad-Adenauer – Uruguai, Montevideo; Daniel Sarmento (2004, p. 301-13), “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”.

normativo visa à inclusão social dos portadores de necessidades especiais, ou seja, facilitar-lhes a aquisição de veículo para sua locomoção.<sup>18</sup>

O Ministro Francilulli Netto inclusive já decidiu sobre a matéria esclarecendo que: “A fim de sanar qualquer dúvida quanto à feição humanitária do favor fiscal, foi editada a Lei nº 10.690, de 10 de junho de 2003, que deu nova redação ao artigo 1º, IV, da Lei n. 8.989/95:

ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional [...] adquiridos por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal. (MINAS GERAIS, 2003).

#### 4 CONCLUSÃO

A legislação, além de escassa, não surte muitas vezes os efeitos esperados. Como exemplo, vimos neste artigo, que algumas normas premiais<sup>19</sup> relativas a aquisição de veículo automotor, são essenciais para a integração social da pessoa portadora de deficiência, mas que podem se mostrar insuficientes por motivos de interpretação limitadora ou imprecisão na redação do dispositivo legal.

Reforçando a afirmação sobre a dificuldade do portador de deficiência no mercado de consumo, a advogada Cláudia Maria Lazzarini<sup>20</sup>, em entrevista concedida a Deborah Moratori, em 27/11/03, afirma estar realizando uma pesquisa para comprovar que muitos bens do mercado de consumo não estão acessíveis aos portadores de deficiência. Cita vários exemplos como a ausência de nomes de remédios em braile, altura das gôndolas do supermercado, sistema dos caixas eletrônicos com tela sensível e altura dos mesmos, além dos casos em que existe lei prevendo um benefício ou uma adaptação, porém as falhas na elaboração impedem sua consecução (MORATORI, 2003).

---

<sup>18</sup> Nesse sentido: decisão do STJ REsp nº 523.971 - MG (2003/0008527-7).

<sup>19</sup> [...] in sede di teoria generale del diritto, delle nuove tecniche di controllo sociale, Che caratterizzano l'azione dello stato sociale dei nostri tempi e la distinguono profondamente da quella dello stato liberale classico: l'impiego sempre più diffuso delle tecniche di incoraggiamento in aggiunta a, o in sostituzione di, quelle tradizionali di scoraggiamento. (BOBBIO, 1984, p. 14). Tradução livre: “em sede de teoria geral do direito, as novas técnicas de controle social que caracterizam a ação do Estado liberal clássico: o emprego sempre mais difundido de técnicas de encorajamento em acréscimo a ou em substituição de técnicas tradicionais de desencorajamento.” Ou seja as normas sancionatórias são substituídas pelas premiais.

<sup>20</sup> <http://intervox.nce.ufrj.br/~lazarini/autora.html>

O caso prático que ilustra o presente artigo demonstra deficiências da Lei de isenção na compra de veículo automotor adaptado. Verificam-se lacunas que podem inviabilizar o exercício de um direito, que teoricamente deveria proporcionar igualdade, dignidade e integração da pessoa portadora de deficiência.

Podemos concluir que temos uma tendência de mudança do sujeito passivo, ou destinatário das obrigações de observância e proteção, que decorrem dos direitos e garantias constitucionais, vinculando o Estado pelo efeito vertical e inclusive relações de direito privado pelo efeito horizontal indireto. Essa vinculação irá englobar o poder judiciário, que também deverá proteger os direitos de particulares contra particulares.

A solução traz como dificuldade o alcance e as conseqüências dessa intervenção do Estado em direitos privados para a efetivação de direitos fundamentais. A melhor solução seria uma previsão legal, estabelecendo limites e casos específicos de atuação. Outra possibilidade seria deixar a cargo da jurisprudência e da doutrina para a regulamentação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*. v. 13, n. 3, p. 294-304, Sep. 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, 1994.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto, O direito de propriedade e a Constituição de 1988. Algumas considerações crítica. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 67-77, dez. 2003.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Nuovi stud di teoria del diritto. 2. ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1984.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *A influência dos Direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. Trad. Petre Numann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 769, p. 11-27, nov. 1999.

\_\_\_\_\_. Palavras introdutórias sobre as crises e as contra(a)ções dos direitos fundamentais. *Cadernos de direito*, Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 3-7, dez. 2003.

\_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental. Problemas de concretização e limitação. *Revista dos Tribunais*, v. 94, n. 832, p. 13-36, fev. 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 29, p. 35-43, jun. 1988.

GUASTINI, Ricardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Ghiappichelli Editore, 2001.

LUNARDI, Soraya R. Gasparetto. *A sentença determinativa reconhecida*. 2006 (no prelo).

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MODUNGO, Franco. Principi generali dell'ordinamento. In: MENGONI, Luigi et al. *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*. Torino: Giappichelli, 2000. p. 47-107.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MORATORI, Deborah. *Portador de deficiência e o mercado de consumo: pesquisa quer comprovar que alguns produtos e serviços disponíveis no mercado não são acessíveis aos portadores de necessidades especiais*. Disponível em: <<http://www.jfservice.com.br/consumidor/arquivo/seusdireitos/2003/11/27-projeto/>>. Acesso em: 12 dez. 2005.

REYES LÓPES, Maria José. *Derecho de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2005.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. Coimbra: Almedina, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Organização e introdução Leonardo Martins. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Tratado de argüição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2002.

\_\_\_\_\_. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21-51.

\_\_\_\_\_. *A constituição integrada*. São Paulo: Saraiva, 2002.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares - Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de estudios políticos constitucionales, 1997.





---

**ESTADO E COMÉRCIO INTERNACIONAL:  
CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS**

**STATE AND INTERNATIONAL TRADE:  
CONVERGENCES AND DIVERGENCES**

Patricia Ayub da Costa<sup>\*</sup>  
Tânia Lobo Muniz<sup>\*\*</sup>

**Resumo:** Analisa a evolução histórica do Estado partindo de sua atuação na atividade econômica, considerando o quanto que essa intervenção depende do momento político-econômico vivenciado. Examina a globalização como fenômeno multifacetado que resulta na mundialização do fluxo comercial, surgimento de novos atores internacionais e processo de aceleração da interdependência desses atores. Considera que a divisão de atribuições e a reestruturação do papel Estatal diante do comércio internacional não implicam na crença da desnecessidade deste para o comércio, mas que, pelo contrário, devem convergir em seus interesses para suas próprias manutenções e alcance de seus objetivos de forma equilibrada.

**Palavras-chave:** Estado. Comércio internacional. Globalização. Organizações internacionais.

**Abstract:** This work analyses the historical evolution of the State starting from its presence in the economic activity and considering to what extent such an intervention depends on the political-economic context. It examines globalization as a multifaceted phenomenon that results in commercial flow with worldwide proportions, in the emergence of new international actors and in the acceleration process of interdependence of such actors. This paper also considers that the division of attributions and the restructuring of the State's role in international trade does not

---

<sup>\*</sup> Mestranda em Direito Negocial na área de concentração Direito e Relações Empresariais e Internacionais da Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Empresarial, Fundadora e Diretora Executiva do INPRI - Instituto Paranaense de Relações Internacionais, Advogada e Professora de Direito Internacional.

<sup>\*\*</sup> Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Professora Adjunta do Departamento de Direito Público e do Curso de Mestrado da Universidade Estadual de Londrina.

imply in the belief that it is not necessary for trade; on the contrary, such elements should converge to the State's advantage for its own maintenance and for the achievement of its objectives in a balanced way.

**Keywords:** State, international trade, Globalization, International organizations.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As mudanças no cenário internacional a partir do pós-guerra mundial, como o avanço tecnológico dos transportes e das comunicações, a convivência do multilateralismo com o regionalismo, a intensificação da globalização a partir da década de 80, estreitaram as relações empresariais internacionais ao propiciarem o rompimento de fronteiras para a circulação de mercadorias, serviços, investimentos e pessoas.

Esse movimento acabou repercutindo na soberania dos Estados, limitada pela interdependência comercial e econômica entre si e de outros atores internacionais, como as empresas transnacionais, pelos direitos humanos e por sua participação em organizações internacionais.

Hodiernamente, faz-se uma releitura do Estado e de sua soberania, com um olhar crítico influenciado por questões políticas, sociais, econômicas, culturais e jurídicas. E o direito, como ciência social aplicada, reguladora da sociedade, não pode ficar à deriva dessas mudanças, mas, pelo contrário, deve atender às necessidades do Estado contemporâneo nas relações internacionais, com a finalidade de garantir-lhe estabilidade, bem como a todas as pessoas nele inseridas, sejam naturais ou jurídicas.

O Estado Liberal ressaltava as garantias e liberdades individuais com um papel reduzido socialmente. Daí ser denominado de Estado mínimo que deveria intervir o menos possível e apenas desejável na ordem econômica, com a finalidade de garantir a autonomia privada, o cumprimento dos contratos e a livre concorrência.

No entanto, aos poucos a classe trabalhadora demandou por direitos sociais, não concordando com o tratamento dispensado; aliado a isso, depois da I Guerra Mundial, o capitalismo passou a necessitar de grandes somas de capital e de novos meios para socorrer as economias atingidas pela guerra. Esse cenário contribuiu para uma remodelação das funções Estatais, impensável para o padrão até então existente. (MARQUES NETO, 2002).

Assim, o Estado Social cresce como resposta às debilidades do Estado

Liberal. Caracteriza-se como provedor do bem estar social, tem um caráter extremamente intervencionista, inclusive na economia. Com isso, suprime liberdades individuais e estende sua influência a quase todos os domínios que pertenciam à iniciativa individual, é o próprio Estado que investe para poder criar condições adequadas para o andamento da atividade produtiva, endividando-se.

A partir da década de 80 intensifica-se o movimento comercial internacional e cresce a competitividade entre os envolvidos nesse comércio, sejam empresas privadas ou estatais. Para se destacar é preciso o investimento em novas tecnologias nas áreas de comunicação, transporte, infra-estrutura, etc. Percebe-se, então, que os custos do modelo estatal voltado para os direitos sociais são demasiadamente pesados, o que dificulta a concorrência, o desenvolvimento econômico em nível global.

Essa percepção permite que esse paradigma de Estado entre em crise, pois não possui recursos para manter a “superestrutura” criada para atender o bem social e acaba perdendo espaço no cenário econômico, abrindo caminho para uma nova era: a da globalização que vem acompanhada de políticas neoliberais.

Atualmente vive-se um novo ciclo do capitalismo ditado pela tecnologia e por novos meios de organização da produção, o que leva alguns a acreditarem que o Estado Nacional não é necessário como elo essencial na estruturação da cadeia produtiva (MARQUES NETO, 2002). Marques Neto (2002, p. 102) explica que, em suma, “peleja-se pela redução ou retirada do Estado de todos os campos em que os atores econômicos possam atuar com maior eficiência ou desejam atuar com ampla liberdade”.

Contudo, como expõe Gilmar Antonio Bedin (2005, p. 82),

[...] uma das primeiras conseqüências estruturais do fenômeno da globalização é o declínio do conceito de soberania e a redefinição do papel do Estado soberano na articulação dos acontecimentos humanos. Isto, no entanto, não quer dizer que o Estado moderno deixou de ser, integralmente, uma das mais sólidas instituições políticas do mundo moderno e uma das referências mais relevantes da sociabilidade humana da atualidade. O que é possível afirmar é que o Estado passou a desempenhar novas funções – como auxílio à formação dos blocos econômicos regionais e de fomento à organização e à criação de inteligência artificial – e que adquiriu um novo estatuto, notadamente de um Estado dotado de soberania e autonomia relativas.

Nesse sentido, é fato notório que a soberania do Estado não é absoluta como era no início do Estado moderno, porém, sua flexibilização não retira

do Estado sua função de gestor da sociedade nacional e tampouco sua qualidade de sujeito de direito internacional.

Passando-se pela evolução do Estado Absolutista até o Neoliberal, percebe-se que de uma forma ou de outra sempre houve intervenção no domínio econômico, porém, essa intervenção que dita a força soberana do Estado varia conforme a decisão política. Nesse sentido, Fabio Nusdeo (2001) explica que saber o *quanto* de Estado trata-se de uma opção política da sociedade e ela tenderá a combinar as parcelas de Estado e mercado na medida desejável em determinado momento histórico.

Dessa forma, as transformações do Estado observadas refletem uma necessidade e uma decisão política de, em determinado momento, geralmente acompanhado por fatores ligados à economia, determinar-se o imperativo da intervenção estatal. A grande discussão está em saber quanto do fluxo comercial internacional é determinante no *quantum* de soberania de um Estado.

### 3 COMÉRCIO INTERNACIONAL

#### 3.1 Globalização no comércio

Não só os Estados mudaram; mas as relações comerciais também se intensificaram e mundializaram, ganhando proporções inimagináveis: - o comércio não conhece fronteiras, é real, é virtual, é transnacional. Iniciou sua empreitada nas caravelas e hoje é cibernético. Aproximou pessoas e culturas e consigo trouxe inovações no direito, como o direito comunitário.

A aproximação entre as pessoas, essencialmente no campo comercial e econômico, é uma necessidade humana e acompanha a própria evolução da convivência em sociedade. Entretanto, houve uma intensificação desse processo a partir do pós-guerra, com a criação de blocos comerciais regionais e com as inovações tecnológicas nos mais diversos campos do conhecimento.

Paula Christine Schlee (2004, p. 55) afirma que a globalização

[...] é o conjunto de transformações econômicas, políticas, sociais e culturais, em curso a partir de princípios da década de 1980, ocasionado e facilitado pelo surgimento e desenvolvimento das tecnologias de informação e da desregulamentação dos mercados mundiais de capitais, que resultaram na interligação profunda desses mesmos mercados, com reflexos nos mercados mundiais de bens e serviços e ocasionando uma nova divisão internacional do trabalho.

Contudo, a globalização não é fenômeno recente na história da humanidade, porém, a evolução tecnológica propulsada a partir da década de 1980 foi

essencial para que se alcançasse o grau de desenvolvimento e de interdependência hoje existente entre os mais diversos atores internacionais.

Portanto, a emergência do fenômeno da globalização do mundo configura-se como uma grande mudança histórica, caracterizada por uma maior interdependência global, em que o centro da articulação da sociedade internacional desloca-se, em boa medida, dos Estados soberanos para os novos atores das relações internacionais (organizações internacionais, empresas transnacionais, organizações não-governamentais, etc.) e passa a se constituir a partir de novos canais de comunicação e de novas referências significativas, não mais nacionais e sim mundiais (BEDIN, 2005, p. 80).

Essas transformações permitem a internacionalização do processo produtivo - a capacidade das empresas de mobilizarem as estruturas de produção para qualquer país a fim de escapar da intervenção estatal no domínio econômico com o nascimento de “fábricas globais”, e, por outro lado, com o poder da comunicação de massa, a mundialização do consumo (MARQUES NETO, 2002, p. 106-108).

Jurgen Habermas (apud MARQUES NETO, 2002, p. 108) assinala que

[...] com a internacionalização dos mercados financeiros, de capitais e de trabalho, os governos nacionais têm sentido crescentemente o descompasso entre a limitada margem de manobra de que dispõem e os imperativos decorrentes basicamente não das relações de comércio em nível mundial, mas das relações de produção tramadas globalmente. Estas escapam mais e mais às políticas intervencionistas dos governos.

José Eduardo Faria (apud MARQUES NETO, 2002, p. 109) explica os reflexos desse processo apontando que a “mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro”, para se afirmar e expandir, acaba por transpor os limites geográficos das economias nacionais, “limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados Nacionais”, ou seja, restringindo a própria soberania.

Interessante observar que Montesquieu (apud DAL RI JÚNIOR, 2000) legitimava a expansão do mercado como instituição política, considerando-o elemento propício a limitar o poder absoluto do soberano. Porém, também ponderava que a ambição dos homens poderia levar a abusos. Ainda afirmava que o desenvolvimento do comércio internacional conduziria ao estabelecimento da paz entre as nações, pois as nações que negociassem tornar-se-iam dependentes (apud DAL RI JÚNIOR, 2000). Nesse sentido, entendia

Kant que a expansão do comércio conduziria à união pacífica entre os povos (apud DAL RI JÚNIOR, 2000). E, nesse mesmo raciocínio, explica Roberto Di Sena Junior (2006, p. 49), “[... ] sob o ponto de vista teórico, o comércio internacional objetiva promover o bem-estar dos povos através do aumento de sua renda real proporcionada pela expansão do fluxo comercial entre as nações”.

Nos dias atuais, constata-se que a expansão comercial realmente tornou os Estados economicamente dependentes, porém, a união pacífica entre os povos parece estar ameaçada pelos abusos e opressão dos mais poderosos sobre os mais pobres, pela cobiça e ganância do homem que não tem conseguido dosar a expansão comercial com a própria sustentabilidade de sua vida em seu meio ambiente. Fatores que levam Eduardo Jorge e Luiz Gushiken (apud MARQUES NETO, 2002, p. 105) a defender que

[...] a globalização, mundialização, ou como se queira chamar, é um fato. Um fenômeno irreversível, com efeitos danosos para os mais fracos já há muito denunciados, mas, ao mesmo tempo, com potencialidades positivas capazes de produzir alternativas que nos elevem a um novo patamar civilizatório.

Dessa maneira, a atuação do direito é essencial na regência dessa orquestra formada por atores com especialidades, necessidades e interesses distintos, como os Estados, as empresas transnacionais, as organizações internacionais intergovernamentais e a sociedade civil, para combater os abusos, propiciar o desenvolvimento sustentável e a harmonia nas relações internacionais.

### **3.2 Comércio internacional e Direito**

Como se pode perceber, com o passar dos séculos o comércio desenvolveu-se e expandiu-se por todas as partes do mundo, de modo que nenhum país hodiernamente possa viver isoladamente. O intercâmbio de informações, mercadorias e serviços é intenso e cotidiano.

O que é esse comércio internacional? Irineu Strenger (1998, p. 82.) define-o como o conjunto de operações internacionais de finalidade lucrativa realizado por meio de intercâmbio de bens visíveis (mercadorias) ou de negócios invisíveis (referidos a serviços e transações).

Trata-se de ambiente dinâmico, ao qual o direito não pode estar alheio à sua realidade. No entanto, os legisladores e julgadores nacionais têm demonstrado dificuldades em acompanhá-lo devido às suas complexidades e à diversidade de atores e sistemas jurídicos envolvidos.

Assim, embora as diferenças sejam imensas e as legislações internas de cada

país queiram regular essas relações, e de certa forma o fazem com o comércio interno, não se pode pensar que os Estados tenham total ingerência no âmbito internacional, porque independente do uso, da língua, da cultura e da religião, o que o empresário pretende (universalmente) é vender, comprar, trocar, lucrar; como a própria história do comércio já demonstrou.

Nesse sentido, explica Irineu Strenger (1996, p. 62) que

a diversidade dos sistemas existentes e a participação dos Estados nos atos de comércio convenceram os juristas e comerciantes, nessa área, de que as leis nacionais interferem negativamente no crescimento global do comércio e de que há necessidade de desenvolver regras que possam ser aplicadas indistintamente, seja onde for que ocorra uma transação de comércio.

Foi na busca dessa segurança, que não necessariamente provém dos judiciários estatais, mas em geral dos próprios costumes comerciais, que com o decorrer dos anos os profissionais do comércio, as entidades privadas e organismos internacionais formaram um “código de normas e princípios” que os resguardam, independentemente da religião, regime político ou costume da outra parte.

Assim, com o crescimento das atividades empresariais, os comerciantes foram unificando seus usos e costumes para diminuir os conflitos decorrentes de suas diferenças, surgindo a partir daí, o que se denomina atualmente de nova “lex mercatoria” internacional, estabelecendo alguns pilares fundamentais como: os usos profissionais, os contratos-tipo, as regulamentações profissionais ditadas nos limites de cada profissão por suas associações representativas e a jurisprudência, principalmente a arbitral (STRENGER, 1996).

Marcus Bacciga (2002) explica que a presente realidade é de um comércio internacional em expansão que paradoxalmente unifica o gênero humano, por não conhecer barreiras políticas ou culturais, e concomitantemente é causa de conflitos, clamando pela presença racional das instâncias de direito internacional público.

Assim, faz-se mister a emergência de um novo arcabouço de Direito Internacional, “em cujo âmbito os processos de elaboração normativa se dão no plano das interdependências sociais e econômicas descentralizadas”, exigindo um novo direito para reger esta sociedade globalizada, com a possibilidade de influenciar o direito interno, como já vem ocorrendo na solução de conflitos, com a arbitragem (MARQUES NETO, 2002, p. 111-2).

Significa que essa estrutura não é só de natureza pública, mas também mercatória. Cabe ressaltar o desempenho eficiente das organizações internacionais

no estabelecimento de códigos de normas na tentativa de harmonizar e até mesmo unificar procedimentos e regras internacionais.

### 3.2.1 “Lex mercatoria”

Como visto, as relações econômicas decorrentes das atividades empresariais aos poucos formaram uma regulamentação relativamente independente dos regimes jurídicos estatais, vinculando todos que atuam nesse cenário - a “lex mercatoria”.

Como fontes da “lex mercatoria” têm-se os usos e costumes, os princípios gerais e as regras emanadas das organizações internacionais e/ou entidades privadas com atuação representativa das comunidades comerciais (STRENGER, 1996).

Destaca-se o intenso trabalho de unificação, consolidação e síntese, ao qual vêm se dedicando várias instituições internacionais:

Esse trabalho constitui-se na edição de leis uniformes, leis-modelos, conjuntos de regras e princípios que regem o comércio internacional, dos quais são exemplos as Leis Uniformes sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias (Genebra, 1930), a Lei Uniforme sobre Cheques (Genebra, 1931), os Incoterms, as Regras e Usos Uniformes de Créditos Documentários, as Regras Uniformes para Garantia de Contratos (CIC), a Lei-Modelo de Arbitragem (UNCITRAL), a Convenção Internacional sobre Compra e Venda Internacional (Viena, 1980), os Princípios dos Contratos Internacionais (UNIDROIT) e a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (Cidip V - Cidade do México, 1994). (MAGALHÃES; TAVOLARO, 2004, p. 64).

Na doutrina, Irineu Strenger (1996, p. 78) entende como “lex mercatoria” o “conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz”.

“Pode-se considerar a *lex mercatoria* como as regras costumeiras desenvolvidas em negócios internacionais aplicáveis em cada área determinada do comércio internacional, aprovadas e observadas com regularidade” (MAGALHÃES; TAVOLARO, 2004, p. 61).

Deve-se alcançar, contudo, que embora haja autonomia da vontade em âmbito normativo internacional expressado, por exemplo, pela “lex mercatoria”<sup>1</sup>, essa não está “solta” na sociedade sem nenhum tipo de limites,

---

<sup>1</sup> As regras da *lex mercatoria*, desenvolvidas no comércio internacional embora nem sempre previstas nos direitos nacionais, não são necessariamente com estes conflitantes,



mas pelo contrário, as normas de direito internacional devem ser aplicadas e executadas sob a jurisdição de um Estado e, portanto, não podem contrariar a soberania, a ordem pública e os bons costumes. Pois, não seria possível imaginar norma jurídica sem o suporte de coerção estatal.

Tem-se, portanto, que essas normas, em algum momento, principalmente quando não forem cumpridas espontaneamente terão que ser aplicadas em algum Estado, caracterizando o vínculo entre si e a legislação interna desse determinado país.

Contudo, visando maior segurança e celeridade, com a evolução comercial, a comunidade empresarial internacional foi apresentando suas próprias normas garantidoras, incluindo em seus contratos verdadeiro sistema sancionador, aceitando a decisão de árbitros e, até mesmo, formando um sistema de sanções indiretas, mas não menos eficazes, que pode se apresentar em forma de lista negra, boicote, não admissão a concorrências, exigência de maiores garantias ou diversas condições de pagamento, que podem deixar fora do mercado o inadimplente (STRENGER, 1996).

Floriano Peixoto Marques Neto (2002) corrobora a posição acima ao afirmar que a “lex mercatoria” é respeitada por estar inserida não só no âmbito dos organismos internacionais, mas na própria relação entre as corporações empresariais privadas.

A importância desse conjunto de normas para as relações comerciais pode ser percebida na exposição de Irineu Strenger (1996, p. 147-148), que acredita ser a única teoria capaz de auxiliar os empresários a atuarem internacionalmente

[...] sem correr o risco de ver-se bloqueado pela contingência do conflito de leis ou até mesmo a ordem pública interna, porquanto está baseada em mecanismos mais flexíveis, que permitem contornar esses impasses, como ocorre com as decisões arbitrais, livremente desenvolvidas e com percentual relativamente pequeno de casos dependentes de execução forçada perante justiças estatais.

Assim, Arnaldo Wald (1994, p. 326-327) alerta que a atitude do jurista brasileiro, no que diz respeito à “lex mercatoria”, deve ser de participante

---

sendo com freqüência compatíveis com os princípios que governam o direito obrigacional. Os tribunais poderão dar-lhe efetividade, seja fundamentados no princípio do *pacta sunt servanda* e no da boa-fé, seja na sua adequação aos princípios gerais no direito. Somente quando norma de ordem pública local for violada é que os tribunais nacionais estarão compelidos a afastar a aplicação da regra costumeira internacional. (MAGALHÃES; TAVOLARO, 2004, p. 62).

---

ativo de sua construção, pois este novo direito se inspira “nos princípios gerais do sistema jurídico dos países do Ocidente, ao qual pertencemos, pela nossa cultura, pela nossa formação e pelos nossos ideais democráticos, liberais e inspirados na Justiça”.

Desse modo, a nova “lex mercatoria” tem se destacado no cenário comercial internacional, impulsionando-o, garantindo-lhe segurança e meios eficazes para a solução de conflitos sem a intervenção direta do Estado, o que não significa sua exclusão no momento em que for necessária sua aplicação e execução.

#### 4 A REMODELAÇÃO DO ESTADO ATUAL

Com a análise das transformações do Estado e do comércio internacional é possível sopesar a relação entre os atores internacionais atualmente, inclusive discutindo-se as atribuições do Estado no século XXI.

Nesse cenário internacional, com um comércio internacional em plena expansão e mundializado, questiona-se a própria necessidade do Estado. Elve Miguel Cenci (2008, p. 8) contextualiza a questão

Se tradicionalmente os Estados nacionais estabeleciam claramente as regras de atuação dos atores internos e as relações com os externos, com a globalização essas noções são alteradas. Mesmo os acontecimentos locais sofrem em grau maior ou menor a interferência de fatores externos, basta ver os efeitos da concorrência mundial em certos setores da economia. Decisões tomadas ao redor do mundo pelas grandes corporações influenciam até mesmo decisões governamentais.

Habermas (apud CENCI, 2008, p. 8) explica que a “administração e a legislação nacionais não têm mais um impacto efetivo sobre os atores transnacionais, que tomam suas decisões de investimentos à luz da comparação, em escala global, das condições de produção relevantes”.

Não existe mais fidelidade de agentes econômicos aos Estados, eles vivem em busca de melhores condições para o exercício de seus interesses e para que os Estados mantenham o nível de investimentos é preciso fornecer condições de desenvolvimento a estes atores, principalmente às empresas transnacionais.

Em verdade, há concorrência entre os Estados na busca por investimentos externos em seu território e por sua vez, as empresas transnacionais buscam locais com políticas de governo propícias para rentabilidade de seus negócios.

Os agentes econômicos circulam pelo mundo em busca de melhores oportunidades e cobram dos governos locais condições de infra-estrutura adequadas. Cabe ao Estado fornecer tais condições para que os agentes privados possam competir entre si em escala planetária. Sob o ponto de vista político,

ganha eleitoralmente o governante que conseguir guardar a posição, isto é, atrair cada vez mais novos capitais para seu país mesmo que em condições assimétricas de negociação. (CENCI, 2008, p. 9).

Nessa conjuntura, a intervenção do Estado no domínio econômico varia conforme as decisões políticas e as necessidades de mercado. Floriano Peixoto Marques Neto (2002) ensina que os Estados não deixaram de ser atores relevantes, mas passaram a compartilhar o espaço decisório com outros atores, tendo que ora coadjuvá-los, ora compor seus interesses, ora ainda se afirmar coercitivamente.

Conforme Montesquieu (apud DAL RI JÚNIOR, 2000, p. 88-89), o fato de o comércio internacional exigir um certo grau de confiança leva o Estado a estar sempre preparado para intervir, regulamentando de modo preciso a economia e o fluxo comercial para evitar atitudes arbitrárias que possam vir a criar restrições sem fundamentos ao comércio.

Porém, as circunstâncias atuais têm levado os Estados à percepção de que não podem por si só resolver os problemas decisivos da ação política ou realizar de forma efetiva um amplo leque de funções públicas. Sozinhos os Estados não têm meios para combater os problemas transnacionais como o cibercrime ou o mercado de exploração sexual, a segurança básica, os direitos humanos, os temas sociais globais, como a proteção do meio ambiente, que devem ser debatidos cooperativamente (PEREIRA, 2006).

Assim, até mesmo em situações em que geralmente os Estados agiriam de forma independente, presencia-se a necessidade de cooperação entre todos os atores internacionais, contando com um papel cada vez mais importante das organizações internacionais.

Para Habermas (apud CENCI, 2008, p. 1), a sugestão perante um mundo que é interdependente e multicultural, seria, nas palavras de Elve Miguel Cenci “a supranacionalidade como a forma mais adequada para normatizar competências que foram tiradas do Estado-nação e evitar que o mercado faça suas próprias regras sem limites.”

De acordo com Dupas (apud SCHLEE, 2004, p. 67-68), o cenário atual aponta para a solução no sentido de “um Estado, atuante e catalisador, facilitando, encorajando e regulando os negócios privados” para com isso promover o desenvolvimento. Este deve ser o papel do Estado no século XIX, sem descuidar de sua efetividade quanto a garantir os direitos fundamentais à população.

Assim, o Estado ainda é agente da produção; possui a reserva de exploração de certos meios de transporte, de agências educacionais, de empresas ou

atividades que repercutem na estabilidade e segurança das instituições, sempre pautado pela sustentabilidade (VILANOVA, 2003, p. 478). Nas questões menores, referentes às atividades empresariais internacionais, são resolvidas pela “lex mercatoria”, e as grandes ficam para as organizações intergovernamentais, formadas pelos Estados.

Portanto, é preciso reconhecer que houve profundas modificações nas funções do Estado em decorrência da globalização e da divisão de atribuições, que antes eram somente suas, com as organizações internacionais e com empresas privadas com poderio econômico, muitas vezes maior que de Estados em desenvolvimento. Porém, isso não representa o fim do Estado, pois este possui relevante papel no cenário internacional e interno diante de seus cidadãos, mas uma reestruturação, adequação, não extermínio.

## 5 O PAPEL DOS NOVOS ATORES INTERNACIONAIS NO EQUILÍBRIO ESTADO x COMÉRCIO

Partindo-se do pressuposto de que o Estado não deixou de existir, mas apenas vive um momento de readequação por dividir seu espaço decisório com outros atores internacionais, faz-se necessário discutir qual o papel desses novos personagens para se alcançar o equilíbrio e o desenvolvimento sustentável sócio-econômico da humanidade.

Assim, além dos sujeitos de direito internacional, analisa-se também os denominados novos atores internacionais - todos aqueles que influenciam diretamente o desenvolvimento das relações internacionais, mas que não possuem as características para a consideração de sua capacidade, como as empresas transnacionais e a sociedade civil por meio das organizações não-estatais.

As empresas transnacionais destacam-se no comércio internacional, segundo Sklair (apud BEDIN, 2005, p.91), por sua influência na flexibilização da soberania estatal.

Daí, portanto, a importância das empresas transnacionais e a supremacia do mercado como referências centrais da atualidade. É que não podemos esquecer que as empresas transnacionais são o foco das práticas econômicas globalizadas e que se constituem no núcleo de articulação fundamental do sistema de economia-mundo da atualidade. Além disso, estas empresas constituem-se nos principais atores das “práticas ideológico-culturais transnacionais que podem ser encontradas na cultura-ideologia do consumismo [e na supremacia do mercado global como referência principal da sociedade atual]”

É notório que com a globalização os Estados não têm mais condições, de

sozinhos, imporem medidas ao mercado, pois já não são os únicos atores internacionais. Embora o ente estatal tenha perdido algumas competências nesse cenário, externo e interno, devido à interdependência entre Estados e/ou outros atores, é possível limitar os impactos negativos do “mercado” e resolver grandes problemas mundiais- como o terrorismo, a destruição do meio ambiente -, por meio de um diálogo entre todos esses atores, enfocando-se a importância das organizações intergovernamentais e as não governamentais.

Dentre as principais organizações governamentais que regem as relações comerciais, tem-se a Organização Mundial do Comércio (OMC), a própria Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) no sentido de serem responsáveis pela paz e segurança mundial, elementos essenciais ao bom desenvolvimento comercial, além da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) e outras. No entanto, justamente pela participação dos Estados na composição e organização destas entidades é que nasce o problema da continuidade e estabilidade nas tomadas de decisões, uma vez que os governos dos Estados mudam e com eles as políticas comerciais e econômicas.

Nota-se, então, a necessidade de uma participação cada vez mais efetiva das organizações não-estatais, não somente em debates, mas também nas tomadas de decisões das organizações internacionais intergovernamentais, como a Organização Mundial do Comércio.

A atuação de atores não-estatais no sistema internacional é crescente e cada vez mais organizada. Na área relativa ao comércio internacional, esses “novos” atores inserem-se na dinâmica das relações relativas ao comércio de diversas formas, com grande domínio sobre as técnicas e procedimentos da área. E, esse domínio coloca em questão o monopólio do discurso no sistema internacional pelo Estado, inclusive perante organizações inter-governamentais, como a OMC. (SANCHEZ, 2002, p. 151-152).

As organizações não-governamentais - apesar de estarem sob o manto de um direito interno do Estado onde foram constituídas-, têm ganhado maior destaque no âmbito do sistema internacional de comércio em função de seus objetivos alcançarem atividades de caráter transnacional e por possibilitarem aos cidadãos participarem mais ativamente dos fóruns internacionais. (SANCHEZ, 2002, p. 155).

Essa estrutura demandada requer, realmente, que se desenvolvam formas para um governo global democrático. As estruturas das organizações internacionais, apesar das inovações introduzidas durante o último século, seguem a estrutura

clássica das organizações inter-governamentais compostas de apenas um sujeito de direito internacional, qual seja, o próprio Estado. O reconhecimento de outros atores restringe-se ainda a uma cooperação incipiente e que com certeza deve requerer, num futuro próximo, novas concepções do sistema internacional e seus sujeitos. Para tanto, a estrutura dessas organizações, inclusive da OMC, deverá passar pelas reformas necessárias. E, essas reformas e novos processos deverão ser seguidos por toda a comunidade internacional, a fim de que não se provoque um déficit no reconhecimento normativo pelos atores. (SANCHEZ, 2002, p. 168).

Com isso, nota-se que os objetivos e necessidade dos atores comerciais e dos Estados não são tão diametralmente divergentes como se prega, pois ambos precisam conviver de forma equilibrada para alcançarem suas necessidades e seu público: cada cidadão potencialmente consumidor e contribuinte.

Por isso, torna-se necessária “uma nova concepção da política que abandone a velha dicotomia inter-Estado/intra-Estado e que, reunindo estas duas dimensões, incorpore a diversidade das entidades políticas e dos novos atores públicos e privados que, atuando em diferentes planos, o local, o nacional e o global, dêem uma nova configuração à reflexão sobre a política internacional. (CAMARGO, 1999, apud BEDIN, 2005, p. 93).

Assim, Gilmar Antonio Bedin (2005, p. 93) defende que

Partindo da idéia do declínio da governabilidade estatal e da diminuição da eficiência e da eficácia da ação pública e da crescente complexidade e interdependência do mundo da atualidade, a governança democrática global reconhece que os mercados globais tem sido os verdadeiros árbitros da sociedade internacional atual e que, como saída, deve-se estabelecer um conjunto de regras e procedimentos, visando equilibrar as diferentes forças políticas existentes e viabilização da criação de novas instituições e de novos espaços públicos democráticos.

Importante ressaltar que a sociedade civil também possui em seu favor a força da opinião pública para influenciar os atores do mercado, ou seja, as empresas que atuam no comércio internacional, pois dependem da imagem para a inserção de seus produtos nos mercados consumidores e conseqüentemente para a auferição de lucro.

Dessa forma, se houver uma maior participação da sociedade civil na cobrança de resultados sustentáveis para o comércio internacional, maior será a possibilidade de que esse objetivo se realize, beneficiando ainda uma parceria entre o setor privado investidor e o Estado, o que resulta em qualidade de vida e promoção da dignidade humana ao final, alcançando a tão desejada paz mundial.

Nesse contexto globalizado, é preciso reforçar o papel dos novos atores, cada um dentro de suas potencialidades, na busca de uma relação equilibrada entre o Estado e o comércio internacional.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do Estado Absolutista ao Neoliberal muita coisa mudou: o poder do soberano, o direito, a economia, o comércio, a relação de interdependência entre os Estados, o surgimento das organizações internacionais e a influência de empresas transnacionais nas relações empresariais e internacionais.

O fenômeno da globalização, que se intensificou após a década de 1980 com a evolução tecnológica, influenciou a remodelação do Estado que passou a dividir suas atribuições com novos atores internacionais. O comércio tornou-se mais dinâmico e mundializado com a abertura das fronteiras nacionais para as relações empresariais exteriores.

O direito como ciência social veio regulamentar essas relações, fazendo-o por meio da nova “*lex mercatoria*” - aplicada principalmente pelos empresários e pelas entidades privadas - e do direito internacional público, destacando-se o papel das organizações intergovernamentais.

Dessa forma, pela menor intervenção estatal no domínio econômico, alguns arriscam que seria o fim do Estado, uma vez que sua soberania estaria limitada aos interesses particulares de outros atores internacionais. Porém, o Estado ainda é importante ator no cenário internacional, embora esteja passando por transformações em seu conceito de soberania, entendendo que compartilhar não significa fraquejar, bastando mirar-se pelo exemplo da União Européia e do direito comunitário.

Vive-se um mundo em constante reestruturação, um comércio em expansão, um direito em evolução, um Estado em readequação. Evidente, porém, que ainda cabe ao Estado zelar por seus cidadãos, garantindo-lhes segurança e bem estar social.

Como acreditavam Montesquieu e Kant, a expansão do comércio deve levar à interdependência e conseqüentemente à paz. Porém, antes, é preciso entender que o Estado e o comércio devem convergir em seus interesses, pois sem investimentos e fluxo comercial o Estado seria levado ao caos econômico, ao mesmo tempo em que, por sua vez, para que haja comércio é preciso que exista mercado e sem estabilidade estatal não há consumo.

Assim, Estado e comércio devem alinhar seus interesses para que se alcance desenvolvimento, tendo como aliados os novos atores internacionais, como

as organizações não-estatais formadas pela sociedade civil que precisa participar mais ativamente dessas transformações, uma vez que qualquer decisão na seara internacional influencia diretamente suas vidas.

## REFERÊNCIAS

BACCEGA, Marcus. O comércio, suas funções e sua relevância para o direito internacional público. AMARAL JÚNIOR, Alberto (Coord.). *Direito do comércio internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BEDIN, Gilmar Antonio. Globalização e suas conseqüências estruturais: potencialidades e desafios. *Revista de integração latino-americana*, Santa Maria, ano 1, n. 2, p. 77-98, jul./dez. 2005.

CENCI, Elve Miguel. Globalização, Estado-nação e regimes supranacionais. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/elve\\_miguel\\_cenci.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/elve_miguel_cenci.pdf)>. Acesso em: 31 jan. 2008.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do direito internacional; comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

DI SENA JÚNIOR, Roberto. *Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC*. 1 ed., 3 tir. Curitiba: Juruá, 2006.

MAGALHÃES, José Carlos de; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do direito do comércio internacional: a *lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Juan Pablo Fernández. *La seguridad humana*. Barcelona: Ariel, 2006.

SANCHEZ, Michelle Ratton. Atores não-estatais e sua relação com a Organização Mundial do Comércio. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto (Coord.). *Direito do comércio internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.



SCHLEE, Paula Christine. Política e globalização econômica: o relacionamento Estado- empresas transnacionais. In: CAUBET, Christian Guy (Coord.). *A força e o direito nas relações internacionais: as repolarizações do mundo*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3 ed., São Paulo: LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito do comércio internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996.

VICENTINO, Cláudio. *História geral*. São Paulo: Scipione, 1997.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003. v. 2.

WALD, Arnaldo. Algumas aplicações da Lex Mercatoria aos contratos internacionais realizados com empresas brasileiras. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: LTr, 1994.



---

INTERVENÇÃO CONTEMPORÂNEA DO ESTADO BRASILEIRO:  
POSITIVAÇÃO DOS IDEAIS NEOLIBERAIS TRABALHISTAS

CONTEMPORARY INTERVENTION IN THE BRAZILIAN STATE:  
POSITIVATION OF THE WORKING NEOLIBERAL IDEALS

César Bessa\*  
Andreana Dulcin Platt\*\*

**Resumo:** Este estudo visa investigar a hodierna configuração que ocorre junto ao Direito do Trabalho, diante das investidas de ajuste promovidas pelo neoliberalismo que ocorreram nestes últimos quatros anos do Governo Lula. As causas coletivas dos trabalhadores expressas nos textos legais, principalmente as que se referem às perdas nas questões, como “o dissídio coletivo”, o “desconto em folha” e na ampliação do módulo semanal de trabalho, fomentada pela abertura do comércio aos domingos, serão aqui destacadamente analisadas.

**Palavras-chave:** Neoliberalismo. Direito do Trabalho. Legislação.

**Abstract:** This study aims at investigating the current configuration of Work Rights, bearing in mind the adjustment attempts promoted by Neoliberalism that occurred in the last four years of President Lula’s government. The workers’ collective claims expressed in the legal texts, mainly the ones referring to losses in issues such as the “collective agreement”, the “payroll withholding”, and in the extension of the weekly work period, fomented by the opening of shops on Sundays, will be analyzed in detail in this work.

**Keywords:** Neoliberalism. Work Rights. Legislation.

---

\* Mestre em Direito Negocial pela UEL/PR. Professor do Departamento de Direito Público da UEL/PR. e-mail: bess@sercomtel.com.br

\*\* Doutora em Educação pela UNICAMP/SP. Professora do Departamento de Educação da UEL/PR. Graduada em Direito pela PUC/PR. Pós-Graduada em Direito pela UEL/PR. e-mail: adplatt@uel.br

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo versa pela análise aos hodiernos mecanismos neoliberais à organização do Estado brasileiro que se dá por meio de um confronto às históricas conquistas expressas no Código trabalhista. Para tanto, resgataremos historicamente as bases da caminhada neoliberal e suas entranhas no corpo estatal, e, após, refletiremos de forma mais acurada sobre o programa que se encaminhou nos últimos quatro anos e que diz respeito precipuamente ao “desconto em folha nos salários dos trabalhadores”, a “jornada de trabalho aos domingos pelos comerciários” e o óbice que se cria aos “sindicatos e o acesso à justiça”.

### 1 A TRAJETÓRIA DA SAGA NEOLIBERAL: REVISITAÇÃO AO MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA E SUA IMPLICAÇÃO NO ESPAÇO ESTATAL

Ao discutir sobre os elementos que compõem a trajetória do movimento político-econômico neoliberal, entendemos como pertinente visitar os elementos que determinaram as condições para seu “acolchoamento” nas diversas nações, assim como a compreensão daquilo que se chamou de “neoliberalismo periférico” quando tratarmos especificamente do caso brasileiro (TAVARES, 1997).

#### 1.1 A Reestruturação “Necessária”

Após inúmeras revoluções políticas originadas da consolidação do modelo na produção capitalista, desde a introdução do primeiro grande invento tecnológico que multiplicou as possibilidades da geração de produtos (máquina a vapor) e por produção de escala industrial, há de se falar também na consolidação de uma formação social do tipo capitalista (SINGER, 1998).

O formato não pacífico das conquistas civis pela nova classe que surgia – a dos operários das fábricas – implicava na “total destruição” de outras esferas de trabalhadores originais à produção agrícola e artesanal, debilitando seus conhecimentos ao vulgo de “desqualificados” ou “semiqualeificados” quando estes possuíam direitos econômicos e políticos por atividades atribuídas a mestres e oficiais. Apenas o exemplo dessa ruptura na composição social entre os indivíduos e seus conhecimentos, na organização de sua existência e o novo modelo que aglutina uma nova lógica de produção (em resposta a esta mesma existência, do consumo e de conhecimentos que urgem em serem aprendidos, de modo que os trabalhadores incorporem habilidades para a manipulação dos maquinários), já é suficiente para que compreendamos a sua repercussão na ampla esfera social.

Podemos falar, portanto, que um dos elementos que produz a crise do sistema capitalista está na esfera da recomposição dos direitos dos trabalhadores com vistas a melhores condições de trabalho e ganhos, frente ao acúmulo estupendo das empresas. Estes, para garantir minimamente sua dignidade frente a exploração de sua mão-de-obra pelas classes dominantes e do empresariado que se beneficia da mais valia expropriada, intensificam ao longo da história, as lutas para conquista e ampliação de seus direitos civis, como relatado acima por Singer (1998).

Segundo Singer (1998), o modelo de produção capitalista tem ao longo de sua história produzido seguidas crises, que urgem por reestruturações com o objetivo de realinhar a produção – e sua variedade, o consumo, o acúmulo de ganhos e a sua ampliação a mercados cada vez mais específicos e “distantes”. Podemos descrever que o Estado, em suas funções precípua, foi o que pacificou esses momentos de crise com o uso de sua estrutura político-jurídica.

Enquanto marcos históricos da sociedade moderna têm-se registrado até então, o volume de três grandes crises mundiais do sistema capitalista: a) crise do modelo de produção clássico ou a Primeira Revolução Industrial, b) Crise do modelo taylorista/fordista de produção (anos 30), c) Introdução do modelo toyotista de produção (anos 70). Tais crises originaram o movimento daquilo que a literatura denomina de “reestruturação do modelo de produção”. Porquanto o capital ser reconhecidamente um “processo”<sup>1</sup>, ele visa a realimentação não só do próprio capital, mas de um modo de vida social, ou seja, ele interpenetra na condição de existência dos indivíduos, por meio dos produtos que distribui ao consumo, promovendo novos desejos e necessidades (HARVEY, 2000). A reestruturação produtiva é uma forma de revitalização ao processo capitalista que, segundo o autor citado, diz respeito a:

[..] regras internalizadas de operação (que) são concebidas de maneira a garantir que ele (capitalismo) seja um modo dinâmico e revolucionário de organização social que transforma incansável e incessantemente a sociedade em que está inserido. O processo mascara e fetichiza, alcança crescimento mediante a destruição criativa [...], explora a capacidade de trabalho e do desejo humanos, transforma espaços e acelera o ritmo da vida. Ele gera problemas de superacumulação para os quais há apenas um número limitado de soluções possíveis. (HARVEY, 2000, p. 307, grifos nosso).

---

<sup>1</sup> Para Harvey (2000, p.307) “o capital é um processo, e não uma coisa”.

Para Huberman (1986) e Dias (1999), é preciso esclarecer que a reestruturação produtiva é reconhecidamente um remédio às crises de supra-acumulação e que serve em dada época histórica e em determinado espaço, de tal sorte que os aspectos infra-estruturais quanto supra-estruturais estejam concordantes, a ponto da existência dos indivíduos não ser objetivada de outra possibilidade, partindo do imaginário popular. Conforme Soja (1993, p. 193), num sentido ampliado, a reestruturação vem a ser uma “freada” ou recomposição por “mudança em direção a uma ordem e a uma configuração significativamente diferente da vida social, econômica e política”. Pressupõe, também, que a antiga ordem esteja “esgarçada para impedir os remendos adaptativos convencionais e exigir, em vez deles, uma expressiva mudança estrutural”. Foi o que ocorreu com toda a ordem econômica mundial, desde o período da Primeira Revolução Industrial, quando não somente o modo de produzir e distribuir os produtos destacadamente se alterou, mas também na organização social que tal alteração demandou.

Segundo Singer (1998, p. 11), a crise da década de 1930, no pós-guerra, opera com uma importante singularidade: a presença forte do Estado em resgate a economia. É a fase do “capitalismo dirigido”, iniciado com a tomada da social-democracia nos governos de economias centrais, como a Suécia. Neste período, o Estado foi denominado de “Bem-Estar Social”, compensando os baixos salários com “benefícios”, negociando com centrais sindicais, estabelecendo, assim, uma inovadora articulação entre mercado e Estado, com vistas ao “pleno aproveitamento dos recursos”.

O último período destacado, neste breve resgate histórico ao processo de reestruturação produtiva, vem a ser a crise da década de 1960-1970. Celebrado enquanto um período de grande prosperidade, o capitalismo mundial teve significativos ganhos, principalmente na recolocação dos indivíduos ao mercado de trabalho ocasionado por uma “quase estabilidade estrutural” (SINGER, 1998). Essa ampliação de direitos se estende para importantes revoluções, principalmente no campo da cultura e da política. A crise se apresenta com o confronto dos fundamentos capitalistas (que independente do formato do estado, nunca se alteram) que se recrudescem pela oposição agora material do denominado “socialismo real”. O autor lembra que no período conhecido com o “Welfare State”, houve a possibilidade da expansão de empresas multinacionais (principalmente Estados Unidos) em vários espaços do planeta, concebendo-se aquilo que denominávamos como “globalismo dirigido” (SINGER, 1998).

A produção capitalista urge por uma readequação, uma vez que a pressão inflacionária decorrente dos “conflitos distributivos” demandava uma nova

oxigenação por meio da abertura de mercados – livres do dirigismo estatal. Nesta “onda”, o Estado é “demonizado” e a ordem mundial exige que em níveis macroeconômicos as teses econômicas de Friedman fossem amplamente desenvolvidas, aplicando-se aos mercados locais a flexibilização, que, no campo da indústria propriamente dita se organizava pelo desenvolvimento tecnológico e logístico do modelo “toyotista”.

O modelo toyotista significa o conjunto de procedimentos industriais, denominados também de produção “just in time”<sup>2</sup> (ou “em tempo”), no qual a organização da empresa, em seus diferentes pontos (da produção à distribuição do produto para consumo), supera seu antigo modelo de estocagem, vedete do processo anterior. Segundo Harvey (2000, p. 140-141), o modelo de “acumulação flexível” demanda uma nova referência que se apóia:

[...] na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. [...] a acumulação flexível parece implicar níveis relativamente altos de desemprego “estrutural” [...], rápida destruição e reconstrução de habilidades, ganhos modestos (quando há) de salários reais [...] e o retrocesso do poder sindical – uma das colunas políticas do regime fordista.

Parte daí o necessário reajuste jurídico-institucional para a inserção do novo modelo de produção e consumo, e, assim, conformar não só os determinantes objetivos para a sobrevivência dos indivíduos (ou infra-estrutural), mas os quesitos nevrálgicos do aparato subjetivo (ou supra-estrutural), com vistas a reificação do novo modelo de existência por meio de valores e símbolos, na cotidianidade de forma ampla. Segundo Harvey (2000, p. 148), esta “nova ordem produtiva” se instala em busca do reequilíbrio das bases do capital por meio “da aceleração do tempo e do giro de produção [...] sem a redução do consumo”

---

<sup>2</sup> Segundo Leite (1994, p. 568) “o *just in time* é um instrumento de controle da produção que busca atender à demanda da maneira mais rápida possível e minimizar os vários tipos de estoque da empresa (intermediários, finais e de matéria-prima). O sistema pode tanto abarcar a relação da empresa com seus fornecedores e consumidores (*just in time* externo) como apenas os vários departamentos e setores que compõem uma mesma empresa (*just in time* interno)”. Para Bernardes (1998, p. 38) a flexibilidade produtiva não estaria atrelada a este instrumento de controle (“*just in time*”), mas “à capacidade de conduzir uma trajetória de inovação tecnológica em condições de incertezas quanto ao futuro”.

O autor ainda denuncia que, por ser acompanhada pela ponta do consumo, a acumulação flexível torna o mundo envolto a modas cada vez mais fugazes “e pela mobilização de todos os artifícios de indução de necessidades e transformação cultural que isso implica”. Harvey (2000) agudiza sua análise quando retrata um importante elemento desses novos tempos sociais: “a estética relativamente estável do modernismo fordista cedeu lugar a todo o fermento, instabilidade e qualidades fugidias de uma estética pós-moderna que celebra a diferença, a efemeridade, o espetáculo, a moda e a mercadificação das formas culturais” (p. 148).

Toda essa estrutura que “acolchoa” o reequilíbrio da ordem econômica mundial possui um “cérebro” político arguto, que conduz importantes modificações que se fazem necessárias à adequação produtiva do capital, em cada Estado-nação: as políticas neoliberais. Para Ianni (1998, p. 29), a estrutura de poder na modernidade tem se materializado em cada país local por meio das chamadas agências multilaterais, ou como o autor cita, por “corporações transnacionais”. Dentre as mais portentosas, podemos citar o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (ou Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento/BIRD) e a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Segundo Ianni (1998, p. 29):

(estes organismos) dispõem de recursos financeiros, técnicos e organizatórios, mobilizando ciência e técnica, equipes e aparatos, para diagnosticar, planejar e pôr em prática decisões que influenciam as economias de cada uma e todas as ações, assim como da economia mundial. A sua capacidade de estabelecer critérios e diretrizes, não só econômico-financeiras, mas também técnico-organizatórias e outras, aos quais devem ajustar-se os governos nacionais, lhes confere a categoria de estruturas mundiais de poder.

## 1.2 A Reestruturação Produtiva “à brasileira”

No Brasil o marco do processo de acumulação flexível se deu com a “aurora” da década de noventa do século passado. Porém, sua presença seria percebida desde meados da década de oitenta, conforme Leite (1994), com a introdução de dois novos formatos na organização do trabalho - a implantação dos CCQs (Círculos de Controle de Qualidade) -, que operou primeiramente entre trabalhadores mais especializados para em seguida romper em diferentes setores, e a introdução de novas tecnologias.

A autora lembra que a introdução dos CCQs esteve atrelada ao movimento político dos trabalhadores desde idos de setenta, uma vez que o afã de



participação, conquistado pelos trabalhadores em seu processo reivindicatório<sup>3</sup>, urgia (segundo a ótica do empresariado) por modelos mais elaborados de controle.

Quanto ao desenvolvimento tecnológico, a partir de 1989, dados coletados atestam que se deram importantes investimentos neste setor, no parque industrial brasileiro (LEITE, 1994).

Embora esses elementos preconizassem uma ruptura do modelo fordista de produção para a produção do tipo toyotista, Leite (1994) assera que não houve grandes alterações no campo da organização do trabalho, uma vez que houve uma “releitura” (ou adaptação) do modelo internacional de inovação tecnológica e organizacional da produção “just in time” pelo empresariado brasileiro, corrompendo a essência de conceitos como “esquemas participativos”, uma vez que se desautorizava a tomada de decisão dos indivíduos, a “polivalência” que seria traduzida na capacidade de controlar mais de uma máquina ao mesmo tempo, etc, e não somente isso, mas a caracterização de uma “just in time taylorizado” entre gerência e trabalhadores, “onde as estratégias careciam do envolvimento e compromisso, dependendo mais da coerção e da pressão sobre os trabalhadores” (LEITE, 1994, p. 570).

A partir dos anos 90, como anteriormente pontuamos, o Brasil incorporou enquanto política de Estado, os principais fundamentos da nova ordem econômica mundial, preconizada pelos novos liberais e pelos novos conservadores<sup>4</sup>, com o propósito de realinhar a economia mundial que estagnara numa crise advinda desde a década de setenta, século XX. O principal motor dessa política estava no fundamento do “Estado Mínimo” quanto aos assuntos do mercado. Sua principal justificativa consistia que o Estado de Bem-Estar Social, que nem havia se incorporado devidamente aqui no país (IANNI, 1998), estaria “dificultando” as possibilidades de crescimento e

---

<sup>3</sup> A lembrança de que o modo de produção capitalista, com seu respiro promovido pelo processo de reestruturação, aduz a uma nova organização social e que sempre se supera em outros dados da existência social. Esse movimento, num sentido espiral e dialético, se dá pelos confrontos entre os diferentes interesses de classe e pela distribuição da riqueza produzida pelos trabalhadores, que segundo a tese sustentada até aqui, é o principal foco que promove para as modificações jurídico-institucionais.

<sup>4</sup> A aliança entre os novos liberais (ou neoliberais) e os novos conservadores (ou neoconservadores) se chamará de “Aliança da Nova Direita” e se iniciou a partir da primeira metade da década de setenta, do século passado. Sobre esse assunto consultar Cueva (1989) e Boron (1999).

desenvolvimento econômicos, uma vez que havia uma centralidade das ações estatais naquilo que o mercado deveria promover por si (como os serviços de saúde, educação, terceirizações, alimentação, energia, comunicação, extração de minérios e matéria-prima, etc), a partir da concorrência de preços e na liberdade de contratar.

Francisco de Oliveira (2000, p. 24) aponta que a última década dos anos noventa após os ventos da empreitada neoliberal e a partir da eleição do “caçador de marajás” (era Collor) sucede-se o escopo para atrelar a necessária transformação do Estado. O Estado deveria “sair” de uma condição de parasita da economia, promotor da má distribuição de renda e da situação em que se encontravam os serviços básicos da política social, para aquele em que

o resultado (seja) o radical enfraquecimento do Estado, cada vez mais submetido aos interesses das classes dominantes e renunciando a graus importantes de soberania nacional diante da superpotência imperial, a grande burguesia transnacionalizada e suas ‘instituições’ guardiãs: o FMI, o Banco Mundial e o regime econômico que gira em torno da supremacia do dólar. (BORON, 2000, p. 78).

## 2 AS PRINCIPAIS ATUALIDADES DO PROGRAMA NEOLIBERAL NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO

O Direito do Trabalho estuda o ordenamento jurídico moldado pela civilidade cultural para regular as relações de emprego na vida cotidiana; ou seja, a vida pensada em sociedade convencionou condições mínimas para que, por meio de um contrato, uma pessoa possa explorar o trabalho de outra pessoa. Essas condições mínimas são critérios culturais, políticos, econômicos e predominantes de convencimento de uma relação equilibrada pelo conceito do que é justo. Se, verdadeiramente, é justa a relação jurídica de emprego, não é o caso da discussão que pretendemos discorrer adiante.

A necessidade da normatização de regras mínimas de trabalho resultou das contradições da *revolução industrial*, especialmente da constatação da indignidade das condições de trabalho acometidas aos homens, às mulheres e às crianças. Esses reflexos desumanos ocasionados com a estratificação do novo sistema de produção econômica provocaram conflitos sociais que, após inúmeras lutas das camadas oprimidas, deflagraram um marco histórico, a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) gerada por meio do Acordo da Sociedade das Nações e pelo Tratado de Versalhes em 1919 (OLEA, 1997). Ali, ficaram convencionadas regras tidas como universais que deveriam

ser globalizadas e estimuladas como regras jurídicas a serem adaptadas nos países membros.

A despeito de todas as discussões sobre as possíveis contradições que se possa mensurar a respeito das verdadeiras causas do nascimento da OIT e seu tom conciliador de um programa favorável ao capitalismo internacional, é inegável que as regras jurídicas sugeridas são, também, manifestações de conquistas das lutas dos trabalhadores para preservação mínima de dignidade humana nas relações de trabalho, como regras coercitivas que venham, por exemplo, entre outras conquistas, impor: a duração máxima de trabalho humano, o direito de descanso ocasionado pelo trabalho, a garantia do salário mínimo que preserve sustento de uma pessoa e sua família, a garantia da associação sindical, etc.

Nas regras jurídicas que disciplinam as relações de trabalho há um reconhecimento racional de que nelas – regras jurídicas – contêm, de forma embrionária, um princípio jurídico: o princípio protetor, destinado à preservação das condições mínimas da dignidade da pessoa humana.

Este princípio, que é manifestamente o princípio da igualdade, está inscrito nos primeiros artigos da principal legislação nacional, a Constituição Federal, seja entre os *fundamentos* da República em Estado Democrático de Direito (art. 1<sup>o</sup>.) de que deve preservar a *dignidade da pessoa humana* (inciso III) e *os valores sociais do trabalho* (inciso IV), bem como em inúmeras disposições previstas na parte que discorre sobre *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* (Título II), por meio do art. 5<sup>o</sup>. (Capítulo I – *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*) e, especialmente, do art. 7<sup>o</sup>. e art. 8<sup>o</sup>. (Capítulo II – *Dos Direitos Sociais*).

Pois bem, reconhecida as razões das normas jurídicas protetivas impostas pelo Estado e que se interferem na liberdade contratual nas relações de trabalho, verifica-se que o atual governo, midiaticamente denominado de *Governo Lula*, cedeu a alguns apelos das forças neoliberais, enfraquecendo e desregulamentando a proteção jurídica nos salários, na duração semanal de trabalho e no acesso ao judiciário pelos sindicatos.

## 2.1 Descontos nos Salários dos Trabalhadores

No que tange à proteção jurídica aos salários há inúmeras manifestações regulamentares na legislação infraconstitucional, por exemplo: Irredutibilidade, Inalterabilidade, Impenhorabilidade, Impossibilidade da cessão do salário, Garantia do salário mínimo, Periodicidade, Pontualidade (época, momento, local, forma e certeza do pagamento), etc. Todos esses *meios de proteção* são orientados por convenções e sugestões da OIT. Para o debate aqui travado,

importa o princípio protecionista chamado de *Integralidade Salarial*. Este princípio é uma espécie de *intangibilidade* do salário, para que o mesmo seja pago em sua totalidade, sem descontos impróprios e abusivos em favor do empregador ou de qualquer outra pessoa.

No plano internacional, a Convenção n<sup>a</sup> 95<sup>5</sup> da OIT trata da questão e, posteriormente, a Convenção n<sup>a</sup> 117<sup>6</sup> da OIT. E no sistema ordinário jurídico nacional, confirmando a legislação internacional, dispõe a CLT:

Art. 462. Ao empregador é dado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

[...]

§4<sup>a</sup> Observado o disposto neste Capítulo, é vedado às empresas limitar, por qualquer forma, a liberdade dos empregados de dispor do seu salário.

Verifica-se pela própria leitura do §4<sup>a</sup> acima mencionado, que o princípio em debate encontra seu respaldo não só na natureza jurídica de crédito alimentar do trabalhador, mas também e, de forma expressa, na preservação da natureza jurídica da personalidade do trabalhador em poder dispor de seu salário.

Na ordem jurídica a regra básica é de vedação a descontos empresariais no salário do trabalhador, proteção ampliada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e que estipula que a *retenção dolosa* do salário constitui crime (art. 7<sup>a</sup>, X) que para considerável parte da doutrina a regra constitucional não é ineficaz, porque o tipo penal da apropriação indébita (art. 168, Código Penal) é plenamente ajustável à hipótese aos casos incontroversos de retenção dolosa do salário básico (DELGADO, 2007, p. 770)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Art. 8. 1. Descontos em salários não serão autorizados, senão sob condições e limites prescritos pela legislação nacional ou fixados por convenção coletiva ou sentença arbitral. 2. Os trabalhadores deverão ser informados, de maneira que a autoridade competente considerar mais apropriada, sobre condições e limites no quais tais descontos puderem ser efetuados.

<sup>6</sup> Art. XI - 1. [...] 8. Serão tomadas todas as medidas práticas e possíveis no sentido de que: a) os trabalhadores sejam informados de seus direitos em matéria de salário; b) sejam impedidas quaisquer deduções não-autorizadas dos salários; c) os montantes dedutíveis do salário a título de suprimentos e serviços, os quais constituam parte integrante do salário, sejam limitados a seu justo valor em espécie.

<sup>7</sup> O entendimento lançado, de apropriação indébita, parece-nos equivocado, uma vez que fere o princípio da anterioridade, da reserva legal e do Estado Democrático de Direito.

Cumpra esclarecer que *desconto salarial* é uma subtração efetuada pelo empregador no salário do trabalhador que importa em redução salarial. Tais descontos só poderão resultar de dispositivo de lei, negociação coletiva e por contrato individual, desde que para atender a três finalidades: *necessidades ou interesses do empregador* (por danos patrimoniais causados pelo empregado), *do terceiro alimentando* (pensão alimentícia) e *dos interesses do trabalhador*.

Não sendo autorizado por lei ou negociação coletiva, o desconto em favor dos interesses do empregado poderá ser efetuado mediante autorização individual do trabalhador, como para planos de seguro de vida e previdência complementar, assistência odontológica, médico-hospitalar, entidade cooperativa, cultural, recreativa e despesas com alimentação e habitação (art. 458, §§2<sup>a</sup>. e 3<sup>a</sup>, CLT).

E não poderia ser de outro modo, pois, se o preceito legal fosse rígido, redundaria em prejuízo para aqueles a quem procura beneficiar (GOMES, 1996).

No entanto, comentando sobre o vício de vontade, Cesarino Júnior (1993) destaca que será do empregado o ônus da prova da intenção fraudulenta e dissimulada, pois só merece louvores o empregador que se mostra preocupado com o atendimento satisfatório das necessidades vitais de seus empregados. Mas, saliente-se, é comum o empregado ser coagido, já no ato da admissão, a fazer parte de algum tipo de plano ou associações.

Os descontos em favor dos interesses do empregado também poderão ser em benefício da entidade sindical da categoria do trabalhador, sendo assim, um desconto em benefício indireto do empregado (NASCIMENTO, 1991, p. 207) por meio de imposto sindical (arts. 578 a 610, CLT), mensalidade sindical (art. 545, CLT), taxa assistencial (art. 513, “e”, CLT) e contribuição confederativa (art. 8<sup>a</sup>, IV, CF).

Tem-se assim, que o fundamento da integralidade salarial é de proteção contra abusos do empregador, contra terceiros e contra a própria imprevidência do trabalhador que pode ser iludido pelas imagens facilitadoras do consumismo e, com isso, desequilibrar o seu orçamento doméstico com prejuízo para si e para sua família.

Com advento da Medida Provisória n. 130, de 17-9-2003, pelo Decreto n. 4.840, da mesma época, e da Lei n. 10.820, publicada dois meses depois, os trabalhadores podem autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil em favor de instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil (art. 1<sup>a</sup>).

Referida autorização pelo trabalhador obriga o empregador a efetuar o desconto em folha de pagamento e repassar o valor à instituição financeira (art. 3<sup>a</sup> e 5<sup>a</sup>.), cujo limite contratado não poderá exceder a 30% do salário disponível do trabalhador (art. 2<sup>a</sup>.).

A tutela que havia anteriormente não impedia a liberdade do trabalhador dispor de seu salário. Ele poderia consumir, emprestar, financiar, etc. O que não era possível era o empregador efetuar descontos diretos no salário do trabalhador para favorecer interesses de terceiros; em outras palavras, instituto salário era assegurado de forma intocável na folha de pagamento.

Agora, havendo a autorização do trabalhador, mesmo que arrependa-se em pagar o seu financiamento a fim de preservar seu orçamento doméstico, mesmo assim, o empregador manterá o desconto. A intangibilidade salarial que tanto preserva a natureza alimentar do trabalhador foi abalada em proveito do capital especulativo. Mesmo porque o trabalhador não só pagará a dívida, mas também juros dessa dívida em benefício de um credor que se enriquece na desproporção contratual.

É claro que a autorização para desconto vai até o limite de 30% do salário disponível<sup>8</sup>, preservando, parcialmente, a natureza alimentar do salário. A integralidade salarial persiste enquanto proteção legal e geral, porém, abriu-se uma exceção apenas para favorecer o mercado financeiro. Portanto, caso o trabalhador não queira um financiamento do banco, mas comprar em qualquer empresa comercial, emprestar parte de seu salário, doar mensalmente para igreja ou instituição de caridade por intermédio de desconto direto na folha de pagamento do salário, ele não pode. Essa autorização só é possível, como já foi dito, exclusivamente, para o mercado financeiro.

As centrais sindicais defenderam os descontos por meio de empréstimos bancários, advogando o atendimento aos interesses dos próprios trabalhadores. Contudo, o argumento torna-se contraditório diante da seguinte indagação: por que os descontos só podem ser autorizados em favor do mercado financeiro?

O que se vê, aliás, é uma nítida discriminação negativa dos empresários

---

<sup>8</sup> Para o texto legal do Decreto n. 4.840, de 17 de setembro de 2003, considera-se remuneração disponível a parcela remanescente da remuneração básica após a dedução das consignações compulsórias efetuadas a título de contribuição previdenciária, pensão alimentícia judicial, imposto sobre rendimentos do trabalho, decisão judicial ou administrativa, mensalidade e contribuição em favor de entidades sindicais, outros descontos compulsórios instituídos por lei ou decorrentes de contrato de trabalho (art. 2<sup>a</sup>, §2<sup>a</sup>).

que não pertencem ao mercado financeiro, enquanto aqueles que pertencem a essa ciranda passaram a ter um novo foco de exploração de seus juros, cuja segurança de recebimento é assegurada pela folha de pagamento de salários.

Esse expediente legal já vinha sendo desenvolvido no período do Governo FHC, patrocinando os descontos, da mesma forma, nos vencimentos dos servidores públicos e dos aposentados. Verifica-se que o Governo Lula deu continuidade ao programa de auxílio ao mercado financeiro que passou a ter um crédito seguro e não volátil.

## 2.2 O trabalho aos domingos para os comerciários

A questão do trabalho aos domingos está relacionada com a limitação da duração do trabalho semanal e com o repouso devido ao mesmo período. Diversas são as causas à limitação imposta pelo sistema normativo, classificadas aqui como:

- a) *Fundamentos históricos*: em razão da indignidade de jornadas extensivas que provocaram conflitos entre trabalhadores e empregadores, cuja normatização encontra relevância na Convenção da OIT de n.º 1, em 1919, que limitou a jornada de 8h diárias e de 48h semanais. Em 1935, ainda buscando normatizar uma jornada condigna, a OIT aprovou a Convenção n.º 47 propondo o módulo semanal de 40h, instrumento esse que foi ratificado por poucos países, dentre os quais não se inclui o Brasil, cujo aparato legislativo só vai iniciar-se a partir de 1932 em relação ao comércio e indústria e depois gradativamente a outros setores, até 1934, quando a Constituição Federal assegurou a jornada de trabalho não excedente de 8h.
- b) *Fundamentos biológicos*: para combater os problemas físicos, psíquicos e acidentes de trabalho provenientes da fadiga no serviço. O limite da duração do trabalho constitui medida profilática, por isso a CF/88 prevê a *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança* (art. 7.º, XXII), assim, a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia a eficácia das medidas de medicina e segurança adotadas nas empresas (DELGADO, 2007, p. 833).
- c) *Fundamentos sociais*: visam possibilitar ao trabalhador viver socialmente na coletividade a que pertence, usufruindo de atividades recreativas, culturais, religiosas, esportivas, etc, aprimorando seus conhecimentos, convivendo com a família e comunitariamente; por meio dessa integração social o indivíduo absorve valores sociais e, portanto, a concepção do *bem comum*.

d) *Fundamentos econômicos*: estabelecem que a limitação da jornada contribui para aumentar a produtividade e combatem o desemprego. A redução da duração do trabalho abre automaticamente postos de trabalho e com a diminuição do trabalho de forma correlata há diminuição dos riscos da infortunística do trabalho diminuindo, por consequência, o custo previdenciário para toda a sociedade (DELGADO, 2007, p. 836).

Por sua vez, constituídos pelo sistema normativo, os repousos, intervalos ou descanso, são lapsos temporais regulares que entrecortam a duração do trabalho, relacionam-se com o dia de trabalho (descanso intra e interjornadas), com a semana trabalhada (repousos semanais ou em feriados) e com o ano trabalhado (férias anuais).

Nossa atenção se volta para o repouso relacionado com a semana trabalhada, cujos fundamentos são os mesmos da limitação da duração do trabalho. A este seja incluído forte influência cultural e de origem religiosa, cujo relato Bíblico é retratado no livro de Gênesis 2:2, donde se verifica que necessário seria observar o dia do descanso: “e descansou no sétimo dia, depois de ter acabados as suas obras”. A doutrina registra que o repouso semanal foi observado em todas as épocas históricas, inclusive aos escravos, mas com a Revolução Industrial houve regressão e tal prática passou a ser pauta constante das reivindicações dos trabalhadores.

No plano do Direito Internacional, o Tratado de Versalhes, em 1919, registrou no art. 427, item 5<sup>a</sup>, “o propósito de assegurar a adoção de um descanso de vinte e quatro horas, sempre que possível aos domingos”; e, na OIT, as Convenções n<sup>a</sup> 14, de 1921 e a de n<sup>a</sup> 106, de 1957, tratam do repouso semanal, além de outras Convenções que cuidam incidentalmente do descanso semanal (ns. 31, 57, 67, 76 e 110).

No Brasil, na esfera constitucional, a matéria só veio a lume em 1934, repetindo-se em todas as posteriores. Na legislação ordinária, a matéria foi tratada por leis e decretos a partir de 1932 (comerciários, transportes, etc), até ser aprovada a CLT, em 1943, cuja redação legal<sup>9</sup> está em vigor. O dispositivo celetista, contudo, resguarda a concessão ao descanso semanal de 24h consecutivas, mas não trata da sua remuneração. Essa questão, de remuneração ao repouso semanal, só veio a se incorporar a nossa legislação de 1949, por meio da Lei 605 de 05.01.49<sup>10</sup> e pelas demais constituições federais<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Art. 67. Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte.



A CLT, por intermédio do art. 67, excepciona o trabalho realizado aos domingos por motivo de *conveniência pública* ou *necessidade imperiosa do serviços*, acrescentando o parágrafo único que nesse caso “será estabelecida escala de revezamento, mensalmente organizada e constando do quadro sujeito a fiscalização”, visando permitir que com certa frequência o repouso coincida com o domingo, sendo que nesse sentido são profícuos os regulamentos ministeriais que cuidam do assunto.

A Lei 605/49 refere-se à concessão do repouso “preferencialmente aos domingos”, assim como a CF/88, desde que nos limites das *exigências técnicas das empresas*, esclarecendo que *exigências técnicas* são condições peculiares da empresa ou em razão do interesse público que tornem indispensável a continuidade do serviço (parágrafo único, art. 5<sup>a</sup>).

Regulamentando a Lei 605/49, o Decreto 27.048/49, considera que, de acordo com as exigências técnicas de algumas empresas, torna-se indispensável a continuidade dos serviços prestados aos domingos e de acordo com o interesse público, relacionou e autorizou diversos setores<sup>12</sup> ao funcionamento regular aos domingos. Assim, sendo impossível a coincidência da folga semanal com o domingo, impõe-se à empresa conceder folga compensatória em outro dia da semana. Sem a folga compensatória, por força do o art. 9<sup>a</sup><sup>13</sup> da Lei 605/49 é devido o pagamento em dobro pelo trabalho realizado em tais dias.

Sem qualquer critério, o governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC) editou a Medida Provisória (MP) 1.539-34, de 07.08.97, autorizando o trabalho do comércio em geral aos domingos, mas o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin 1.650-4), deferiu liminar suspendendo seus efeitos, porque dispensava a negociação coletiva

---

<sup>10</sup> Art. 1<sup>a</sup>. Todo empregado tem direito ao repouso semanal remunerado de vinte e quatro horas consecutivas, preferentemente aos domingos, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos de acordo com a tradição local.

<sup>11</sup> Art. 7<sup>a</sup>. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: [...] XV - Repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos.

<sup>12</sup> Da indústria, do comércio, transporte, comunicações, publicidade, educação, cultura, serviços funerários, limpeza, alimentação de animais, sendo que outros setores necessitam de autorização do Ministério do Trabalho.

<sup>13</sup> “Art. 9<sup>a</sup>. Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigências técnicas das empresas, suspensão do trabalho, nos dias de feriados civis e religiosos, a remuneração será paga em dobro, salvo se o empregador determinar outro dia de folga.”

estimulada pelo texto constitucional. Dois meses depois, aquele governo editou a MP 1.539-36, de 2.10.97, permitindo o trabalho do comércio aos domingos desde que o descanso semanal coincidissem com um domingo pelo menos 1 vez a cada 4 semanas, sempre respeitada a negociação coletiva. Esta MP foi transformada na Lei 10.101/2000, a qual não sofreu censura do STF.

Nos últimos capítulos dessa novela, o atual Governo Lula, no dia 5 de setembro de 2007, editou a MP 388/2007, permitindo o trabalho aos domingos no comércio em geral, desde que o descanso semanal coincida com o domingo a cada três semanas e, desde que observada a legislação municipal. A MP em questão foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio da Lei n. 11.603, de 5 de dezembro de 2007.

Saliente-se que as atividades do comércio em geral não se coadunam com as razões legais previstas no ordenamento jurídico para o funcionamento regular aos domingos, ou seja, as atividades não podem ser tidas como de *conveniência pública, necessidade imperiosa dos serviços* ou de *exigências técnicas* como condições peculiares da empresa ou em razão do interesse público que tornem indispensável a continuidade do serviço.

O que se vê é o aparato legal, aos poucos, se desmantelando pela banalização de todos os fundamentos mencionados para privilegiar o consumismo aos domingos. E, surpreendentemente, mesmo diante de uma legislação constitucional e ordinária que privilegia a negociação coletiva e de um governo cujo presidente foi o maior líder sindical da história do Brasil, a negociação coletiva, que poderia conter ainda alguns abusos, foi menosprezada como forma de solução, restando aos representantes municipais, de forma amplamente discricionária, o poder de validar e ponderar sobre tais divergências: de um lado o direito de descanso dos trabalhadores e de outro o crescente consumo. Em outras palavras, a regularidade do descanso aos domingos foi ceifada da vida dos comerciários.

### **2.3 Dificuldades no Acesso ao Judiciário pelos Sindicatos**

Os conflitos coletivos são solucionados de várias formas, pela *autodefesa* que se expressa por meio da greve, redução do ritmo de trabalho, boicote, sabotagem, campanhas publicitárias, piquetes, etc.; pela *autocomposição*, conhecida como negociação coletiva; e pela *heterocomposição*, cuja solução se dá por meio de um terceiro suprapartes que decidirá a controvérsia, esta solução é conhecida como arbitragem, mediação ou solução jurisdicional.

No conflito processual e judicial, denominado dissídio coletivo, provocada a função judiciária do Estado, este decide, o que

significa uma delegação de poderes ao judiciário trabalhista para, utilizando a via processual, criar ou modificar norma jurídica, numa atividade mista, sob a forma externa de procedimento judicial, agasalha em seu bojo uma real manifestação legislativa. (GIGLIO, 1993, p. 107).

No Brasil, a CF/88 ao discorrer sobre a competência, a Justiça, no art. 114<sup>14</sup>, salientava que o sindicato interessado, uma vez frustrada a negociação coletiva, poderia ajuizar dissídio coletivo na Justiça do Trabalho para estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

O poder normativo condicionado à prévia autorização da lei, é previsto desde a Constituição de 1946. A Constituição revogada (CF/1967, art. 142, §1<sup>a15</sup>) declarava que a lei deveria especificar as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderiam estabelecer normas e condições de trabalho. A Constituição de 1988 retirou essa condição e autorizou a Justiça do Trabalho a estabelecer *normas e condições*, portanto não apenas condições de trabalho, mas outras também, por exemplo, cláusulas obrigacionais entre sindicatos conflitantes (NASCIMENTO, 1994, p. 383).

É destacável que a Justiça do Trabalho obteve aumento de sua competência a partir da CFD 88; mas, retrocedendo, a Emenda n. 45, de dezembro de 2004, alterou a redação do §2<sup>a</sup>., do art. 114 da CFD 88, que passou a ter a seguinte redação:

---

<sup>14</sup> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como, os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

§1<sup>a</sup> Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§2<sup>a</sup> Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

<sup>15</sup> Art. 142. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas de relação de trabalho.

§1<sup>a</sup> A lei especificará as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.

Art. 114 [...]

§2<sup>a</sup>. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Ora, para ter acesso à Justiça, o sindicato dos trabalhadores que ficar impossibilitado de concluir uma negociação coletiva mediante uma simples recusa do empregador ou seu representante sindical, para acessar a Justiça, terá que “de comum acordo” com o sindicato patronal propor dissídio coletivo. Acrescente-se que o Tribunal Superior do trabalho firmou entendimento<sup>16</sup> sobre o significado da condição de “comum acordo” para promoção de dissídio, como sendo petição em conjunto na promoção da ação judicial:

Segundo o advogado, pelo proponente, na ADIN 3423/2005, Sid Riedel, tal dispositivo da reforma do Judiciário (§2<sup>a</sup> do art. 114) é inconstitucional, pois contraria cláusulas pétreas da Constituição, que asseguram o direito a qualquer pessoa ao acesso a Justiça (art. 5<sup>a</sup>, XXXV). Enaltecendo sua indignação, o advogado faz a seguinte comparação: “Imagine uma pessoa que me deve R\$ 5.000. Tento resolver o problema negociando, mas a pessoa não me paga. Aí quero entrar na Justiça, mas só posso recorrer ao Judiciário se essa pessoa estiver de acordo”. (BARBOSA, 2006, p. 336).

Noutro exemplo, considerando que o texto constitucional (art. 7<sup>a</sup>, IV), prevendo que o salário deve ter *reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo*, caso o sindicato dos trabalhadores proponha negociação apenas para o reajuste anual dos salários, isto é, de que seu interesse não vai além do limite mínimo constitucional e, diante da recusa do sindicato patronal à negociação e com a recusa do mesmo em propor de “comum acordo” um dissídio coletivo, o sindicato dos trabalhadores não tem acesso à *Casa da Justiça* que, nesta hora, estará de portas fechadas. É a lei! Mas é a lei de quem?

O legislador constitucional cedeu às alegações de que as decisões normativas se mostravam ineficientes, porque neutralizavam a greve como instituto de pressão e equilíbrio nas relações de Trabalho, de que os dissídios coletivos bloqueavam a livre negociação coletiva, impedindo a criação autônoma das normas trabalhistas pelos próprios interessados (SILVA, 1993).

---

<sup>16</sup> Sobre esta questão, ver o “Dissídio Coletivo no. 165049D 2005-000-00-00.4”.

Com o afastamento do Estado nos conflitos coletivos, com a mitigação das decisões normativas, tem-se, portanto, a normatização do programa neoliberal. Se as sentenças normativas impediam o equilíbrio das negociações coletivas, porque neutralizavam as greves como instrumento de pressão, sem elas não se tem mais dissídio coletivo, não se tem mais greve e não se tem mais negociação. Noutras palavras, o trabalhador, por meio de seu sindicato, não tem, também, acesso à justiça, pois o Estado não intervém mais; aliás, intervém, caso haja “comum acordo” das partes para acesso à solução heterônoma do Estado.

Os defensores do fim do poder normativo também argumentavam que as sentenças normativas tinham a forma de uma lei e que o judiciário não tem a função legislativa. Saliente-se, que o direito é múltiplo. E é múltiplo porque necessita de outras ciências. E é uno, porque a justiça é uma só. Não existe, nesse passo, poder judiciário, poder legislativo, poder executivo; o que existe é o Estado e as suas funções respectivas, o Estado também é um só. Tanto é que, a *função judiciária* do Estado legisla administrativamente e internamente em seus órgãos, a *função executiva* legisla, como é o caso das medidas provisórias e das normas regulamentadoras; e a *função legislativa* julga, seja pelas Comissões Processantes de Inquérito, seja em caráter administrativo, seja no caso de suspensões de mandatos de parlamentares ou de membros da função executiva. Mas, ironicamente, quando se trata de atender direitos dos trabalhadores, as decisões normativas se transformam em desvio de função do judiciário.

Não é difícil concluir que além de uma mitigação da competência da Justiça do Trabalho nos conflitos coletivos, os dissídios coletivos e as sentenças normativas, que poderiam justificar ganhos aos trabalhadores que sequer conseguem reajustes salariais, tornaram-se institutos decorativos no ordenamento jurídico. Assim, o sindicato não conquista a negociação coletiva, não consegue a greve, que atualmente só é deflagrada no serviço público em face da segurança proporcionada pela estabilidade de emprego, e não tem sequer a Justiça do Estado para se socorrer.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação aos institutos aqui destacados nos leva a considerar que, após as graves perdas identificadas a partir do ano de 2003, há continuidade na adequação do Estado brasileiro aos determinantes neoliberais periféricos, cujos princípios arrocham sobremodo a pasta trabalhista, ampliando o lucro dos grandes capitais e reduzindo conquistas históricas como as aqui

demonstradas no estudo: como a mitigação do acesso à justiça aos sindicatos por meio do dissídio coletivo, do desconto em folha de pagamento de salários a favor do capital financeiro e na ampliação do módulo semanal de trabalho para os comerciários, fomentada pela abertura do comércio aos domingos.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Renato Lima. *O poder normativo da justiça do trabalho e a emenda constitucional n. 45/2004*. 2006. 174f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

BERNARDES, Roberto C. A inovação no capitalismo contemporâneo. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 33-45, abr./jun., 1998.

BESSA, César. *Meios de proteção ao salário*. 1998. 271f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 1998.

BORON, Atílio A. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 63-118.

CESARINO JÚNIOR, Antônio F.; CARDONE, Marly A. *Direito Social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993.

CUEVA, Agustin. A guinada conservadora. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Tempos conservadores: a direitização no ocidente e na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1989. p. 19-37.

DELGADO, Mauricio G.. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DIAS, Edmundo F. *A liberdade (im)possível na ordem do capital: reestruturação produtiva e passivização*. 2. ed. Campinas, São Paulo: IFCH/ UNICAMP, 1999. (Textos Didáticos; n. 29).

GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Ltr., 1993.

GOMES, Orlando. *O salário no direito brasileiro*. São Paulo: LTr., 1996.

HARVEY, David. *A Condição Pós-Moderna*. 9. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

IANNI, Otávio. Globalização e neoliberalismo. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 27-32, abr./jun., 1998.

LEITE, Márcia de P. Reestruturação produtiva, novas tecnologias e novas formas de gestão da mão-de-obra. In: OLIVEIRA, Carlos A. B. et al. (Org.). *O Mundo do Trabalho: crise e mudança no final do século*. São Paulo: MTb/PNUD/CESIT-UNICAMP: Página Aberta, 1994. p. 563-587.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito sindical*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLEA, Manuel A. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Curitiba: Gênese, 1997.

OLIVEIRA, Francisco de. Neoliberalismo à brasileira. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-Neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 24-34.

SILVA, Antonio Álvares da. *Questões polêmicas de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr: 1993. v. 2.

SINGER, Paul. Para além do neoliberalismo: a saga do capitalismo contemporâneo. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo. v.1 2, n. 2, p. 3-20, abr./jun. 1998.

SOJA, Edward W. *Geografias Pós-Modernas: a reafirmação do espaço na teoria social crítica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

TAVARES, Maria da Conceição. Globalitarismo e neobobismo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 30 mar. 1997. p. 2-5.





---

OS DESAFIOS DA TUTELA ESPECÍFICA EM RELAÇÃO AOS NOVOS  
DIREITOS E À RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

THE CHALLENGES OF SPECIFIC TUTELAGE IN RESPECT OF NEW  
RIGHTS AND THE SOCIAL RESPONSIBILITY BUSINESS

Leandro Cioffi\*  
Yvete Flávio da Costa\*\*

**Resumo:** Inicia-se o presente ensaio introduzindo o problema em questão, posteriormente faz-se uma breve análise sobre os elementos das tutelas antecipada e específica e suas respectivas diferenças técnico-instrumentais. Em seguida, tem a abordagem das dificuldades de identificação dos direitos obrigacionais de acordo com a realidade contemporânea e os conseqüentes prejuízos para a concessão das tutelas urgentes, e por último, o que isso reflete quando a matéria for relativa às obrigações pertencentes ao universo da responsabilidade social empresarial.

**Palavras-chave:** Tutela específica. Tutela urgente. Direitos obrigacionais. Novos direitos. Responsabilidade social empresarial.

**Abstract:** The present essay starts with an introduction to the issue under discussion and proceeds with a brief analysis of the elements constituting specific and early tutelage and their technical-instrumental differences. After that, the text approaches the difficulties to identify the rights obligations according to the contemporary reality and the consequent losses for the granting of urgent tutelages. Finally, it deals with the impacts when the matter relates to obligations belonging to the universe of social responsibility business.

**Keywords:** Specific tutelage. Urgent tutelage. Rights obligations. New rights. Social responsibility business.

---

\* Mestrando em Direito pela UNESP de Franca. Bolsista do Programa Demanda Social junto à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES.

\*\* Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra. Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP. Professora de Direito Processual Civil da UNESP de Franca.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito processual civil dispõe de mecanismos jurídico-normativos visando a efetividade da tutela jurisdicional, principalmente quando se trata de decisões antecipatórias em caráter liminar ou mediante justificação prévia relacionadas ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer em face das relações sociais brasileiras.

Porém, demonstram-se algumas problemáticas na devida concessão das tutelas específicas quando não se têm facilmente evidenciadas essas relações obrigacionais em face da realidade contemporânea calcada na dinâmica social e econômica, das quais se criam novas formas de prática de atos na vida civil, onde nem sempre o direito privado positivo é capaz de acompanhá-los e discipliná-los.

Assim, mesmo que as tutelas específicas sejam estudadas no direito processual, o direito material ganha atenção especial em questão, levando em conta a real e necessária aproximação dessas duas espécies de direito, visando coerência e efetividade nas tutelas pretendidas. Compreender o direito material passa a ser algo fundamental para a análise instrumental da tutela específica.

No presente trabalho, não se tem o fim de analisar exaustivamente o direito obrigacional brasileiro, mas apenas expor elementos significativos para introduzir uma proposta de reflexão crítica a respeito da concessão das tutelas específicas relativas aos objetos de obrigações de fazer, não fazer ou a prática de atos ilícitos a serem inibidos.

Além disso, visa-se também introduzir reflexões acerca da efetividade da tutela específica numa nova realidade que ainda o direito material não desenvolveu sistematicamente com suficiência, que é o estudo da responsabilidade social empresarial pertencente ao universo dos chamados “Novos Direitos”, mas com a sua especificidade técnica da vida empresarial. Assim, far-se-á uma abordagem relativa à problemática das obrigações neste campo material e quais os problemas a serem enfrentados processualmente no estudo das tutelas específicas, procurando saber se esse instrumento está sendo suficiente para tanto.

## 2 A INSTRUMENTALIDADE NA FUNÇÃO DE TUTELA URGENTE

É possível afirmar que no Brasil a primeira demonstração de tutela específica se deu por meio da Lei da Ação Civil Pública (7347/85), que dispõe em seu artigo 11 que em ações dessa natureza as quais tiverem por objeto a obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará a sua aplicação ou a cessação da atividade nociva, sob pena das sanções legais nela previstas.

Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor trouxe em seu teor, na redação de seu artigo 84, que as ações que tiverem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, sob pena das sanções legais nela previstas.

Em 1994, este texto foi igualmente inserido no teor do Código de Processo Civil por meio de sua pequena reforma ao transformar o seu artigo 461 em dispositivo de tutela específica ao repetir literalmente a redação do CDC supramencionada. Além disso, trouxe ainda no processo civil por meio da nova redação dada ao artigo 273 do CPC, passando a dizer que o juiz concederá, total ou parcialmente, a antecipação dos efeitos da tutela na inicial, desde que, existindo prova inequívoca da verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou então que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Além disso, o seu parágrafo 7<sup>a</sup> prevê que se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer uma providência de natureza cautelar, o juiz poderá deferir-lha em caráter incidental desde que haja os pressupostos para tanto, isto é, a generalidade do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

O que há em comum entre a tutela antecipada e a específica é que ambas possuem a natureza jurídica mandamental e que se efetiva mediante a execução *lato sensu*, conforme a expressão de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery (2001), isto é, uma dicotomia denominada por processo de conhecimento-execução (WATANABE, 2000).

Segundo Pontes de Miranda, ação mandamental “é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo *manda*” (1998, p. 23) e esse mandamento poderia se dar no ato da sentença, mas vislumbra-se que na sistemática das tutelas antecipadas e específicas é possível que se dêem também durante o processo, desde que atendidos alguns requisitos para tanto. Com relação à ação executiva “é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está” (1998, p. 135).

Em se tratando das diferenças entre essas tutelas, reporta-se a pertinente ilustração nas atualizações de José Frederico Marques, onde Vilson Rodrigues Alves ressalta que, em relação à antecipação dos efeitos da tutela, “não há provimento jurisdicional liminar acautelatório, mas provimento decisório antecipatório do provimento sentencial, com idêntico ou menor teor quanto à matéria fática, com o discrimine único da provisoriedade” (2000, p. 27), isto é, a tutela antecipada é a antecipação provisória total ou parcial daquilo que foi

pretendido na ação de conhecimento e, atendidas as exigências legais para tanto, sua concessão visa evitar a submissão desnecessária do autor a todo o trâmite da demanda, da inicial ao trânsito em julgado, para depois iniciar a fase executória.

Como bem acentua Nelson Nery Jr., fazendo uma comparação teórica com as possibilidades de antecipação dos efeitos da tutela previstos no direito italiano, afirma que, no Brasil, esta garantia processual visou também evitar o abuso do direito de defesa do réu (1996) ensejado nos atos protelatórios a ele garantidos sistematicamente na instrumentalidade do direito processual civil, isto é, evitar que o réu se aproveite dos recursos a ele permitidos pelo direito processual, capazes de se beneficiar indevidamente pelos efeitos da consequente morosidade e da fuga sistemática na reparação de danos.

Na verdade, como bem ressalta Ovídio Batista, em se tratando da inclusão da tutela antecipada no Código Civil, “evitou o legislador aludir à antecipação dos efeitos da sentença de procedência. Mas é evidente que antecipar “os efeitos da tutela pretendida pelo autor” corresponderá sempre a antecipar efeitos da sentença de procedência” (BATISTA, 2000, p. 134). Assim, em termos práticos, a tutela antecipada é uma quase procedência da ação pretendida pelo autor no tocante ao mérito, destacando-se que é uma decisão interlocutória ao invés de uma suposta sentença antecipada.

Porém, para a tutela antecipada há uma exigência e um rigor maior para sua concessão do que para a tutela específica. A tutela antecipada possui uma dimensão maior para sua concessão no tocante ao objeto da ação, criando abrangência maior do que a mera obrigação de fazer ou não fazer e, em contrapartida, seus requisitos para sua concessão são mais rigorosos e exigentes. Já a tutela específica, como o nome já diz, é específica no objeto das obrigações de fazer e não fazer, limitando sua abrangência apenas no aspecto obrigacional, porém, seus requisitos para concessão são menos exigíveis e rigorosos, bastando apenas constatar a referida relação obrigacional. Assim, a tutela específica possui seu caráter de remédio processual mais eficiente do que o da tutela antecipada, e mais adequado para situações de urgência e de emergência, tanto é que sua aplicação se originou na tutela de direitos meta ou transindividuais conforme revelam os teores da Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Nessa linha de pensamento, tem-se a concordância com as conclusões semelhantes às de Nelson Nery Jr. (1996) quando este relata as seguintes observações a respeito das diferenças instrumentais de tutelas antecipadas com as específicas:

É interessante notar que para o adiantamento da tutela de mérito, na ação condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento *tout court* (CPC 273). É suficiente a mera probabilidade, isto é a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória de obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que o CPC 273 exige, para as demais antecipações de mérito: a) a prova inequívoca; b) o convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação; c) ou o *periculum in mora* (CPC 273 I) ou o abuso do direito de defesa do réu (CPC 273 II). (p. 121).

Por fim, ressalta outra diferença entre essas tutelas, ao afirmar que a tutela específica tem sua semelhança à tutela cautelar, ao passo que a antecipada é totalmente diferente daquela, pois nesta enquanto o objetivo é “adiantar o bem de vida do autor” àquela referida cautelar visa apenas assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou da execução (NERY JR, 1996, p. 122).

Ocorre que, ao trazer a apreciação mista de direito processual e material, conseqüentemente, à luz da dinâmica social e econômica, mesmo havendo uma abrangência menor e menos rigorosa do que a tutela antecipada, a tutela específica cria uma complexidade de grandes dimensões ao tomar conhecimento da identificação de relações obrigacionais à luz da realidade contemporânea, tendo em vista as mudanças de comportamento calcadas nos avanços científicos, tecnológicos, culturais, sociais, econômicos, políticos, etc., onde tal problemática será abordada no item seguinte.

Dando continuidade à análise instrumental da tutela específica, Nelson Nery Jr. (1996) ressalta que ela se trata de uma execução específica da qual possui uma regra mista de direito material e de direito processual, isto é, “ação de conhecimento de execução de obrigação de fazer ou não fazer” (p. 119-120), onde, diferentemente da ação que já tenha o título executivo (no caso de ações de execução), o autor, no mesmo instrumento de ação de conhecimento, requer a condenação do réu ao cumprimento das referidas obrigações. Afinal, aproveitando-se das lições de Luiz Guilherme Marinoni (2000), destaca-se a seguinte observação a respeito:

Como é sabido, a doutrina processual contemporânea tomou consciência de que o processo não pode ser pensado à distância do direito material. Nessa linha a doutrina fala em efetividade do processo e em tutela jurisdicional dos direitos, sempre preocupada com um processo que seja capaz de dar ao autor o resultado que o próprio direito material lhe outorga. (p. 57).

Nessa situação, a vantagem de se ingressar com uma ação de conhecimento pedindo tutela específica, ao invés de ingressar uma ação de execução, é que

nesta deve se ater exclusivamente ao título executivo que constitui a obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que naquela ação pode haver outros pedidos no teor da mesma lide cognitiva e, além disso, quando a obrigação de fazer não está assegurada em título executivo a ação cognitiva provoca uma espécie de cognição sumária para a concessão de uma execução urgente para o caso concreto.

O referido autor faz ainda uma observação técnica que, por meio dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC, há uma exceção à regra de que o juiz deve se ater congruentemente ao pedido da ação, pois estes dispositivos legais permitem ao aplicador ordenar o cumprimento de determinada obrigação de fazer ou não fazer, ou determinar medidas necessárias para o seu cumprimento ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento (MARINONI; ARENHART, 2007).

Dadas essas diferenças técnico-instrumentais entre tutelas antecipadas e específicas, nota-se evidentemente que se descarta qualquer equívoco no tocante a uma suposta ilustração de que uma tutela antecipada pode ser gênero devido sua maior abrangência e a específica como espécie daquela. Porém, é comum na prática forense a generalização de pedidos e concessões de tutelas antecipadas, tendo por objeto da ação as obrigações de fazer e não fazer. Se essas tutelas realmente preencherem as exigências da redação constante do artigo 273 elas serão vantajosas, pois descarta-se eventuais abusos de direito do réu, agora, se a concessão se der como medida cautelar embasada no parágrafo sétimo do referido artigo, gera prejuízos a uma das partes envolvidas na lide, principalmente o réu eventualmente, causando assim uma espécie similar a um abuso de direito do autor.

Para a referida medida cautelar, tem-se por requisitos para sua concessão apenas o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Considerando que o que se tem às vezes é apenas uma “fumaça do bom direito” e não um direito concreto em si, a concessão de uma tutela dessa natureza referente a um objeto caracterizado por obrigação de fazer e não fazer leva a uma tutela precipitada de algo que nem sempre está concreta a sua composição material mais precisa de uma obrigação. Assim sendo, a concessão de uma tutela com base na fumaça de uma obrigação leva a um abuso de direito do autor em face do réu, podendo gerar até manifesto arbitrário do Estado-juiz, pois para o instituto material das obrigações, estas estão mais próximas da liquidez e da certeza do que outros institutos jurídicos, possibilitando que haja maior atenção, definição e concretude da constatação obrigacional do que uma mera fumaça jurídica.

A tutela específica tem o seu caráter peculiar para evidenciar o direito obrigacional e a sua devida aplicação tutelar numa lide, onde sua interpretação não pode jamais ficar presa aos requisitos instrumentais da tutela antecipada e nem soltos às medidas cautelares, sob pena de ocorrer despachos ou decisões injustas e prejudiciais a alguma das partes envolvidas na lide. Assim, a tutela específica tem o caráter de trazer para o processo de conhecimento a oportunidade de haver uma interpretação inicial de direito material na composição do despacho de maneira mais precisa e não meramente instrumental, como se faz na tutela antecipada ou carente de maior segurança e certeza, como nas medidas cautelares, isto é, o aplicador deverá desenvolver um conhecimento mais peculiar e cuidadoso de direito material ao examinar um pedido instrumental tutelar referente às obrigações de fazer e não fazer.

### 3 PROBLEMAS DE IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO MATERIAL NA TUTELA ESPECÍFICA

Desde já, é importante ressaltar a expressiva observação de Cândido Rangel Dinamarco a respeito das tutelas específicas ao afirmar que “a tutela jurisdicional efetiva não está nas sentenças, mas nos resultados práticos que elas venham efetivamente a produzir na vida das pessoas” (2002a, p. 600) e pelo seu caráter de medida executiva *lato sensu* visa, com base na doutrina germânica, “eliminar as crises de adimplemento” (2002b, p. 245).

Observa ainda que, segundo Marinoni e Arenhart (2007), com o passar do tempo, e com o surgimento de novos direitos, foi necessário que no processo civil houvesse novas técnicas para a tutela dos direitos, permitindo que surgissem as sentenças mandamentais e executivas, inseridas na inteligência do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e posteriormente no artigo 461 do Código de Processo Civil.

[...] a necessidade de pensar o processo na perspectiva de direito material obriga-nos a raciocinar em termos de tutela dos direitos, o que acaba exigindo uma nova elaboração dogmática, capaz de dar conta dos reais significados dos resultados do processo no plano do direito substancial (MARINONI, 2000, p. 61).

A redação do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor – semelhante à do artigo 461 do Código de Processo Civil em vigor – introduz teoricamente a proteção dos direitos difusos e coletivos, levando em consideração que tal redação está inserida sistematicamente na tutela dos direitos, tanto individuais quanto coletivos, segundo o caput do artigo 81 do referido diploma legal

dos consumidores. Ocorre que sua sistemática processual apenas traz ao conhecimento prévio a apreciação do direito material obrigacional e assim, traz os problemas de interpretação do aplicador ao identificar juridicamente uma relação obrigacional diversa daquelas desenvolvidas numa perspectiva privatista e contratualista.

O grande desafio da doutrina contemporânea não é o de apenas estudar as novas técnicas de tutela, mas sobretudo o de, a partir das reais e concretas necessidades do direito material, isolar e delinear as tutelas que devem responder de forma adequada a essas necessidades (MARINONI, 2000, p. 62).

Segundo Dinamarco (1996), os referidos artigos têm a “dimensão suficiente para abranger todas as obrigações específicas ocorrentes na vida das pessoas, seja as de origem legal, seja contratual” (p. 151). Marinoni e Arenhart (2007) até falam sobre a tutela, numa de suas maneiras de evitar o ilícito, entendendo este em sendo um ato contrário ao direito, distinguindo-a do inadimplemento das obrigações contratuais.

Ocorre que, a dificuldade em questão está não na previsão instrumental de concessão de uma tutela específica ou inibitória, a fim de mandar e executar uma obrigação de fazer ou não fazer, mas sim na identificação desta obrigação ou de inibição de um ato ilícito.

Na busca de uma compreensão acerca do instituto do direito obrigacional, entende Orlando Gomes (2000) que esse direito “compreende as relações jurídicas que constituem as mais desvoltas projeções da *autonomia privada* na esfera patrimonial” (p. 2). Todavia, entende ainda que “o conceito de obrigação deve ser depurado da intromissão de outras noções jurídicas tecnicamente distintas, tais como as de *dever jurídico*, *sujeição* e *ônus*” (p. 6), pois, para ele, trata-se de noções que não se confundem com obrigações, dando o conceito deste em sendo “um *vínculo jurídico* em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra” (p. 9), mas admite a acepção em sentido amplo que se trata de expressões sinônimas no sentido de que “*obrigação é espécie do gênero dever*, reservando-se o termo para designar o dever correlato a um *direito de crédito*” (p. 11, grifos nosso).

Segundo Maria Helena Diniz (2006), o dever jurídico “é um comando imposto, pelo direito objetivo, a todas as pessoas para observarem certa conduta, sob pena de receberem uma sanção pelo não-cumprimento do comportamento prescrito pela norma jurídica” (p. 29).

Por fim, aproveita-se neste trabalho a definição de Caio Mário da Silva Pereira (2003) ao dizer que “obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável” (p. 7).



Como é possível observar, no direito civil brasileiro ainda prevalece raízes conservadoras privatistas no tocante às técnicas normativistas e definições doutrinárias do direito obrigacional.

Assim, quando os processualistas acima ilustrados levam ao entendimento de que a tutela específica engloba tanto obrigações quanto inibição de atos ilícitos, dá-se a impressão de que esta segunda situação também envolve a prática de deveres. Nesse sentido, a técnica do artigo 84 CDC e 461 CPC carece do acréscimo da expressão “deveres” em sua redação, de tal maneira que assim haveria maior coerência com os postulados acima. É bem verdade que no estudo do direito material há ainda as obrigações por atos ilícitos, das quais instituídas por lei sua imposição, segundo, por exemplo, reza no Código Civil, por meio de seu artigo 927, que aquele que por ato ilícito praticar dano a outrem fica obrigado a repará-lo, isto é, responsabilidade civil. Resta saber se para esse efeito a expressão obrigação é utilizada como sinônimo de dever. Talvez essa construção da obrigação por ato ilícito seja a solução do problema para o direito processual, pois, independente da consequência da responsabilidade civil ser dever ou obrigação de reparar o dano, de fato o efeito mandamental da tutela específica recairá ao praticante do ato ilícito.

No exame do pedido de tutela específica, o aplicador deverá fazer uma interpretação sobre a existência ou não de uma obrigação de fazer ou não fazer, ou a constatação de algum ato ilícito a ser inibido. Daí, para o seu convencimento acerca do pedido é indispensável que haja uma devida fundamentação fática, jurídica e a produção de provas consistentes da existência de tais obrigações.

Porém, a interpretação do direito obrigacional é propícia estritamente aos atos jurídicos calcados à predominância do *pacta sunt servanda* na construção de direitos no universo da vida civil que assim se limitava no modelo de sociedade liberal e de autonomia privada, bem como a identificação de possíveis atos ilícitos baseados em leis e normas estatais expressas. Ocorre que essa visão é incompatível com a atual realidade do mundo e da sociedade.

A sociedade está cada vez mais dinâmica no tocante ao comportamento humano e social em face de suas necessidades e possibilidades individuais e transindividuais. Essa dinâmica social é provocada por constantes transformações tecnológicas, ecológicas, meteorológicas, culturais, sociológicas, científicas de maneira geral e principalmente com as imprevistas e desenfreadas mudanças na economia capitalista. Diante disso, é tecnicamente impossível disciplinarem todos os deveres e todas as obrigações por meio de leis, normas e convenções capazes de acompanhar esse complexo dinâmico da sociedade.

Assim, pela vigente disciplina instrumental da tutela específica, ela pode ser prejudicada pela insuficiência de substratos jurídico-formais para a identificação de uma relação obrigacional atualizada ou alguma nova versão de ato ilícito a ser inibido de acordo com a realidade contemporânea, especialmente em se tratando dos deveres e das obrigações oriundas aos chamados “Novos Direitos.”

Com isso, a problemática estará na identificação de uma relação obrigacional ou na de atos ilícitos a serem inibidos à luz dos chamados “Novos Direitos”, tendo em vista que estes não decorrem somente da instituição de leis ou de demais normas expressas ou meramente convencionais, mas de fatos desenvolvidos no prisma sociológico capazes de se transformar e de se reconhecer como direitos.

Segundo Norberto Bobbio, esses novos direitos se dão na sustentação de que eles se constituem num fenômeno social, cuja tarefa de estudá-los ficaria a cargo dos sociólogos jurídicos de acordo com um fenômeno que ele denomina por transformação multiplicada dos direitos do homem (1992).

Essa multiplicação (já dizendo “proliferação”) ocorreu de três modos: que aumentou a quantidade de bens considerados mercedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. (BOBBIO, 1992, p. 68).

Vale ressaltar ainda a afirmação de que esses novos direitos num prisma transindividual não são direitos novos propriamente ditos, pelo contrário, essa discussão teórica não é recente, levando em consideração que até Francesco Carnelutti (1999) já discorria acerca dessa matéria por meio de sua temática sobre as “lides coletivas” (p. 91-93) e os “processos coletivos” (p. 139-140). O que se tem na verdade são novas discussões jurídicas acerca das novas realidades do mundo e da sociedade, levando em conta também a inquestionável e intensa carga social, econômica, política, ética e cultural contida nos fundamentos que geraram a criação desses novos direitos, sobretudo quando eles foram objetos de debates nos países subdesenvolvidos na década de setenta.

Para aqueles que negam a existência de obrigações sem os moldes expressos em lei, Orlando Gomes (2000) ressalta que inúmeras obrigações, com base nos preceitos contidos na parte geral, foram instituídas sem a subordinação esquemática da lei, limitando-se apenas aos princípios gerais que deixam à

vontade individual imensa margem de provocação de efeitos jurídicos nos mais variados interesses de tutela, bem como o entendimento de que o funcionamento do sistema econômico depende de sua disciplina jurídica e, inclusive seus limites à liberdade, incluindo-se também o estudo das obrigações no prisma do direito público.

Assim, o Estado na função jurisdicional ao conceder ou não a tutela específica, sem a ampla observância jurídica e teórica das obrigações de fazer e não fazer ou de algum ato ilícito a ser inibido acerca dos chamados “Novos Direitos”, por nem sempre haver raízes jurídico-formais para tanto, está sendo injustamente arbitrário em face de alguma das partes envolvidas na lide. No Direito Processual Civil, para a concessão da tutela específica é necessário que se comprove a existência da obrigação de fazer ou não fazer ou ainda a existência de um ato ilícito a ser inibido.

Dessa maneira, deixar de conceder uma tutela específica por não haver a juntada nos autos de documentos formais capazes de comprovar uma relação obrigacional ou de elementos formais comprobatórios de um ato ilícito a ser inibido poderia ser um ato de cerceamento indevido e injusto da devida prestação tutelar jurisdicional em se tratando de deveres e obrigações nascidos sociologicamente, principalmente em se tratando de direitos difusos, coletivos, sociais e humanos e, especialmente, ambientais. Por outro lado, conceder uma tutela específica com base em fundamentos levianos que equivocadamente constroem eventuais relações obrigacionais nos chamados “Novos Direitos” leva a uma arbitrariedade na aplicação do direito em decorrência da insegurança jurídica e de construções indevidamente ideológicas do intimo pensamento do aplicador.

Em tom de crítica, mesmo havendo algumas previsões normativas, ainda que tímidas, sobre esses novos direitos, há ainda uma imensa dificuldade para que direitos sejam reconhecidos e aplicados de maneira mais efetiva, sobretudo, na tutela desses direitos, levando a crer que a jurisdição brasileira ainda não está sendo devidamente preparada para lidar com essas novas realidades que motivam a instituição de direitos de ordem meta ou transindividual.

Além disso, nossa epistemologia enfatiza o ensino jurídico no aspecto da norma e o conteúdo desses novos direitos possui uma carga política e ética imensa, levando as razões que motivam a luta por esses novos direitos se refratam ao esbarrar no perfil conservador ao *status quo*, ocasionando decisões injustas ou até mesmo cerceando direitos materiais por força da ótica formalista predominante. Diante disso, tais dificuldades atingem na tutela específica quando houver a identificação no caso concreto de inadimplemento de uma

obrigação contratual ou a ilicitude de algum diante da complexidade do mundo contemporâneo. Nesse sentido, a temática ganha maiores contornos ao enfatizar o estudo desses novos direitos centralizados na composição jurídica da responsabilidade social empresarial.

#### 4 OS DESAFIOS DA TUTELA ESPECÍFICA NO UNIVERSO DA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

O mundo, especialmente ocidental, vivencia constantes transformações sociais e, sobretudo, no modelo de Estado, com expressivas tendências de mudanças de Estado de bem-estar social para o neoliberalismo ao longo das últimas décadas, levando em conta inúmeras manifestações de descentralização de ações sociais voltadas neste propósito em substituição à insuficiência do Estado para tanto diante da atual conjuntura, isto é, em se tratando de Brasil, “o movimento de Responsabilidade Social empresarial desenvolve-se gradativamente no país, reivindicando, junto à sociedade, um modelo de regulação social com maior vigor e abrangência do que o veiculado pelo Estado” (SIQUEIRA, 2002, p. 97), manifestando-se por diversas maneiras, inclusive por meio de parcerias com entidades do Terceiro Setor, atestadas por meio dos mais variados indicadores de responsabilidade social e ambiental, tais como os selos e certificações reconhecidos por institutos de referência no cenário social e econômico. Além disso, tais indicadores também estão sendo necessários para as empresas até mesmo em relação às licitações com as administrações públicas diretas e indiretas.

O universo empresarial, de acordo com os ensinamentos das cartilhas de administração de empresas, é dividido em dois, a saber, o ambiente organizacional interno e o externo, também conhecido por *stakeholders* (KARKOTLI; ARAGÃO, 2004), podendo variar conforme a natureza e a organização do empreendimento. Os *stakeholders* internos se constituem basicamente por empregados, dirigentes, acionistas, investidores, etc. Já os *stakeholders* externos, por consumidores, fornecedores, concorrentes, governos, mídia, sindicatos, instituições financeiras, etc. A partir daí, a prática de ações sociais voltadas ao exercício de bem-estar social podem se manifestar tanto no ambiente organizacional interno quanto externo. Assim, a prática de responsabilidade social não se resume somente em ações filantrópicas ou voluntárias, mas em elementos essenciais para a transformação das empresas do estágio meramente econômico para uma postura de emancipação e cidadania empresarial.

A responsabilidade social empresarial é mais do que um simples ato voluntário, mas também obrigações e deveres de prevenção e reparação de

danos causados ou a causar em objetos jurídicos que não lhes pertencem ou que lhes pertencem sem exclusividade, mas à sociedade de modo geral, que vão além das previsões normativas descritas no direito positivo, o que já é algo aceito nas cartilhas de administração de empresas.

A responsabilidade social da empresa é vista como um compromisso da empresa em relação à sociedade e à humanidade em geral e uma forma de prestação de contas do seu desempenho, baseado na apropriação e uso de recursos que originariamente não lhe pertence (MELO NETO; FRÓES, 1999, p. 82).

Como nos atos humanos, qualquer organização, independentemente de tamanho, setor, atividade ou lugar, tem liberdade para se instalar (viver), se desenvolver e prosperar. Porém, tem em contrapartida a obrigação de atuar como co-responsável pelo desenvolvimento e bem-estar dos agentes do seu entorno (KARKOTLI; ARAGÃO, 2004, p. 46).

Na temática da responsabilidade social empresarial os danos são de natureza social. Assim, a vítima do “dano social” é a sociedade, e a ela deve ser destinada à reparação dos danos por meio de ações preventivas ou reparadoras, onde a indenização pecuniária se converte nos investimentos dessa natureza, por exemplo, uma empresa que emite gases poluentes deve reparar esse dano com investimentos em purificação e controle de emissão, além de punições por parte do Poder Público. Por essa razão, entende-se que a responsabilidade social empresarial pertence aos chamados “Novos Direitos” e assim, sucessivamente, deve ser reconhecida como dever em favor da sociedade, onde ela se pratica nos *stakeholders* interno e externo, e, conseqüentemente, proporcionar-se-á às empresas uma situação de “maioridade na cidadania empresarial” (KARKOTLI; ARAGÃO, 2004, p. 46-47) em relação ao mercado e à sociedade.

O Estado é insuficiente e incapaz de criar normas para cada questão prática, inclusive jurisprudenciais em face da dinâmica social e do mercado, de tal maneira que o indivíduo e a sociedade não podem ficar a mercê exclusiva de criação de supostos direitos por meio da máquina estatal, levando esses novos direitos se germinam e se legitimam de maneira independente na composição social e no desenvolvimento dos fatos sociais.

Daí, diante desta precariedade normativa expressa, tem-se o problema processual em identificar, materialmente, tanto o direito obrigacional convencional, quanto a prática de ato ilícito na fase de apreciação do juiz em grau de liminar ou até mesmo mediante justificação prévia para a concessão de uma das tutelas de urgência, particularmente em se tratando da tutela específica.

A proposta de uma solução cabível a esta questão se dá no desenvolvimento e aperfeiçoamento da hermenêutica jurídica, no tocante à análise das fontes, interpretação, integração e aplicação do direito, calcadas nos princípios e fundamentos esparsos e específicos pertinentes à responsabilidade empresarial no âmbito social como deveres e obrigações, dizendo pela linguagem o processo de construção do direito em observância a demonstrações axiológicas, éticas, morais, políticas, econômicas, etc., isto é, o direito como “atividade interpretativa, construindo-se como um sistema compreensivo do comportamento humano” (FERRAZ JR., 1990, p. 48). Vale lembrar que, em questão, a lei nem sempre é fonte primária exclusiva do direito, tendo em vista a sua precariedade normativa nesta seara jurídica e sua falta de evolução precisa diante da dinâmica social e econômica, sob pena de arbitrariedade na aplicação ao caso concreto.

Porém, o sistema jurídico brasileiro, ao que se nota, possui uma maneira amplamente mecanizada de exercer a hermenêutica jurídica, levando a haver incompatibilidades na aplicação do Direito quando o problema versar nos objetos jurídicos pertencentes aos chamados Novos Direitos (difusos, coletivos, sociais e humanos), inclusive no cumprimento da responsabilidade social empresarial. Nisso, esclarece Lênio Luiz Streck (2005) que “não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito” (p. 33).

A hermenêutica é um processo de criação e não de mecanização, de tal modo que a aplicação do Direito, principalmente nos dias atuais, não deve ser resumida apenas em textos normativos engessados em leis, códigos e normas ditadas por autoridades competentes, bem como numa visão formalista tradicional da qual se encontra refratária aos aspectos sociais, políticos, econômicos, éticos, etc.

Assim, para o aplicador, identificar precisamente uma obrigação ou a prática de um ato ilícito sem as tradicionais previsões normativas passa a ser um desafio para o direito contemporâneo. Esses direitos materiais, tradicionalmente, são interpretados restritamente por meio das previsões obrigacionais inseridas em leis, normas competentes e por meio de negócios jurídicos desenvolvidos no universo da autonomia privada. A partir do momento em que o direito se perfaz fora dessas esferas formais e privatistas, como é possível ocorrer na teoria dos novos direitos com base na evolução identificada pela sociologia, torna-se complicada pelo aplicador a identificação de um direito obrigacional nesse sentido e, nessa problemática, reflete-se na

efetividade tutelar dos artigos 84 do CDC e 461 do CPC em relação aos direitos existentes no universo da responsabilidade social empresarial.

## 5 CONCLUSÃO

Diante das diferenças entre as duas tutelas analisadas neste trabalho, conclui-se que a antecipada do artigo 273 do CPC revela o conteúdo a ser dado em procedência da ação com maiores certeza, dimensão e concretude do que a tutela específica, haja vista que esta vincula a diversidade de possíveis situações relacionadas materialmente nas relações obrigacionais.

Na tutela específica, ao trazer a apreciação do direito material para a sua concessão, em face da atual realidade que o mundo se encontra, calcada nos avanços científicos, tecnológicos, sociais, culturais, econômicos, etc., gerou-se uma imensa dificuldade de concedê-la, principalmente em caráter liminar, levando em conta a dificuldade de ilustração de uma possível relação obrigacional de fazer, de não fazer ou de ato ilícito a ser inibido à luz do mundo e da realidade contemporânea.

A tutela específica, devido à menor exigência instrumental para a sua concessão, se caracteriza com maior excelência sua essência de tutela urgente ao invés da antecipada, tendo em vista sua cognição sumária estar restrita ao objeto obrigacional de fazer, não fazer ou de inibição de ato ilícito.

A tutela específica, à luz da realidade do mundo contemporâneo, jamais deverá ser concedida nos fundamentos da medida cautelar prevista no § 7<sup>a</sup> do artigo 273 do CPC, pois relações obrigacionais exigem, no seu aspecto material, fortes requisitos de liquidez e certeza, onde a fumaça do bom direito é inadmissível em caso de obrigações de fazer, não fazer ou inibição de atos ilícitos, sob pena de configurar o abuso de direito por parte do autor.

O resultado prático da tutela específica em sua devida concessão é prejudicado na medida da complexidade do instituto material do direito obrigacional à luz da realidade contemporânea dinâmica e assim inviabilizando o conhecimento prévio do juiz, levando em consideração a tradição e a postura refratária de perspectivas privatista e contratualista na aplicação do direito diante do complexo jurisdicional e material brasileiro perante as realidades e necessidades contemporâneas. A insuficiência de substratos jurídico-formais para a identificação de uma relação obrigacional de fazer, não fazer ou de ato ilícito a ser inibido leva a uma maior dificuldade na concessão de tutelas específicas no caso concreto, mesmo ciente de que hoje é tecnicamente impossível disciplinar tais relações por meio de leis, normas e convenções

capazes de acompanhar em sincronia a complexa dinâmica da sociedade e da economia, principalmente em se tratando dos chamados “Novos Direitos” e em especial ao universo jurídico da responsabilidade social empresarial.

As relações obrigacionais relativas à responsabilidade social empresarial existem e elas são indiscutivelmente reconhecidas por estudiosos pertencentes às mais diversas áreas de conhecimento em questão. Há não somente obrigações de fazer e não fazer como também atos ilícitos a serem inibidos, calcados na teoria da responsabilidade e na sua conseqüente obrigação de reparar os danos de natureza social e o seu reconhecimento vem sendo dado independentemente de leis ou previsões normativas, jurisprudenciais ou convencionais para sua legitimação na sociedade.

Dessa forma, o desenvolvimento, a prática e o aperfeiçoamento da hermenêutica jurídica, no tocante a análise das fontes, interpretação, integração e aplicação do direito é fundamental para a devida adequação e identificação dessas complexas e variadas formas de geração de relações obrigacionais ou de ilustração de atos ilícitos a serem inibidos no contexto da responsabilidade social empresarial, desde que essa visão hermenêutica se desprenda aos moldes tradicionais exclusivamente formalistas, legalista e de perspectivas privatista e contratualista, devendo compartilhar com aspectos sociais, políticos, econômicos, éticos, etc.

Diante de tais situações problemáticas, identificar as relações obrigacionais de fazer, não fazer ou de atos ilícitos a serem inibidos sem as exclusivas réguas normativistas no pedido de tutela específica passa a ser um desafio para a doutrina e para os operadores do direito em se tratando dos chamados “Novos Direitos”, especialmente na complexidade do universo específico da responsabilidade social empresarial.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Campinas: Servanda, 1999. v. 1.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

INAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.



\_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Tomo I.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

FREIRE, Reis. *Principais inovações no direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KARKOTLI, Gislon; ARAGÃO, Sueli Duarte. *Responsabilidade social: uma contribuição à gestão transformadora das organizações*. Petrópolis: Vozes, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Tutela inibitoria: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000. v. 2, pt. 1.

MELO NETO, Francisco Paulo de; FRÓES, César. *Responsabilidade social & cidadania empresarial: administração do terceiro setor*. Rio de Janeiro: Quatilymark, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. t. 1, 6.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

SIQUEIRA, Mirian Cândida de Oliveira. *Responsabilidade social empresarial: filantropia ou idealismo?* 2002. 212f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social - UNESP, Franca, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

---

## FORMATAÇÃO DE TUTELAS ESPECÍFICAS E DOSAGEM DA AMPLITUDE DA COGNIÇÃO

### FORMATTING OF SPECIFIC PROTECTIVE MEASURES AND PROPORTION OF COGNITION SCOPE

Odoné Serrano Júnior\*

**Resumo:** Partindo do pressuposto de que a tutela jurisdicional civil é expressão do direito fundamental de proteção, que exige o emprego da melhor técnica disponível no atual estado da arte, mostrar-se-á que as técnicas de formatação de tutelas específicas, implementadas a partir da possibilidade de combinação de provimentos e dos seus meios de efetivação, adequando-se às necessidades concretas do direito carente de tutela, somada à técnica da dosagem correta da amplitude da cognição judicial, contribuem sobremaneira para a racionalização da atividade jurisdicional, simplificando e acelerando o procedimento, importando, enfim, em ganhos em termos de efetividade.

**Palavras-chave:** Processo civil. Tutela específica. Cognição judicial. Técnicas processuais. Efetividade.

**Abstract:** This study starts from the premise that civil protective measures are the expression of the fundamental right to protection, and require the use of the best available technique in the current state of art. Its article will show that formatting techniques of specific protective measures, implemented by combining preventive measures and means for their effectiveness, adapted to the concrete needs of the right in need of protection, and added to the technique of correct proportion of legal cognition scope, contribute for the rationalization of the legal activity. Consequently, such techniques simplify and accelerate the procedure, causing gains in terms of effectiveness.

**Keywords:** Civil law. Specific protective measures. Legal cognition. Procedural techniques. Effectiveness.

---

\* Mestre pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro; Doutorando pela PUC-PR.

## 1 A TUTELA JURISDICIONAL CÍVEL, DIREITO A PROTEÇÃO E AS TÉCNICAS PROCESSUAIS

A tutela jurisdicional cível é expressão funcional do direito fundamental de proteção. Com efeito, há força de vinculação no modo de operar os instrumentos do processo civil, exigindo do Poder Judiciário o melhor manejo possível deles. Os direitos devem ser adequadamente protegidos. Para essa proteção, a tutela jurisdicional cível desempenha papel importante, na medida em que, regra geral, está proibida a justiça de mão própria. Nesse prisma, José Roberto dos Santos Bedaque enfatiza que o direito de ação deve ser visto como garantia de efetividade<sup>1</sup>, conferindo ao seu titular a possibilidade de exigir instrumentos aptos a solucionar as controvérsias de maneira adequada e útil. Às situações concretas apresentadas à apreciação do Poder Judiciário devem corresponder formas de tutelas idôneas a assegurar a realização dos direitos delas emergentes. O direito de agir em Juízo, assegurado em sede constitucional, não se exaure em si mesmo, devendo ser examinado em função da tutela pretendida, que deve ser efetiva, real e útil. O que interessa para o cidadão é a possibilidade concreta de obter proteção ao seu direito substancial. (BEDAQUE, 2003).

Cumprido ressaltar que a dimensão funcional de direito de proteção, presente em todos os direitos fundamentais, vincula o modo de operar os instrumentos do processo civil, exigindo que o Poder Judiciário preste proteção mediante técnicas processuais eficientes. Há, assim, um dever de implementar pela via do processo civil a máxima proteção possível aos direitos fundamentais. Ao enfrentar uma situação concreta, deve se extrair do ordenamento jurídico todas as suas possibilidades de outorga de proteção aos direitos. Assim, por exemplo, independentemente da vigência ou não de uma norma penal, objeto de processo no Juízo Criminal, o Poder Judiciário pode cumprir o seu dever de direito de proteção a um direito fundamental, coibindo, num caso concreto, agressões de terceiros mediante expedição de ordens judiciais prolatadas por Juiz Cível (MORO, 2001), a serem implementadas mediante medidas coercitivas ou de sub-rogação.

Destacando a importância das tutelas inibitórias e preventivas executivas cíveis aos direitos fundamentais, Carmem Lúcia Antunes Rocha argumenta que “diversamente do que ocorre com outros direitos ou, principalmente,

---

<sup>1</sup> Bedaque (2003, p. 24) traz um bom conceito de efetividade: “Efetividade da tutela jurisdicional significa a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras de direito material”.

com outras agressões que ao direito impende resolver, os direitos fundamentais, pela sua própria natureza, não podem esperar para um deslinde que somente sobrevenha quando o bem jurídico é a vida, a liberdade ou a segurança, por exemplo, seja em suas manifestações diretas, seja em suas apresentações mediatas (o trabalhador que não receba o seu salário e fique sem condições de se alimentar é lesado no próprio direito à vida digna). Assim, as Constituições, como as normas de direito internacional relativas aos direitos fundamentais, enfatizam, na atualidade, a necessidade de se terem resguardados tais direitos no plano mesmo da ameaça. A prevenção é o melhor cuidado a se tomar, juridicamente, em casos de direitos fundamentais. Quanto mais eficientes forem os sistemas em dotarem os indivíduos e as instituições de instrumentos acautelatórios a fim de que ameaças sejam sustadas ou desfeitas antes mesmo da prática prejudicial aos direitos, tanto melhor atendidos estarão os objetivos dos ordenamentos jurídicos. A Constituição da República brasileira aperfeiçoou a qualidade dos instrumentos garantidores daqueles direitos ao estabelecer no art. 5º, inciso XXXV, que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça a direitos*”. (ROCHA, 1996, p. 56).

Seguindo o mesmo diapasão, Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 82-83) assevera que

Uma Constituição que se baseia na “*dignidade da pessoa humana*” (art. 1º, III) e garante a inviolabilidade dos direitos da personalidade (art. 5º, X) e o direito de acesso à justiça diante de “*ameaça a direito*” (art. 5º, XXXV), exige a estruturação de uma tutela jurisdicional capaz de garantir de forma adequada e efetiva a inviolabilidade dos direitos não patrimoniais. – O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF – obviamente corresponde, no caso de direito não patrimonial, ao direito a uma tutela capaz de impedir a violação do direito. A ação inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na “*dignidade da pessoa humana*” e que se empenha em realmente garantir – e não apenas em proclamar – a inviolabilidade dos direitos da personalidade. – Isso quer dizer que, se a propriedade pode ser protegida por meio de procedimentos especiais capazes de propiciar tutela preventiva, não há como negar igual formato aos direitos da personalidade, sob pena de desconsideração dos próprios valores constitucionais.

O bom domínio de técnicas processuais nos faz enxergar possibilidades até então ignoradas de o Poder Judiciário contribuir com a efetividade dos direitos fundamentais, mediante tutelas idôneas, adequadas às necessidades do caso concreto. Na seara das técnicas processuais cíveis, a doutrina brasileira

apresenta-se em estágio avançado, tendo influenciado muitas reformas legislativas<sup>2</sup>, além de propor mudanças nos paradigmas de interpretação com vistas a melhorar a efetividade do processo civil, revelando novas possibilidades, num constante aprimoramento. A consolidação dessa empreitada, contudo, se dá com a assimilação da boa teoria pela prática do Judiciário.<sup>3</sup>

Kazuo Watanabe (1995), com sua peculiar precisão e poder de síntese, observou que a efetividade do processo como instrumento de tutela jurisdicional de direitos é uma das preocupações mais salientes dos processualistas contemporâneos. Em sua lúcida visão, para se atingir efetividade processual, mostram-se imprescindíveis: o aperfeiçoamento dos institutos e das técnicas processuais; a definição de procedimentos diferenciados; a aceleração e a simplificação dos procedimentos existentes; a antecipação da tutela; a dosagem adequada da amplitude e profundidade (intensidade) da cognição; a facilitação da prova; a facilitação do acesso à Justiça; o permanente aperfeiçoamento dos Juízes e a melhoria da infra-estrutura material e de pessoal dos órgãos jurisdicionais. Todas as observações acima estão corretas. Entretanto, o que gostaríamos de destacar é que, ao lado do aumento do número de juízes e da modernização da estrutura organizacional do Poder Judiciário a assimilação e do emprego de boas técnicas processuais contribui em muito com a melhora da efetividade da Jurisdição Cível na proteção dos direitos.

Por isso, neste capítulo, abordaremos as seguintes técnicas processuais que estão a serviço da eficaz proteção aos direitos, notadamente dos direitos fundamentais:

- 1) formatar tutelas específicas a partir das necessidades do direito material;
- 2) dosar adequadamente a amplitude da cognição judicial;
- 3) atender situações de urgência mediante tutela provisória que neutralize o fator de perigo;
- 4) dar tutela adequada aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*; e
- 5) dar tutela coletiva a direitos individuais homogêneos.

---

<sup>2</sup> A reforma do CPC de 1994 foi capitaneada por Sálvio de Figueiredo Teixeira e por Athos Gusmão Carneiro, reconhecidos doutrinadores do Processo Civil.

<sup>3</sup> Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 17), destaca que o bom funcionamento da técnica processual, por mais perfeita que possa parecer aos olhos dos processualistas, depende fundamentalmente das pessoas que a operam e da estrutura criada para a sua aplicação. Por isso, é preciso que as reformas processuais venham acompanhadas de alterações profundas na organização do Poder Judiciário, e com preocupações com a formação e aperfeiçoamento dos julgadores e serventuários da Justiça.

## 2 A TÉCNICA DE FORMATAR TUTELAS ESPECÍFICAS

O uso de meios inadequados importará em prestação de tutela jurisdicional inadequada. Por isso, não se pode perder de vista o referencial das necessidades do caso concreto, das exigências e das peculiaridades do direito substancial carente de tutela. Ora, as técnicas de tutela jurisdicional somente podem ser reconhecidas como apropriadas quando se vincularem estritamente às necessidades do direito material. Vale dizer, a tutela jurisdicional, para ser efetiva, sempre deve ser específica, isto é, levar em conta as especificidades do direito material a ser satisfeito. Mas como é que se formata uma tutela específica? É o que responderemos a seguir.

A técnica de formatar tutelas específicas é feita a partir da possibilidade de combinação dos provimentos jurisdicionais e dos seus meios de efetivação para atender as necessidades concretas do direito material carente de tutela.

### 2.1 Os provimentos jurisdicionais

Os provimentos, para utilizar linguagem figurada, são as matérias-primas, são as cores, as tintas, que, combinadas ou não, irão compor o quadro de pintura da tutela jurisdicional, conforme a técnica mais adequada para atender as necessidades de proteção ao direito material. É com provimentos jurisdicionais, isolados ou combinados, que se formatam tutelas específicas.

Depois do artigo 84 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e, principalmente depois da Lei 8.952/94, que deu nova redação ao artigo 461 do Código de Processo Civil, as posições de resistência de setores da doutrina - apegados a uma tradição já superada - com relação aos provimentos mandamentais e aos provimentos executivos efetivados no próprio processo de conhecimento, não mais se sustentam. Defasou-se a clássica classificação trinária das sentenças (declaratória, constitutiva e condenatória), como também foi colocada em xeque a idéia de que cognição e execução não poderiam fazer parte de um mesmo procedimento, pois não mais espelham (e talvez, a rigor, nunca espelharam) a realidade do sistema processual brasileiro. A recente Lei 11.232/2005 consolidou esse entendimento ao disciplinar expressamente a liquidação e a execução (cumprimento da sentença) como módulos procedimentais de uma mesma relação jurídica processual. Assim, não há mais dúvida de que, para tutelar adequadamente o direito material, a ordem jurídica disponibiliza ao juiz um leque de provimentos, identificados como declaratórios, constitutivos, “condenatórios”, mandamentais e executivos.

Há provimentos que têm eficácia restrita ao plano jurídico. São eles o declaratório, o constitutivo e o condenatório.

O provimento declaratório nada mais é do que uma certificação oficial, tendo a função de eliminar qualquer questionamento plausível e admissível a respeito da existência ou não de uma relação jurídica, ou sobre o modo de ser de uma relação jurídica, ou ainda sobre a falsidade ou autenticidade de um documento.<sup>4</sup> A atuação do provimento declaratório, assim, limita-se ao plano normativo. (ARENHART, 2003). Eventual repercussão no plano dos fatos se dá pelo atendimento espontâneo das partes ao que foi decidido por sentença.

O provimento constitutivo tem a finalidade de criar, modificar ou extinguir relação jurídica, sem trazer alteração no mundo sensível. Eventuais efeitos práticos da tutela constitutiva são reflexos, acidentais, irrelevantes<sup>5</sup>, pois ela opera apenas no plano normativo, no mundo jurídico.<sup>6</sup>

O provimento condenatório também opera exclusivamente no plano jurídico. A rigor, o que ocorre nos chamados “provimentos condenatórios”, em essência, não é nada além de uma mistura de declaração e de constituição. Em sua dimensão declaratória, o “provimento condenatório” reconhece de

---

<sup>4</sup> Ensina Teori Albino Zavascki (2006, p. 245) que “A atividade jurisdicional exercida em qualquer processo de conhecimento visa a um objetivo específico: uma sentença de mérito. E em toda sentença de mérito há um componente essencial, de natureza declaratória: a declaração de certeza a respeito da existência ou da inexistência ou, ainda, do modo de ser de uma relação jurídica. Nela haverá, portanto, um juízo que contém “declaração imperativa de que ocorreu um fato ao qual a norma vincula um efeito jurídico”. Realmente, as relações jurídicas têm sua existência condicionada à ocorrência de uma situação de fato (suporte fático) que atrai e faz incidir a norma jurídica. Esse fenômeno de incidência produz efeitos de concretização do direito, formando normas jurídicas individualizadas, contendo as relações jurídicas e seus elementos formativos: os sujeitos, a prestação, o vínculo obrigacional. Por isso se diz que, para chegar ao resultado almejado no processo de conhecimento (ou seja, ao juízo de certeza sobre a relação jurídica), é indispensável efetuar o exame “dos preceitos e dos fatos dos quais depende sua existência ou inexistência”, e, “segundo os resultados desta verificação, o juiz declara que a situação existe ou que não existe”. Trabalhar sobre as normas, os fatos e as relações jurídicas correspondentes é trabalhar sobre o fenômeno jurídico da incidência”.

<sup>5</sup> Por exemplo, o divórcio pode tornar injustificável a coabitação do casal; a anulação do contrato pode ensejar a devolução da coisa entregue, etc. Contudo, se não houver a observância espontânea pelas partes da nova situação jurídica criada pelo provimento constitutivo, será necessário o manejo de provimentos que atuem no plano dos fatos: os mandamentais e os executivos.



maneira inquestionável a incidência de uma norma e de sua sanção respectiva, fazendo aplicar, concretamente, a norma abstrata que deverá reger a situação específica. Em sua dimensão constitutiva, o “provimento condenatório” cria o título executivo judicial.<sup>7</sup> Criado esse título, estará autorizado o manejo de provimentos executivos e mandamentais e das técnicas de efetivação da decisão judicial por indução ou sub-rogação, visando realizar no mundo dos fatos o direito reconhecido no juízo de acerto da controvérsia.

Antes da Lei 11.232/2005, a efetivação do provimento condenatório era feita, de regra, *ex intervallo*, em outro processo: o de execução de sentença. Com a Lei n. 11.232/2005, cuja vigência iniciou-se em 23.06.2006, deu-se maior celeridade ao cumprimento da sentença, abandonando o paradigma da autonomia do processo de execução de sentença condenatória, o qual passou a constituir mera fase do processo em que foi proferida a sentença, dispensando-se novo ato citatório para o início da execução.<sup>8</sup> Rompeu-se, assim, de modo cabal, com a antiga idéia de que a cognição e a execução não podem ocorrer no mesmo processo. Com isso, tornou-se desatualizada a lição segundo a qual o provimento condenatório se efetiva *ex intervallo*, em outro processo, o de execução forçada.

Somente quando for preciso obter de alguém alguma prestação fática ou uma omissão é que surgirá a necessidade da tutela jurisdicional intervir no mundo concreto para efetivar-se. Se o que se necessita é obter de alguém um fazer, um dar (inclusive pagar), um não fazer ou um tolerar (permitir que outro faça), os provimentos declaratório, constitutivo e condenatório não se mostram suficientes. Devem ser buscados, então, provimentos que operem no plano dos fatos: o executivo e o mandamental.

O campo de aplicação dos provimentos executivos é restrito às prestações fungíveis.

O provimento executivo efetiva-se por meios sub-rogatórios de execução forçada, realizando o direito diretamente sobre o patrimônio do réu ou realizando o fato devido pelo réu por intermédio da atuação de terceiro, às

---

<sup>6</sup> Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 93-94) ensina que é constitutiva a tutela específica relativa à declaração de vontade (artigos 639 a 641 do CPC). Se alguém se obriga a prestar declaração de vontade e não o faz, pode a autoridade judiciária substituir-se à vontade do obrigado, suprimindo a declaração faltante. Trata-se de tutela satisfativa que se opera no plano jurídico, não necessitando de ulterior execução.

<sup>7</sup> A respeito, vide Arenhart (2003, p. 94-96).

<sup>8</sup> A exceção à nova regra geral se dá para os casos em que não houve prévio processo civil perante órgão do Poder Judiciário brasileiro para a formação do título executivo judicial, nos quais haverá citação do devedor para liquidação e ou execução.

expensas do réu. Tais meios sub-rogatórios podem operar inclusive por atuação do próprio Estado, por meio dos auxiliares do juízo, da força policial, etc.

O provimento mandamental, por seu turno, é constituído de uma determinação judicial (ordem, mandado) acompanhada de uma advertência de sanção (multa coercitiva, prisão civil, seqüestro de bens, suspensão temporária de direitos, indisponibilidade de bens, punição criminal por resistência (CP, art. 329), desobediência (CP, art. 330), prevaricação (CP, art. 319) ou crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/1967, art. 1<sup>a</sup>, XIV), punição civil por improbidade administrativa (Lei 8.429/92, art. 11, II e artigo 12, III), *impeachment* (CF, art. 85, VII), etc).

A sanção será aplicada somente se for verificado o descumprimento injustificado do *decisum*. A finalidade da advertência de sanção por descumprimento da ordem judicial é interferir no intelecto do réu para induzi-lo a cumprir a prestação ou a abstenção devida.

Os provimentos mandamentais servem tanto ao cumprimento dos deveres de não-fazer e de tolerar (que são sempre infungíveis), quanto ao cumprimento dos deveres de fazer fungíveis ou infungíveis.

## **2.2 A efetivação de provimentos mandamentais e executivos: fungibilidade entre meios coercitivos e sub-rogatórios**

Na quadra atual do Processo Civil Brasileiro, universalizou-se a utilização de provimentos mandamentais e executivos e das medidas de efetivação por coerção indireta ou por sub-rogação<sup>9</sup>. Portanto, não há dúvida de que o Processo Civil Brasileiro oferece ao Juiz instrumentos idôneos para que ele dê tutela adequada e efetiva ao direito material lesado ou ameaçado de lesão, cumprindo o dever de proteção que decorre do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva previsto no artigo 5<sup>a</sup>, XXXV, da Carta Magna.

Há inquestionável fungibilidade entre tais provimentos e medidas de efetivação. Como efeito da fungibilidade, nada impede, por exemplo, que, após uma ordem sob pena de multa para que uma empresa pare de emitir seus dejetos tóxicos em um rio, verificado o não cumprimento da ordem e a ineficácia da multa como medida de coerção indireta, o Juiz determine o fechamento da indústria, fazendo cumprir essa decisão mediante utilização de força policial (substituição do provimento mandamental por executivo e aplicação de medida de efetivação por sub-rogação). (TESSLER, 2004).

---

<sup>9</sup> Vide as disposições do artigo 84 da Lei 8.078/90, dos artigos 287 e 461 do Código de Processo Civil e do artigo 11 da Lei 7.347/85, entre outros dispositivos de regência a casos específicos.

Como há fungibilidade entre os provimentos mandamental e executivo e das medidas coercitivas e sub-rogorárias, constata-se que, para o Juiz, há uma margem de discricionariedade para elaborar a melhor técnica de efetivação da tutela jurisdicional em face de um caso concreto. A margem de liberdade do Juiz, entretanto, está condicionada à necessidade, à adequação e à proporcionalidade da medida eleita.

Cumpra aqui trazer à colação o preciso ensinamento de Humberto Ávila, segundo o qual o postulado da proporcionalidade se aplica em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos discernidos empiricamente como um fim (estado de coisas que se procura atingir, resultado concreto ambicionado) e o meio para alcançá-lo, o qual deve ser adequado, necessário e proporcional. A estruturação exercida pelo postulado da proporcionalidade se dá mediante seus três exames fundamentais:

- 1) o da adequação (O meio promove o fim?);
- 2) o da necessidade ou da proibição do excesso (Dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo aos direitos fundamentais afetados?), e
- 3) o da proporcionalidade em sentido estrito (As vantagens trazidas pela promoção do fim justificam as desvantagens provocadas pela adoção do meio? Ou, em outros termos: O grau de importância da realização do fim justifica o grau de restrição que se causará aos direitos fundamentais?). (ÁVILA, 2004, p. 112-125).

No contexto da efetivação dos provimentos executivos, o legislador brasileiro adotou expressamente o postulado da proporcionalidade, ao dispor no artigo 620 do Código de Processo Civil que: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo meio menos gravoso para o devedor”. Assim, por exemplo, a interdição de uma fábrica poluidora pode se revelar medida excessiva, desproporcional e desnecessária quando se conseguir alcançar os mesmos resultados com a ordem de instalação de filtros. O mesmo preceito vale também para os provimentos mandamentais. Logo, o Juiz tem o dever de buscar o meio mais idôneo para atender ao direito em questão com a menor restrição possível aos direitos do réu. A decretação de prisão civil, diante da potencialidade lesiva a direitos fundamentais do réu, que será atingido direta e imediatamente em sua liberdade, só deve ser utilizada em casos extremos, com última alternativa, somente quando a ponderação cuidadosa dos dados concretos indicar ser tal medida imprescindível.

A multa coercitiva, por ser meio menos restritiva, é de mais larga utilização para efetivação dos provimentos mandamentais. A preferência pelo emprego

da multa como medida coercitiva de efetivação de provimentos jurisdicionais foi explicitada pelo legislador no § 4<sup>a</sup> do artigo 461 do Código de Processo Civil. Daí empregar-se a multa sempre que ela for “suficiente” para induzir ao cumprimento do preceito.

Não se confunde a multa coercitiva com a multa punitiva. Por exemplo: o inciso V, do artigo 14 do Código de Processo Civil, inserido pela Lei 10.358/2001 reza que “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais”, prevendo, em seu parágrafo único, multa punitiva pelo ato atentatório ao exercício jurisdicional.<sup>10</sup> Essa multa (punitiva) não se confunde com a multa coercitiva prevista pelos artigos 84 do Código de Defesa do Consumidor, 461 do Código de Processo Civil e 11 da Lei da Ação Civil Pública, razão pela qual pode haver incidência cumulada de ambas.

Com relação ao uso da punição criminal por resistência ou desobediência como medida coercitiva para fins de efetivação de provimento mandamental cível, deve-se observar que, atualmente, os tipos penais dos artigos 329 e 330 do Código Penal são considerados crimes de menor potencial ofensivo.<sup>11</sup> Diante dessa incongruência, defendemos a necessidade de se aumentar o rigor na punição dos crimes de resistência e de desobediência (o que depende de reforma legislativa), bem como de se decretar prisão cível para os casos de não observância injustificadas das ordens judiciais, quando outras medidas menos gravosas mostrarem-se infrutíferas (o que depende apenas da correta interpretação do Direito), para não se esvaziar de efetividade os provimentos judiciais mandamentais.

---

<sup>10</sup> *In verbis*: “Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo pago no prazo estabelecido, contado da data do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”.

<sup>11</sup> Clayton Maranhão (2003, p. 140) e Eduardo Talamini (2001, p. 307-314) destacam que esta situação faz diminuir, em razoável proporção, a efetividade do provimento mandamental.

### **2.3 A prisão civil como medida coercitiva indireta: Possibilidade de utilização, embora restrita a casos extremos, observadas as regras da proporcionalidade, adequação e necessidade da medida**

A admissibilidade da utilização da prisão civil como medida coercitiva para fins de cumprimento de provimentos jurisdicionais mandamentais já está consagrada para o cumprimento de obrigação alimentar, em caso de inadimplemento voluntário e inescusável, e para o depositário infiel. O Texto Constitucional é expresso em admitir sua admissibilidade para esses dois casos no dispositivo que trata da vedação da prisão civil por dívida (artigo 5<sup>a</sup>, LXVII).

Há uma corrente doutrinária que defende uma interpretação restritiva, segundo a qual a utilização da prisão civil somente seria admissível para essas duas hipóteses: alimentos e depositário infiel. Parte dos Juízes e Tribunais têm adotado essa interpretação restritiva. Não nos filiamos a este entendimento. Para nós, a possibilidade da utilização legítima da prisão civil não fica restrita a essas duas hipóteses, mas a qualquer caso de descumprimento injustificável de decisão judicial, principalmente daqueles que versem sobre direitos não-patrimoniais, embora com características de excepcionalidade, isto é, como última alternativa.

A respeito, Pedro Lenza lembra que, por ocasião da discussão do projeto de Lei 3.475/2001, convertido na Lei 10.353/2001, houve uma proposta no âmbito do Ministério da Justiça de previsão expressa da prisão civil como medida de coerção indireta para induzir ao cumprimento dos provimentos mandamentais e à não criação de embaraços à efetivação dos provimentos judiciais, antecipados ou finais, nos moldes da *contempt of court* do direito anglo-americano. Segundo essa proposta, se inseriria um § 2<sup>a</sup> no artigo 14 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação: “Se o responsável, no caso do parágrafo anterior, devidamente advertido, ainda assim reitera a conduta atentatória ao exercício da jurisdição, o juiz poderá impor-lhe prisão civil de até trinta dias, que será revogada quando cumprida a decisão judicial”. Tal proposta não foi levada à apreciação do Congresso Nacional em virtude de pressões da Casa Civil. (LENZA, 2005).

Embora a previsão expressa em dispositivo legal facilite o trabalho de vencer a resistência doutrinária e jurisprudencial, tendo, por isso, grande utilidade, ela não é imprescindível. Para nós, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico em vigor, por si só, é capaz de revelar a possibilidade de o Juiz, na quadra atual, utilizar-se do mecanismo da prisão civil como medida de coerção indireta de cumprimento de decisão judicial, não se

restringindo aos casos de obrigação alimentar ou do depositário infiel. O § 5<sup>a</sup> do artigo 461 do Código de Processo Civil e o § 5<sup>a</sup> do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, em vigor, já dão o respaldo normativo necessário ao manejo da prisão civil para induzir ao cumprimento de qualquer ordem judicial, notadamente para proteger direitos não-patrimoniais. Logo, não é preciso inovar o ordenamento jurídico mediante *interpositio legislatoris*.

Há limite, é claro, para a utilização dessa medida extrema. Contudo, o limite não vem da enumeração *numerus clausus* das hipóteses de cabimento da prisão civil no mencionado dispositivo da Constituição Federal, mas sim da aplicação dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse sentido, é a opinião de juristas da mais alta envergadura.

Na visão de Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 87-8):

Não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada. A prisão, como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Não se trata, por óbvio, de sanção penal, mas de privação da liberdade tendente a pressionar o obrigado ao adimplemento. Ora, se o Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a todos os casos conflitivos concretos, está igualmente obrigado a usar os meios necessários para que as suas ordens (o seu poder) não fique à mercê do obrigado. Não se diga que essa prisão ofende direitos fundamentais da pessoa humana, pois, se tal fosse verdade, não se compreenderia a razão para a admissão do emprego desse instrumento nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha. Na verdade, a concepção de um processo como instrumento posto à disposição das partes é que encobre a evidência de que o Estado não pode ser indiferente à efetividade da tutela jurisdicional e à observância do ordenamento jurídico. Se o processo é, de fato, instrumento para a realização do poder estatal, não há como negar a aplicação da prisão quando estão em jogo a efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento do ordenamento jurídico. É por isso, aliás, que a Constituição não veda esse tipo de prisão, mas apenas a prisão por dívida.

Segundo o entendimento de Marcelo Lima Guerra (1998, p. 245-6):

Realmente, encarada a prisão civil como um importante meio de concretização do direito fundamental à tutela efetiva e não apenas como uma odiosa lesão ao direito de liberdade, uma exegese que restrinja a vedação do inc. LXVII do art. 5 da CF aos casos de prisão por dívida, em sentido estrito preserva substancialmente a garantia que essa vedação representa, sem eliminar totalmente as possibilidades de se empregar a prisão civil como medida coercitiva para assegurar a prestação efetiva da tutela jurisdicional. - Sendo assim, é razoável

entender que o § 5<sup>a</sup> do art. 461 constitui fundamento legal bastante para que o juiz possa decretar a prisão de devedor de obrigação não pecuniária, como medida destinada a compeli-lo a adimplir, sempre que essa medida se revele a mais adequada, dentro dos critérios já examinados, ao caso concreto.

Para Sérgio Shimura (2001, p. 674), “é preciso interpretar a prisão como forma de concretização do direito fundamental à tutela efetiva, e não apenas como uma odiosa lesão ao direito de liberdade. Realmente, a prisão, no caso, nada tem a ver com dívida. Trata-se de meio coercitivo para cumprimento das determinações judiciais”. Em face da alusão à “força policial”, feita no § 5<sup>a</sup> do artigo 461 do CPC, não se pode imaginar que qualquer pessoa do povo possa prender em flagrante delito algum transgressor, mas o juiz cível ou trabalhista, imbuído de seu ofício jurisdicional-constitucional, não o possa fazê-lo, tendo que presenciar “impávido a desobediência, a chicana, o atentado ao exercício legítimo da jurisdição, em incrédulo ostracismo sócio-político, contentando-se com a vetusta, porém risível, remessa de peça materializadora da infração ao Ministério Público, a fim de que apure, em melodioso processo criminal, a responsabilidade do malsinado recalcitrante, que terminará por findar como tantas quimeras jurídicas”. Se o Processo Civil “já prevê a prisão pela recalcitrância e desacato à Justiça quando, por exemplo, alguém resista à ordem de penhora (art. 662 do CPC), quando o portador do título se recusa injustificadamente a devolvê-lo (art. 885 do CPC), ou, ainda, se o falido descumprir algum dos deveres previstos em lei (art. 35 do Dec.-lei 7.661/45)”, pela mesma razão esse meio coercitivo deve ser empregado para induzir ao cumprimento de todos os demais provimentos judiciais mandamentais. “Sem prejuízo desta forma de coerção indireta – prisão –, pode ficar caracterizado o crime de desobediência (art. 330 do CP), prevaricação (art. 319 do CP) ou mesmo de responsabilidade (art. 85 da CF; Dec.-lei 201/67). Mas, nesses casos, compete ao juízo com competência criminal para decretar a prisão, como sanção penal. “Não reinterprete o processo como instrumento de efetivação do poder estatal e concretização do direito material da parte é permitir a desmoralização da Justiça, deixando o Judiciário totalmente manietado ao sabor do capricho do requerido”. (SHIMURA, 2001, p. 674-5).

Partilhamos dessa interpretação e entendemos ser possível a adoção da prisão civil para induzir ao cumprimento da decisão judicial, como também para inibir a criação de embaraços à efetivação de provimentos judiciais, sempre que medidas menos gravosas não se revelarem aptas a tal desiderato e a parte, devidamente advertida, continuar recalcitrante. Como se trata de uma medida extrema, deverá existir observância rigorosa ao princípio da proporcionalidade, de modo a aplicá-la apenas como última alternativa.

## 2.4 Exemplos de modalidades de tutelas específicas

O estudo dos meios só se justifica na medida em que contribua para se atingir resultados mais efetivos. Eis a razão para se estudar a técnica de formatação de tutelas específicas. Conjugando-se provimentos declaratórios, constitutivos, condenatórios, executivos e mandamentais, é possível efetivar tutelas específicas de diversas modalidades. A formatação de tutelas específicas deve atender às peculiaridades da situação de direito material carente de proteção. O objetivo é buscar o máximo de efetividade possível à proteção via tutela jurisdicional. A seguir, abordaremos exemplos, já identificados pela doutrina, de tutelas específicas que podem ser formatadas: a tutela inibitória, tutela preventiva executiva, tutela de remoção de ilícito ou reintegratória, tutelas de ressarcimento de danos e a tutela punitiva cível.

A tutela inibitória tem como pressuposto exclusivamente a iminência da prática de um ilícito (ou de sua repetição ou continuação), não se preocupando com o dano ou com a culpa, que são dados que ficam de fora do *thema probandum et decidendum*. Portanto, dano ou culpa não são objetos de cognição judicial neste tipo de tutela. Preocupar-se com dano e culpa em lide que envolve exclusivamente tutela inibitória importará em desperdício de atividade processual, notadamente de atos instrutórios, pela não dosagem adequada da cognição judicial quanto à amplitude (limitação no plano horizontal). Portanto, deve haver uma filtragem para que assuntos alheios ao *thema probandum et decidendum*, não façam parte da colheita de provas. Daí a importância da correta fixação dos pontos controvertidos e deliberação sobre as provas relevantes, pertinentes e úteis a serem produzidas, tal qual determinado pelo § 2º do artigo 331 do Código de Processo Civil. Para sua efetivação, a tutela inibitória vale-se de provimentos mandamentais e dos meios de coerção indireta para cumprimento da decisão judicial.

A tutela preventiva executiva, embora também vise prevenir a prática ou repetição de um ilícito futuro, apenas ameaçado, caracteriza-se (e se diferencia da tutela inibitória) por vir assistida por técnicas de sub-rogação. (MARANHÃO, 2003; MARINONI, 2000). Assim, por exemplo, a designação de um Oficial de Justiça para, com o auxílio de força policial, impedir a realização de uma festa na qual participaria uma multidão de pessoa, em área de especial proteção ambiental, caracteriza tutela preventiva executiva de ilícitos ambientais.

A tutela de remoção do ilícito é também chamada de tutela reintegratória. Trata-se de tutela repressiva, *post factum*, que busca a supressão do ilícito, isto é, visa o retorno ao *status quo ante*.<sup>12</sup> A tutela de remoção do ilícito é



tutela de repressão do ilícito e de prevenção do dano. A respeito dessa modalidade de tutela, Luiz Guilherme Marinoni (2004) cunhou expressão que bem descreve o objetivo colimado: “Remover o ilícito é secar a fonte dos danos” (p. 69). Ela pressupõe a demonstração de que foi praticado um ilícito que se perdura no tempo, que é o que a distingue da tutela de reparação dos danos *in natura*.

Um exemplo ilustra a diferença entre a tutela reintegratória (de remoção do ilícito) e a tutela de reparação dos danos: A exposição de lixo tóxico ao ambiente é um ilícito que gera constante violação à norma, sendo objeto de tutela de remoção do ilícito que se concretiza pela retirada do lixo do ambiente e seu acondicionamento adequado. Já no caso de vazamento de óleo ao mar, ao contrário, a prática do ilícito decorre de um único ato. Ato este que já se exauriu. O que persiste no tempo são os seus efeitos, isto é, os danos resultantes, que devem ser objeto de outro tipo de tutela: a de ressarcimento do dano.

A tutela de remoção do ilícito também prescinde da demonstração da culpa ou de dano, sendo esses dados irrelevantes, não fazendo parte do *thema decidendum* desta modalidade de tutela.

Por seu turno, as tutelas de ressarcimentos buscam a reparação de danos. Elas oferecem uma solução *a posteriori factum* que têm por objetivo recompor a situação anterior (*status quo ante*). Pode se dar por reparação específica (*in natura*), por compensação (resultado prático equivalente)<sup>13</sup> ou pelo equivalente pecuniário<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> A tutela do adimplemento é também de remoção de um ilícito (a mora), por meio do cumprimento, ainda que extemporâneo, da prestação devida.

<sup>13</sup> Luciane Gonçalves Tessler (2004, p. 371) traz a lume dois exemplos de compensação ecológica alinhavados em âmbito judicial. O primeiro deles ocorreu em Florianópolis, onde um projeto de urbanização balneária na praia de Jurerê causou danos ao Rio do Meio. O Ministério Público pediu judicialmente a reabertura do rio e a questão foi resolvida por compensação ecológica, realizado termo de ajustamento de conduta no qual a ré, Habitasul, construiu um lago com superfície superior a 32.000 m<sup>2</sup>, para a captação de águas pluviais, com a substituição de uma das finalidades do Rio do Meio e, como a compensação era parcial, comprometeu-se a pagar indenização de setenta e cinco mil reais à Secretaria do Meio Ambiente, Migração e Habitação do Município de Palhoça, a ser revertida para o Parque Ecológico Municipal no Manguezal. O segundo exemplo ocorreu em Belo Horizonte, em demanda movida contra a Fiat, que foi acusada de lançar no mercado veículos que emitiam poluentes acima do nível estabelecido em lei, ao ter substituído o catalisador por dispositivo eletrônico que não tinha a mesma eficiência. Em acordo com o Ministério Público Federal a multa que a empresa deveria pagar à União foi substituída por medidas compensatórias,

A tutela punitiva não é exclusiva da jurisdição penal. Há também tutela punitiva que se opera na jurisdição cível, com aplicação de sanções, como multa, suspensão de direitos, etc., a título de reprovação pela prática de um ilícito, a exemplo das disposições do artigo 12 da Lei 8.429/92 que prevê sanções punitivas à prática de atos de improbidade administrativa.<sup>15</sup>

## 2.5 Tutelas específicas e os direitos fundamentais

Em se tratando de direitos fundamentais, ligados à proteção da dignidade da pessoa humana, a tutela específica adequada não é a reparatória pelo equivalente pecuniário, pois de modo algum com ela se compensaria adequadamente os prejuízos causados, eis que o valor desses direitos não se mede pelo metro da pecúnia, nem são passíveis de conversão em moeda. A base dos direitos fundamentais é a proteção da dignidade da pessoa humana, e a dignidade, como sabemos, não tem preço. Logo, o que importa é, em primeiro lugar, impedir a lesão. Somente quando não for mais possível impedir a lesão é que buscará colocar o titular do direito na mesma posição em que estaria se não tivesse havido a violação do seu direito, mediante remoção do

---

obrigando-se a empresa a doar 6.000 hectares ao Ibama, prover toda a estrutura para transformar a área no Parque Nacional do Vale do Paraçu, além de ter que doar um laboratório de análise de emissões atmosféricas, um veículo de monitoramento da qualidade do ar e outros equipamentos para o órgão ambiental. Por seu turno, Carlos Alberto Salles (1998, p. 307-309) observa com propriedade que as indenizações destinadas ao chamado “Fundo de Recuperação dos Bens Lesados”, previstas no artigo 13 da Lei 7.347/85, nos casos de danos ambientais, quando se estiver diante da completa impossibilidade de reconstituição dos bens lesados, não tem o sentido de ressarcimento específico, *in natura*, mas sim constituem medidas de natureza compensatória.

<sup>14</sup> Os artigos 84, *caput* e § 1<sup>a</sup>, do Código de Defesa do Consumidor, 461, *caput* e § 1<sup>a</sup> do Código de Processo Civil e artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública indicam que a tutela de ressarcimento *in natura* tem primazia sobre a tutela de ressarcimento pelo equivalente pecuniário. Aliás, em se tratando de direitos não-patrimoniais, como o meio ambiente, a saúde pública, etc., impossível é a conversão em pecúnia. As indenizações revertidas aos Fundos de Recuperação dos Bens Lesados constituem técnica de operacionalização de uma compensação, quando impossível a tutela de reparação *in natura*, pois visa obter resultados práticos equivalentes.

<sup>15</sup> A respeito, Teori Albino Zavascki (2006, p. 109) leciona que: “Não há dúvida de que as sanções aplicáveis aos atos de improbidade, previstas na Lei 8.429/92, não têm natureza penal. Todavia, há inúmeros pontos de identidade entre as duas espécies, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória,

ilícito ou reparação do dano *in natura* ou pelo resultado prático equivalente. Daí a importância de se trabalhar com provimentos jurisdicionais que atuem no plano dos fatos. Na proteção dos direitos fundamentais, portanto, a utilidade dos provimentos executivos e mandamentais e de seus meios de efetivação coercitivos ou sub-rogatórios, aptos a provocar efeitos de mudança no plano da realidade fática ou de impedir tais mudanças, se sobressai.

Vê-se, portanto, que a proteção a direitos fundamentais demanda a formatação de tutelas que contemplem provimentos mandamentais e executivos, efetivados prontamente por meios de coerção indireta ou de sub-rogação, de modo a conseguir, de forma rápida a prevenção de ilícito, a remoção do ilícito ou a reparação dos danos *in natura* ou pelo resultado equivalente.

### 3 A TÉCNICA DE DOSAR CORRETAMENTE A AMPLITUDE DA COGNIÇÃO JUDICIAL

O estabelecimento de tutelas diferenciadas, congruentes às necessidades do caso concreto, constitui medida importante de racionalização da atividade jurisdicional, simplificando e acelerando o procedimento. Contudo, de nada adianta a correta formação de tutelas específicas se esta for anulada no decorrer

---

visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo. Com efeito, não há qualquer diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo. Nos dois casos, as conseqüências práticas em relação ao condenado serão absolutamente idênticas. A rigor, a única diferença se situa em plano puramente jurídico, relacionado com efeitos da condenação em face de futuras infrações: a condenação criminal, ao contrário da não-criminal, produz as conseqüências próprias do antecedente e da perda da primariedade, que podem redundar em futuro agravamento de penas ou, indiretamente, em aplicação de pena privativa de liberdade (CP, arts. 59; 61, I; 63; 77, I; 83, I; 110; 115, § 2<sup>a</sup> e 171, § 1<sup>a</sup>). Quanto ao mais, entretanto, não há diferença entre uma e outra. Somente a pena privativa de liberdade é genuinamente criminal, por ser cabível unicamente em casos de infração penal. A prisão civil, nas hipóteses admitidas pela Constituição (“inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” – art. 5<sup>a</sup>, LXVII), não é pena, mas simples meio executivo para compelir o devedor a cumprir a obrigação: atendida a prestação, cessa a medida constritiva, mesmo que decretada por prazo maior. Assim, excetuada a pena privativa de liberdade, qualquer outra das sanções previstas no artigo 5<sup>a</sup>, XLVI, CF, pode ser cominada tanto a infrações penais, quanto a infrações administrativas, como ocorreu na Lei 8.429/92”.

do processamento pela não dosagem adequada da amplitude da cognição judicial. Como os requisitos de cada tutela são diferentes – por exemplo, para a tutela inibitória as considerações a respeito de culpa são impertinentes –, é desnecessário gastar tempo e recursos materiais com discussões e com produções de provas sobre pontos impertinentes, que não fazem parte do *thema probandum et decidendum*. Basta que a amplitude da cognição judicial seja adequadamente limitada<sup>16</sup>. Eis aí a relevância da correta aplicação da norma explicitada pelo § 2<sup>a</sup> do artigo 331, pelo inciso II do artigo 125 e pelo artigo 130, todos do Código de Processo Civil a exigir que o Juiz fixe corretamente os pontos controvertidos, determine a realização das provas necessárias à instrução do processo e indefira os requerimentos de diligências probatórias inúteis ou meramente protelatórias.

Qualquer prova que seja produzida a respeito de elementos que não se relacionam com o objeto da tutela configurará cognição inadequada do direito material, importando em postergação indevida da atividade jurisdicional e desperdício de tempo e de recursos públicos. Saliente-se que a ampliação desnecessária do âmbito cognitivo pode significar frustração da tutela jurisdicional no momento oportuno e, Justiça que tarda muitas vezes é Justiça que falha. Portanto, o bom uso da técnica de correta dosagem da amplitude da cognição judicial de acordo com os elementos relevantes da tutela específica tratada no caso concreto é fator decisivo para a melhora de desempenho e para assegurar efetividade à função jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

---

<sup>16</sup> Como bem adverte Teori Albino Zavascki (2005, p. 22), cognição exauriente não é sinônimo de cognição ilimitada, mas sim de cognição formada à base dos meios de contraditório e de defesa adequados ao objeto cognoscível.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde*. (arts. 83 e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 16, p. 39-58, 1996.

SALLES, Carlos Alberto. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

SHIMURA, Sérgio. Efetivação das tutelas de urgência. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Processo de Execução*, p. 665-684. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 674-675.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

WATANABE, Kazuo. Apontamentos sobre: “Tutela jurisdicional dos interesses difusos (necessidade de processo dotado de efetividade e de aperfeiçoamento permanente dos Juízes e apoio dos órgãos superiores da Justiça em termos de infra-estrutura material e pessoal)”. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*.

São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

---

LE *CLASS ACTIONS* IN ITALIA:  
PROBLEMI E PROSPETTIVE IN CHIAVE COMPARATA

THE CLASS ACTIONS IN ITALY:  
PROBLEMS AND PERSPECTIVES IN COMPARATIVE ANALYSIS

Gianluca Sgueo\*

**Riassunto:** La legge finanziaria italiana per il 2008 introduce, all'articolo 2, comma 445, la prima disciplina organica dell'azione di classe nell'ordinamento italiano. La scelta compiuta dal Legislatore italiano è comunque significativa, sia quanto agli effetti prodotti sul sistema giuridico, sia quanto alle possibili ripercussioni nei rapporti contrattuali tra cittadini, imprese e autorità pubbliche, locali e nazionali. L'articolo, idealmente strutturato in tre parti, combina una ricostruzione storica degli avvenimenti antecedenti all'approvazione della norma di legge in commento con un'analisi più approfondita di quella, alla luce della casistica giurisprudenziale più significativa. È proprio l'analisi delle prospettive e dei problemi che costituisce il cardine di questa breve ricerca, poiché dall'analisi dei dati concreti tenta di rinvenir e le (possibili) soluzioni agli stessi.

**Parole chiave:** Consumatori. Assicurazioni. Mercato finanziario. Legittimazione soggettiva. Camera di conciliazione.

**Abstract:** The Italian financial laws for 2008 introduce, in Article 2, item 445, the first organic discipline of class actions in the Italian order. The decision made by the Italian legislator is, therefore, meaningful in relation not only to the effects produced in the legal system but also to the possible repercussions in contractual relations between citizens, companies and local and national public authorities. The article, ideally structured in three parts, puts together a historical reconstruction of the facts before the approval of the law with a detailed analysis of its contents in the light of the most relevant jurisprudential cases. The core of this brief research consists of the analysis of the perspectives as well as their problems, since the analysis of the concrete data tries to discover (possible) solutions for such problems.

**Keywords:** Consumers. Insurance. Financial market. Subjective legitimation. Conciliation chamber.

---

\* Avvocato e componente della redazione della rivista on-line "Diritto & diritti" <<http://www.diritto.it>>.

---

## 1 I PROBLEMI DI CARATTERE GENERALE CHE DERIVANO DALL'INTRODUZIONE DELLE AZIONI DI CLASSE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Ci sono tre considerazioni preliminari da svolgere con riguardo alla natura delle azioni di classe in Italia. In primo luogo, parte delle riflessioni che qui si svolgono sono necessariamente provvisorie. Sebbene, infatti, il dibattito sulla introducibilità delle azioni di classe nel nostro ordinamento sia ormai maturo, per lungo tempo è stato fondato su ipotesi scientifiche, piuttosto che su certezze<sup>1</sup>.

Infatti, se si escludono le ripercussioni che la direttiva comunitaria - di cui s'è detto nel capitolo precedente - ha avuto nel nostro ordinamento, ed il dibattito che ne è seguito, la restante dottrina ha lungamente dibattuto in ordine alla possibilità di realizzazione, piuttosto che alla produzione di effetti reali delle *class actions*.

I contributi dei giuristi sul tema sono, pertanto, interessanti entro il limite in cui li si confronta con una situazione giuridica del tutto nuova. La stessa giurisprudenza, sebbene abbia talora legittimato l'ingresso di associazioni di categoria nel processo, lo ha sempre fatto sulla base degli strumenti processuali esistenti. Il "caso Seveso", di cui si dirà oltre, è, in tal senso, emblematico.

La seconda considerazione preliminare attiene agli sviluppi che l'azione di classe potrà avere nel nostro ordinamento. Pare, dalla lettura del testo di legge che la contiene, che siano ravvisabili alcuni dei problemi già noti agli altri ordinamenti.

Difficile è la definizione dei soggetti che hanno titolo ad intervenire, così come crea problemi la notifica a tutti le parti interessate dell'esistenza di un'azione. Questa circostanza, tuttavia, non costituisce necessariamente un ostacolo. Sarà interessante, al contrario, verificare con quali differenze la disciplina delle azioni di classe sarà in grado di influenzare le decisioni dei giudici, e viceversa.

Infine, è bene svolgere una riflessione di più ampio respiro. Appare evidente come, al di là delle tante difficoltà di cui s'è detto (e di cui si dirà nel corso

---

<sup>1</sup> Si prenda, a titolo di esempio, RESCIGNO M., *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giurisprudenza italiana* (2000, p. 407): "Negli ultimi anni il dibattito, che aveva registrato la partecipazione di voci importanti [...], si è intensificato e non soltanto in sede dottrinarina. Infatti, se ancoa non può dirsi introdotta nel nostro ordinamento la *class action* [...], tuttavia il riconoscimento della tutela processuale degli interessi diffusi [...] ha compiuto significativi passi avanti".



delle pagine che seguono), l'istituto dell'azione di risarcimento collettivo è un istituto dal valore democratico estremamente elevato.

I giuristi, ma anche i tecnici del diritto, dovranno adoperarsi per risolvere quelle difficoltà avendo a mente questa peculiarità dell'azione di classe. Viceversa, l'intervento del legislatore risulterà vano. Per questa ragione si è deciso di svolgere brevi cenni conclusivi sul primo caso di azione di classe intentata dopo l'approvazione della legge finanziaria per il 2008.

L'impressione è quella che lo strumento, se ben utilizzato, offrirà agli utenti una nuova, e valida, alternativa agli strumenti tradizionali, per far valere i propri diritti. Lo confermano due circostanze: la prima è quella relativa ai primi casi di azione di classe intentati dal gennaio 2008, nei quali risulta immediatamente evidente la percezione, da parte delle associazioni dei consumatori, della grande utilità dello strumento.

La seconda considerazione riguarda la malleabilità dello strumento medesimo. In altre parole, si vedrà dall'esame dei casi riportati, come talora la semplice "intenzione" di intentare un'azione collettiva possa avere un effetto positivo sull'evolversi della vicenda. È forse presto per dirlo, ma sembrerebbe proprio questo lo scopo del Legislatore: favorire la conciliazione rapida, anziché necessariamente la litigiosità, nelle questioni di maggiore complessità, con soluzioni che accontentino entrambe le parti.

## 2 IL DIBATTITO ANTECEDENTE ALL'INTERVENTO DEL LEGISLATORE. I MASS TORTS NEL SETTORE ASSICURATIVO

Come anticipato, il dibattito sulla legittima introduzione delle azioni di classe nel nostro ordinamento si protrae da tempo. In particolare, esistono alcuni settori nei quali il dibattito ha avuto sviluppi più ampi rispetto ad altri. Ciò, in ragione o delle peculiarità di detti settori oppure, anche, a causa del coinvolgimento diretto di un ampio numero di interessi soggettivi da parte degli stessi.

Tra questi, quelli che rivestono l'importanza maggiore sono il settore delle assicurazioni, quello relativo alla responsabilità dei produttori di beni, il settore finanziario e la salute.

Il primo da trattare, nell'ordine, è il settore finanziario<sup>2</sup>. I giuristi hanno

---

<sup>2</sup> V. BADANO D., *Mass torts: l'ottica assicurativa*, in *Responsabilità civile e previdenza* (2002, III, p. 608): "Attualmente per l'industria assicurativa la più grande area di incertezza è rappresentata dalla minaccia dell'insorgere di nuove tipologie di *Mass torts*. Infatti gli effetti di tali sinistri - chiamati in gergo assicurativo *Long Tail* - sulle esposizioni delle Compagnie sono suscettibili di compromettere la solidità finanziaria dell'intero

riscontrato, in tale ambito, tre variabili. Da una parte, la possibilità che ampie categorie di soggetti venissero investite da una stessa fattispecie dannosa. Ne è un esempio tipico l'inquinamento ambientale. Si tratta peraltro di danni sia materiali che immateriali (si pensi ad esempio all'inquinamento acustico)<sup>3</sup>. Simile circostanza si è verificata in un caso particolarmente noto alle cronache: il caso Seveso, di cui si dirà poco oltre.

Da un'altra parte, i giuristi hanno analizzato la possibilità che i danneggiati, godendo della tutela assicurativa offerta da una polizza, vengano garantiti da un risarcimento integrale, oppure solo parziale del danno subito.

In particolare ci si è concentrati sull'imprevedibilità di simili danni da parte delle imprese assicurative che sottoscrivono simili polizze. La dottrina ha notato, infatti, che la rilevanza economica di simili danni non presenterebbe un problema per l'industria assicurativa se questi fossero tenuti in considerazione nell'elaborazione del prodotto assicurativo. Si pensi proprio ad alcune forme di inquinamento. A tale riguardo è indubbio che queste si verificheranno in futuro, e produrranno danni ad un numero esteso di soggetti, ma la maggior parte delle polizze *standard* prevede oggi la specifica esclusione per questo tipo di rischi. Mentre, al tempo stesso, è possibile acquistare coperture specificatamente concepite per l'inquinamento.

Invece, la non prevedibilità dei *Mass torts* fa sì che le imprese assicurative ricorressero – e ricorrano tuttora – ad una soluzione semplice: per proteggere

---

sistema industriale. Questo tipo di sinistri (citiamo ad esempio l'inquinamento ambientale, l'amianto, le protesi mediche, le radiazioni, il tabacco ed altre esposizioni ad agenti tossici) sono caratterizzati dall'esposizione ad un processo od un agente nocivo che produce danni dopo un lungo periodo di latenza, rendendo quindi impossibile per l'assicuratore la valutazione delle proprie esposizioni e conseguentemente la determinazione del premio corrispondente a farvi fronte. Infatti l'assicuratore per questi sinistri non dispone di precedenti storici e pertanto non può ricorrere alle tradizionali metodologie attuariali per il calcolo del premio che si basano sull'esperienza della sinistrosità del passato, sulla frequenza, sul costo medio dei sinistri”.

<sup>3</sup> Nota BADANO D., *Mass torts: l'ottica assicurativa*, in *Responsabilità civile e previdenza*, (2002, III, p. 608): “In molti casi è sufficiente che anche una piccola parte sia esposta, poiché se l'effetto patologico è latente, ovvero richiede un lungo periodo per diventare apparente, l'effetto potrà diffondersi successivamente su milioni di persone. Questo aspetto è riscontrabile ad esempio nel caso dei sinistri da esposizione all'amianto, uno dei *Mass torts* più noti degli ultimi anni, i cui effetti dannosi per l'organismo non si manifestano prima di 15 anni (asbestosi, che provoca enfisema polmonare e mesotelioma)”.

la propria solidità finanziaria dagli imprevisti operano l'introduzione di specifiche esclusioni nelle condizioni contrattuali delle polizze.

Simile soluzione presenta però due inconvenienti. Anzitutto, riduce il numero degli assicurati e comunque non impedisce che questi lamentino comunque il danno in sede giudiziale, pretendendo il risarcimento dello stesso. Inoltre, simile soluzione è utilizzabile solo successivamente al manifestarsi della crisi. È stato ad esempio il caso dell'esposizione da amianto<sup>4</sup>. Ciò significa che difficilmente le imprese assicuratrici possono prevenire ipotesi di danno ambientale così grave da escluderlo preventivamente dalle condizioni contrattuali.

Infine, i giuristi hanno rilevato la necessità della presenza di un sistema giuridico recettivo. In altre parole, affinché il sistema delle azioni di classe possa svilupparsi in un ordinamento giuridico che non lo prevede, è necessaria la presenza di strumenti giurisdizionali che assicurino agli assicurati la possibilità di rivalersi contro gli assicuratori, qualora non ottengano il riconoscimento dei danni subiti.

## 2.1 Il Caso Seveso

Le condizioni sopra elencate non erano presenti nel nostro ordinamento prima della recente riforma del legislatore. Mancavano, in particolare, la presenza di strumenti giurisdizionali adeguati a tutela dei soggetti che intendessero rivalersi contro le imprese assicurative.

Nonostante gli ostacoli posti dal sistema delle tutele italiano, è accaduto che le parti coinvolte riuscissero comunque ad escogitare linee di azione giudiziaria in grado di tutelare un numero ampio di soggetti. Emblematica è, in tal senso, la vicenda giudiziaria nata a seguito del disastro di Seveso<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> In alcuni casi le imprese assicurative, per limitare gli effetti nocivi dei danni di massa, inserivano una limitazione contrattuale nel tempo dell'esposizione al rischio. Tipico esempio è come la clausola c.d. "*Claims Made*", che fa rispondere la polizza solo per i sinistri comunicati all'assicuratore durante il periodo di validità della polizza stessa. In genere contengono questo tipo di clausola tutte le polizze relative ai prodotti di uso comune.

<sup>5</sup> Per l'indicazione dei profili ricostruttivi principali di cronaca giudiziaria, si rimanda a FEOLA D., *Il caso "Seveso" e la risarcibilità dei danni non patrimoniali alla collettività vittima di un disastro ambientale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, (1995, p. 143): "La sera del 10 luglio 1976 fuoriusciva dallo stabilimento dell'Icmesa di Seveso (società con sede a Meda) una nube tossica di diossina. Le indagini dei periti accertarono poi che l'incidente era stato causato dal guasto di un reattore durante la pausa di raffreddamento".

In detta circostanza, infatti, le parti coinvolte utilizzarono una singolare strategia, finalizzata ad ottenere l'equo risarcimento del più ampio numero di soggetti possibile.

Anzitutto, la popolazione si costituì in associazione. Creò poi un "gruppo pilota" composto da pochi individui (appena trenta) che intentò l'azione civile. L'obiettivo era quello di ottenere la condanna al risarcimento dei danni in capo all'impresa che, per timore che altri soggetti potessero intentare azione sulla scia della sentenza loro favorevole, decidesse di patteggiare e riconoscere un risarcimento a tutta la popolazione coinvolta, ovviamente in via forfettaria<sup>6</sup>.

Il giudice di primo grado riconobbe a ciascun attore un indennizzo di due milioni a titolo di danno morale. La sentenza venne confermata in appello.

Al di là dei tanti profili tecnici che interessano questa vicenda, quello che qui interessa rilevare è la duplice circostanza per cui, da una parte, l'assenza di strumenti adeguati non impedì alle parti di proporre azione giudiziaria finalizzata all'ottenimento di un risarcimento su larga scala. Dall'altra parte, l'imprevedibilità dell'evento da parte delle imprese assicuratrici coinvolte non tutelò queste dalla necessità di versare le somme dovute per conto dell'Icmesa.

Può essere interessante notare come, nella legislazione statunitense, appunto grazie all'esistenza di un insieme di disposizioni legislative mirate, casi analoghi a quello italiano sono stati risolti attraverso il patteggiamento delle parti, a seguito della minaccia di intentare un'azione di classe. Particolarmente noti sono, ad esempio, i casi di inquinamento ambientale prodotti dallo scarico di prodotti industriali ed i conseguenti danni da intossicazione delle popolazioni locali.

---

<sup>6</sup> V. FEOLA D., *Il caso "Seveso" e la risarcibilità dei danni non patrimoniali alla collettività vittima di un disastro ambientale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, (1995, p. 145): "La popolazione, con un espediente che farà storia, in anni recenti si è costituita in associazione per mettere in atto una strategia risarcitoria che riducesse al minimo i costi del giudizio. L'idea è stata allora quella di mandare allo scoperto un gruppo pilota, costituito da una trentina di persone, abitanti dei comuni interessati dalla contaminazione, il quale coltivasse l'azione civile. E ciò nella speranza che, ottenuta una sentenza favorevole, questa valesse a convincere la società responsabile per una transazione definitiva (risparmiando a danneggianti e danneggiati i costi dei possibili giudizi). Il gruppo pilota si componeva di persone che già si erano tempestivamente costituite quali parti civili nel processo penale, ove le loro ragioni erano state accolte in via generica, e di altri che agivano per la prima volta. Un gruppo poi conveniva in giudizio solo l'Icmesa in liquidazione, l'altro anche la società controllante".

## 2.2 La responsabilità dei Produttori: I Casi Cirio e Parmalat

Un altro settore nel quale l'incidenza e la frequenza di danni su larga scala sono più sviluppate che in altri casi è quello relativo ai prodotti commerciali ed ai relativi difetti di fabbricazione. Come nel caso europeo, dove si è visto che esiste una specifica direttiva<sup>7</sup>, anche in Italia è stata lungamente dibattuta la possibilità di agevolare i consumatori attraverso la predisposizione di azioni collettive tramite le quali far rivalere le proprie doglianze presso una singola Corte.

Particolarmente interessanti sono, a tale riguardo, i casi che hanno coinvolto due grandi multinazionali, Cirio S.p.A. e Parmalat S.p.A. ed un elevato numero di consumatori. Simili casi, infatti, hanno avuto il merito di portare alla ribalta della cronaca l'inadeguatezza del sistema giudiziario di fronte ad eventi che coinvolgono un numero elevato di soggetti<sup>8</sup>.

Il caso Parmalat è stato tanto più significativo sotto questo punto di vista, se si pensa che, avendo coinvolto anche investitori d'oltreoceano, ha reso evidente agli occhi di tutti le differenti posizioni dei sistemi giudiziari statunitense ed italiano<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Si veda, per ogni approfondimento, BASTIANON S., *Prime osservazioni sul libro verde della Commissione in materia di responsabilità civile per danno da prodotti difettosi*, in *Responsabilità civile e previdenza*, (2000, III, p. 812): "Negli ultimi anni la Commissione ha mostrato di attribuire sempre maggiore rilevanza alla necessità di assicurare ai consumatori un effettivo accesso alla giustizia, attraverso una serie di proposte tutt'altro che marginali quali, ad esempio, la possibilità di esperire azioni giudiziarie congiunte sulla falsariga delle ben note *classactions* di origine statunitense, la possibilità per il consumatore di ottenere il rimborso delle spese giudiziarie, la creazione di un sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di tutela del consumatore, nonché l'adozione della direttiva 98/27 relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori".

<sup>8</sup> Nel caso di specie si trattava della cattiva e fraudolenta gestione delle somme investite da privati da parte degli amministratori delle società. Il caso Parmalat, in particolare, ha portato la società al collasso, costringendola ad un forte ridimensionamento.

<sup>9</sup> Tant'è che la stampa italiana ha lungamente parlato di "globalizzazione" dell'economia, facendo riferimento alla creazione di nuovi sistemi di azione da parte delle associazioni di consumatori italiane, nel tentativo di raggiungere un miglior livello di tutela, prendendo ad esempio quelle statunitensi.

### 2.3 Il Dibattito sull'Introduzione delle Azioni di Classe nel Mercato Finanziario

Tra i settori nei quali in cui lo sviluppo di strumenti simili alle *class actions* si è sviluppato con maggiore rapidità ed incisività c'è sicuramente quello relativo al mercato finanziario.

Ciò, in ragione di una serie di fattori significativi. Il primo fattore si lega alla crescita esponenziale del numero e dell'importanza delle associazioni di rappresentanza dei consumatori. Questo elemento, peraltro, ha inciso non solo sul mercato finanziario e sulla tutela dei suoi operatori, ma in generale sull'intero sviluppo degli strumenti di tutela risarcitoria collettiva<sup>10</sup>.

Si pensi poi al perfezionamento di strumenti già esistenti in precedenza. Ad esempio, l'articolo 1469 *sexies* del codice civile, relativo all'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie da parte dei professionisti. Oppure, l'articolo 3 della legge n. 281 del 1998 che permette alle associazioni di consumatori dotate di rappresentatività di agire, tanto in via ordinaria che di urgenza.

Lo stesso si dica per quanto riguarda la giurisprudenza. Nel corso degli anni i giudici hanno valorizzato questi strumenti, riconoscendo la possibilità per i soggetti di ottenere provvedimenti che impongono ai professionisti l'adozione di comportamenti positivi, e non soltanto l'interruzione delle pratiche vessatorie<sup>11</sup>.

Infine, hanno contribuito notevolmente alcuni interventi legislativi mirati, volti ad accrescere la tutela del consumatore. Si pensi in particolare al Codice unico a tutela degli utenti e dei consumatori.

---

<sup>10</sup> Cfr. RESCIGNO M., *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giurisprudenza italiana*, (2000, p. 408): "...la crescita quantitativa e, soprattutto, di capacità di pressione delle associazioni dei consumatori e la sempre maggiore sensibilità del problema dell'effettiva tutela degli interessi dei consumatori ha condotto al positivo riconoscimento in favore delle stesse della possibilità di agire in giudizio ad agire in giudizio al fine di tutelare i diritti dei consumatori e degli utenti".

<sup>11</sup> V. RESCIGNO M., *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giurisprudenza italiana*, (2000, p. 408): "Soprattutto [...] conviene sottolineare che voci autorevoli e recenti sentenze riconoscono che il consumatore possa avvalersi degli effetti del giudicato favorevole formatosi sull'accertamento della condotta lesiva del professionista nel giudizio promosso ex art. 3 l. 281 del 1998 per ottenere il riconoscimento delle pretese restitutorie (comportamenti rilevanti sul piano contrattuale: si pensi alla recente vicenda dell'anatocismo o risarcitorie che, dalle condotte lesive accertate sorgano in suo favore".

Tutti questi elementi hanno contribuito alla diffusione di effetti positivi a favore dei soggetti coinvolti da avvenimenti legati al mercato finanziario, consentendo loro di ottenere risarcimenti talora anche elevati.

Negli Stati Uniti il dibattito sull'applicabilità delle azioni di classe al mercato finanziario è stato altrettanto acceso. Basta, da solo, l'esempio degli *hedge funds*, o fondi speculativi, per chiarire i contorni del problema. In sostanza, a causa della forte innovatività, ma anche rischiosità, di questo strumento finanziario, molti soggetti subiscono perdite economiche considerevoli. La soluzione generalmente eguita dalla giurisprudenza è stata tuttavia contraria al riconoscimento dello strumento delle azioni di classe. Ciò in ragione della preventiva consapevolezza della rischiosità da parte degli investitori.

Facendo un confronto con il caso italiano, c'è da chiedersi se non possa sorgere un problema analogo. Se cioè non possa sostenersi che l'adesione all'utilizzo di strumenti finanziari, nella consapevolezza del rischio, non possa precludere la successiva eventuale richiesta di risarcimento.

#### **2.4 Le Posizioni Contrarie all'Introduzione delle Azioni di Classe: i Timori Relativi alle Associazioni di Consumatori**

Esistono numerose argomentazioni addotte a sostegno della tesi contraria all'introduzione del sistema delle azioni di classe nel nostro ordinamento.

Tra queste c'è quella relativa all'eccessiva estensione delle prerogative proprie delle associazioni dei consumatori. Come notato da alcuni<sup>12</sup>, infatti, il riconoscimento della legittimazione ad agire, nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi, avrebbe dovuto essere limitato "alle sole associazioni dei consumatori e degli utenti iscritte nell'elenco attraverso la c.d. azione inibitoria.

Anche sotto questo profilo, l'intento del legislatore è quello di limitare a soggetti selezionati sulla base della propria rappresentatività e, pertanto, ritenuti idonei ad assolvere la funzione di tutela di diritti ed interessi collettivi, la possibilità di adire la tutela giudiziaria inibendo atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti.

Una simile interpretazione veniva valorizzata proprio in ragione dell'eventuale introduzione delle azioni di classe nel nostro ordinamento. Si sosteneva che il riconoscere indiscriminato della possibilità di fruire di simili

---

<sup>12</sup> Si tratta di FORASASSI S., *Le associazioni dei consumatori e degli utenti: i requisiti per l'iscrizione nell'elenco delle associazioni rappresentative a livello nazionale*, in *Giustizia civile* (2007, III, p. 764 ss).

strumenti, avrebbe potuto condurre ad un utilizzo distorto degli stessi, impedendone il giusto riconoscimento in termini di utilità<sup>13</sup>.

È singolare notare che negli Stati Uniti un problema simile non si è verificato. Le ragioni sono molteplici. In generale però sembrerebbe che la causa debba rinvenirsi nella legislazione preesistente, tale da riconoscere ai gruppi associati una posizione fondamentale nella società. Il timore, nell'ordinamento statunitense, non è stato tanto quello di accrescere oltre misura il potere delle associazioni di consumatori, già influenti di per sé. Quanto, piuttosto, quello di individuare i correttivi adeguati ad impedire che alcune associazioni maggiormente influenti prevalessero su quelle di minori dimensioni.

#### 2.4.1 I Problemi Relativi alla Limitazione della Legittimazione Soggettiva

Parimenti a quanto accaduto in altri ordinamenti, tra cui quello statunitense, un altro problema rilevato è stato quello relativo alla legittimazione soggettiva a proporre l'azione collettiva.

Come si è visto, l'ordinamento statunitense non prevede limitazioni particolari ai soggetti che intendono affidarsi ad un'azione collettiva. Simile impostazione mercantilistica, tuttavia, produce rischi non indifferenti. In Italia si temeva che la *class action* riconosciuta indiscriminatamente a qualunque soggetto potesse divenire uno strumento di "ricatto", ancor prima che di tutela, per i consumatori<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> V. FORASASSI S., *Le associazioni dei consumatori e degli utenti: i requisiti per l'iscrizione nell'elenco delle associazioni rappresentative a livello nazionale*, in *Giustizia civile* (2007, III, p. 774): "Interpretare in modo meno restrittivo l'intenzione del legislatore potrebbe comportare una tutela dei consumatori e degli utenti, nonché delle stesse associazioni, pregnante dal punto di vista teorico, ma poco effettiva se calata nella realtà fattuale. Senza minimamente negare l'importanza indubitabile di tutto l'associazionismo consumerista, va comunque ricordato che il fenomeno nel nostro Paese è ancora giovane così come ancora giovani sono gli strumenti di tutela affidati alle associazioni dei consumatori e degli utenti".

<sup>14</sup> V. RESCIGNO M., *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giurisprudenza italiana* (2000, p. 415): "La spinta verso azioni di disturbo, volte ad ottenere un *pretium* per evitare anche il solo *rumor* che una *class action* può provocare con una conveniente (specie per l'avvocato) transazione e gli evidenti rischi di conflitto di interessi nella gestione e transazione della causa. Rischi il cui rilievo - è bene ricordarlo - non si limita al rapporto diretto tra attore e suoi legali in ordine alla definizione concordata della lite [...], che potrebbe anche essere ritenuto fisiologico e ampiamente compensato dai benefici complessivi, ma dal fatto che esso - a seconda dello schema e dei requisiti preliminari della *class action* - tocca non solo gli interessi di chi ha dato il mandato ma anche di tutti gli appartenenti alla classe".



Inoltre, si chiedeva di non trascurare la circostanza per cui il diritto di accedere alla causa riconosciuto ad un numero eccessivo di soggetti avrebbe determinato le medesime problematiche presenti nell'ordinamento statunitense quanto a notificazione degli stessi. Ciò, con l'aggravante presente nel nostro ordinamento costituita dall'esistenza di tempi procedurali abnormi dei processi.

## 2.5 Il *Petitum* e la *Causa Petendi* di un'Azione Collettiva

Un terzo problema che veniva rilevato riguardava il possibile oggetto delle *class actions*. In particolare nel mercato finanziario, si faceva notare che: "I progetti in tema di tutela del risparmio hanno come riferimento una serie di azioni di tipo risarcitorio (anche di carattere societario), mentre in teoria la disciplina sostanziale dell'intermediazione finanziaria indica anche nella declaratoria di nullità e nelle conseguenti azioni restitutorie il *petitum* e la *causa petendi* di una azione collettiva"<sup>15</sup>.

Si rilevava, in altre parole, il rischio di duplicazione delle discipline, oppure, nella migliore delle ipotesi, di confusione degli ambiti disciplinari.

## 3 LA *CLASS ACTION* NELLA LEGGE FINANZIARIA PER IL 2008: IL DIBATTITO PARLAMENTARE

Dopo aver introdotto e sviluppato tutte le tematiche relative agli sviluppi delle azioni collettive nell'ordinamento italiano, pur in assenza di una disciplina specifica, ed aver preso atto delle voci contrarie, è possibile analizzare la disciplina introdotta dal legislatore italiano, ed i problemi che potrebbe creare.

La legge finanziaria per il 2008 disciplina l'azione di classe nell'articolo 2, al comma 445. C'è da dire, in premessa, che il dibattito parlamentare sul tema è stato particolarmente acceso e che ha visto scontrarsi tra loro non solo le diverse ideologie politiche ma, più in generale, le diverse concezioni dei parlamentari circa le modalità che avrebbero dovuto accompagnare l'introduzione di uno strumento così importante nel nostro Paese<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. V. RESCIGNO M., *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giurisprudenza italiana* (2000, p. 417).

<sup>16</sup> Per una visione completa del dibattito parlamentare, la cui lunghezza rende impossibile riportarlo in nota, si suggerisce il seguente link:  
<http://www.classactionitalia.com/allegati/discussione%20senato.pdf>

Sebbene il dibattito parlamentare sia eccessivamente complesso per essere ricostruito nei dettagli, può essere utile riportare brevemente i passaggi principali che lo hanno contraddistinto, anche al fine di vedere in che modo si è venuta evolvendo l'azione nel corso del tempo.

Uno dei primi disegni di legge<sup>17</sup> è il numero 679, proposto dal Senatore Benvenuto nel giugno 2006. Nel disegno di legge si legge che: “[...] la *class action* (strumento giuridico ormai diffuso in Paesi sia di *common law* che di *civil law*) rende possibile la gestione collettiva di interessi di natura individuale. Quando un rilevante numero di persone risulta danneggiato finanziariamente o fisicamente da un medesimo evento, il ricorso individuale alla giustizia condurrebbe all’instaurarsi di un grande e corrispondente numero di processi, con conseguente uso inefficiente delle risorse giudiziarie, spese processuali in alcuni casi improponibili per il singolo attore e sentenze anche tra loro contraddittorie per l’instaurarsi dei diversi processi in tribunali diversi. Con la *class action*, invece, tutti i consumatori colpiti da uno stesso fatto illecito possono riunire le loro azioni legali in un’unica causa”.

Il 10 luglio dello stesso anno, alcuni deputati della camera presentavano un secondo disegno di legge, nominato “disegno di legge Fabris”, dal nome del Deputato relatore. Le differenze di questo disegno rispetto al precedente sono significative. Si ripropongono le medesime riflessioni sull’opportunità di introdurre uno strumento a tutela del consumo e della collettività. Ciò che cambia è che il disegno opera una lunga e ponderata riflessione sulle conseguenze processuali che un simile strumento introdurrebbe. Si tratta di una riflessione matura, che ha il pregio di spostare l’oggetto della discussione da un piano puramente ideologico ad uno maggiormente tecnico.

Il Parlamento ha lavorato lungamente su queste due prime proposte. Vanno tuttavia riportate anche altre proposte, intervenute nel frattempo. Ad esempio la proposta di legge di Porretti e Capezzone, anch’essa del luglio 2006, n. 1443. Questa appare interessante nei numerosi riferimenti comparati che effettua.

Si pensi al passaggio in cui chiarisce che “La quasi totalità delle *class action* negli Usa (Paese in cui è molto usato questo tipo di procedimento) si concludono con una transazione che, talvolta, è progettata più a misura degli studi legali che non a beneficio della classe. Per ovviare a tale inconveniente, il presente progetto di legge prevede che la transazione, affinché sia efficace,

---

<sup>17</sup> Tutti gli approfondimenti possono essere reperiti sul sito ufficiale della Camera dei deputati ([www.camera.it](http://www.camera.it)) e sul sito del Senato della Repubblica ([www.senato.it](http://www.senato.it)).

debba essere sottoposta a votazione di tutti i membri della classe, indetta dal curatore amministrativo (articolo 11). Questo passaggio obbligherà i soggetti che gestiranno le transazioni all'interno delle azioni collettive a proporre forme di mediazione più favorevoli per la classe”.

In sostanza, la proposta Capezzone intende riportare l'attenzione al problema delle conseguenze pratiche dell'azione. È opportuno, essa si chiede, riproporre un modello strettamente statunitense, con i vantaggi, ma anche gli svantaggi, che esso comporta?

La risposta ad un simile interrogativo, tuttavia, non è stata particolarmente sviluppata nelle successive proposte. Se ne ricordano almeno tre: la proposta di legge Maran, del luglio 2006; Il disegno di legge Pedica, dell'ottobre 2006; ed il disegno di legge Crapolicchio, dell'ottobre dello stesso anno.

### 3.1 La Disciplina Giuridica ed i Profili Processuali

La definizione usata dal legislatore è la seguente: “azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori”. Di fatto, la norma introduce una modifica al codice del consumo.

Le peculiarità che caratterizzano l'azione sono le seguenti: anzitutto, il collegio giudicante giudica in composizione collegiale<sup>18</sup>.

Godono poi di legittimazione attiva due categorie di soggetti: le associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, che siano iscritte nell'apposito albo del Ministero delle attività produttive e le associazioni ed i comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere<sup>19</sup>.

La norma, in proposito, specifica che: “Sono legittimati ad agire ai sensi del comma 1 anche associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere. I consumatori o utenti che intendono avvalersi della tutela prevista dal presente articolo devono comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva”.

L'adesione delle parti è comunicabile in tempi piuttosto ampi. Per la precisione, essa può essere comunicata anche nel giudizio di appello, entro il limite massimo dell'udienza di precisazione delle conclusioni.

---

<sup>18</sup> V. Art. 50 *bis*, comma 1, n. 7 *bis*

<sup>19</sup> V. Art. 140-*bis*, comma I. Sarà dunque un decreto del Ministero a stabilire quali siano le categorie ulteriori dei consumatori e quali caratteristiche dovranno soddisfare per poter legittimamente esercitare in giudizio le azioni di classe.

L'oggetto della pretesa attiene gli atti illeciti commessi nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti cosiddetti "per adesione", disciplinati all'articolo 1342 del Codice Civile<sup>20</sup>, di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali illecite o di comportamenti anticoncorrenziali, messi in atto dalle società fornitrici di beni e servizi nazionali e locali, sempre che ledano i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti.

Sono previsti ampi poteri in capo al giudice: aAd esso spetta, anzitutto, la determinazione dei criteri per mezzo dei quali deve essere fissata la misura dell'importo da liquidare in favore dei singoli consumatori o degli utenti<sup>21</sup>; al giudice è concessa anche la possibilità di favorire un accordo transattivo tra le parti, nella forma della conciliazione giudiziale; inoltre, la definizione del giudizio rende improcedibile ogni altra azione nei confronti dei medesimi soggetti e delle stesse fattispecie.

Da un punto di vista procedurale, la legge stabilisce che il Tribunale, alla prima udienza, sente le parti, assume (se occorre) le sommarie informazioni e si pronuncia sull'ammissibilità della domanda. L'ordinanza è però reclamabile davanti alla Corte di appello, che si pronuncia in camera di consiglio.

Bisogna notare che i casi in cui la domanda è dichiarata inammissibile si avvicinano a quelli analizzati in merito alla disciplina statunitense. Per la

---

<sup>20</sup> Si tratta di tipologie contrattuali che all'utente non è dato contrattare. Il testo dell'articolo 1342 recita così: "Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate (1370). Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente".

<sup>21</sup> Si noti che contestualmente alla pubblicazione della sentenza di condanna ovvero della dichiarazione di esecutività del verbale di conciliazione, il giudice, per la determinazione degli importi da liquidare ai singoli consumatori o utenti, costituisce presso lo stesso tribunale apposita Camera di Conciliazione, composta in modo paritario dai difensori dei proponenti l'azione di gruppo e del convenuto e nomina un conciliatore di provata esperienza professionale iscritto all'albo speciale per le giurisdizioni superiori che la presiede. A tale Camera di Conciliazione tutti i cittadini interessati possono ricorrere singolarmente o tramite delega alle associazioni di cui al comma 1. Essa definisce, con verbale sottoscritto dalle parti e dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare per soddisfare i singoli consumatori o utenti nella loro potenziale pretesa. La sottoscrizione del verbale, infine, rende improcedibile l'azione dei singoli consumatori o utenti per il periodo di tempo stabilito dal verbale per l'esecuzione della prestazione dovuta.

precisione, la domanda è dichiarata inammissibile quando in tre circostanze. Quando è manifestamente infondata. Quando sussiste un conflitto di interessi. Quando il giudice non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi del presente articolo.

Il giudice ha la facoltà di differire la pronuncia sull'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente.

### **3.1.1 L'accoglimento della domanda da parte del giudice e l'accettazione da parte dell'impresa**

Se, invece, ritiene ammissibile la domanda, il giudice dispone, a cura di chi ha proposto l'azione collettiva, che venga data idonea pubblicità dei contenuti dell'azione proposta e dà i provvedimenti per la prosecuzione del giudizio.

Se accoglie la domanda, peraltro, spetta al giudice determinare i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio.

Dunque, se questa circostanza è possibile allo stato degli atti, allora il giudice determina la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente, e ordina la notifica della sentenza. Da questo momento decorrono sessanta giorni. Entro questo termine sta all'impresa proporre il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria.

La proposta, in qualsiasi forma, accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo e conclude il procedimento.

### **3.1.2 La mancata accettazione da parte dell'impresa o dei consumatori. La camera di conciliazione**

Esiste ovviamente una seconda possibilità. Se l'impresa non comunica la proposta entro il termine di sessanta giorni, oppure non vi è stata accettazione da parte dei consumatori (sempre entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione della proposta) il Presidente del tribunale competente costituisce un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o sono intervenuti ai sensi del comma 2 e che ne fanno domanda.

La camera di conciliazione è composta nel modo seguente: ci sono un avvocato indicato dai soggetti che hanno proposto l'azione collettiva ed un

avvocato indicato dall'impresa convenuta. Essa, inoltre, è presieduta da un avvocato nominato dal presidente del Tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori.

La camera di conciliazione quantifica, con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti. Il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo. Esiste un'alternativa alla camera di conciliazione. Se sopravviene concorde richiesta da parte del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, il presidente del Tribunale dispone che la composizione non contenziosa abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale.

Si applicano dunque, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 39 e 40 del citato decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni.

#### **4 I PRIMI CASI DI APPLICAZIONE IN ITALIA. IL BLACK OUT INFORMATICO DI GENOVA**

All'indomani dell'emanazione della Legge finanziaria, le reazioni dei consumatori, e delle associazioni rappresentative, sono sembrate molto favorevoli. Al momento non è possibile tracciare un bilancio dei successi e degli insuccessi dello strumento, in ragione del fatto che resta sempre uno strumento estremamente giovane. Tuttavia, può essere interessante analizzare in che modo è venuto sviluppandosi e in riferimento a quali particolari casi di cronaca si è ritenuto potesse essere applicato.

L'ultimo caso, in ordine di tempo, è della prima metà di febbraio 2008. Un *black out* informatico al sistema che gestisce la logistica del traffico merci in uscita dello scalo container di Genova Voltri ha causato danni ingenti a tutti i soggetti interessati dalla catena produttiva: tra questi, spedizionieri, autotrasportatori e agenti marittimi.

A seguito del protrarsi della paralisi per oltre due settimane, gli spedizionieri di Spediporto hanno chiesto il ricorso ad un'azione di classe, lamentando perdite da sosta forzata pari a 70 milioni di euro<sup>22</sup>. Successivamente, anche gli

---

<sup>22</sup> Come riporta il sito [www.classactionitalia.it](http://www.classactionitalia.it), le dichiarazioni del rappresentante di categoria sono state le seguenti: "Certamente chiederemo il risarcimento dei danni diretti - ha dichiarato Piero Lazzeri, presidente di Spediporto - in pratica significa

autotrasportatori del terminal di Genova Voltri hanno deciso di promuovere una *class action* contro la società del gruppo Psa di Singapore che gestisce il terminal container di Genova Voltri.

#### 4.1 I Contatori di Gas della Provincia di Milano

Un altro caso che ha portato alla richiesta di azione di classe in Italia risale ai primi mesi del 2008. L'azione si inserisce nell'indagine intrapresa dalla procura di Milano sui vecchi contatori del gas per uso domestico presenti nella provincia di Milano.

Secondo le indagini svolte dalla procura, le bollette fatturate opererebbero una sovrastima del gas erogato pari (e talora superiore) al 10%. Responsabili del disservizio, sempre secondo le indagini della procura, sarebbero alcune importanti società dell'industria energetica nazionale. Tra queste, anche Snam Rete Gas, Italgas, Aem e Arcalgas.

In sostanza, un numero considerevole di contatori casalinghi segnalerebbero consumi superiori al gas effettivamente erogato, con conseguente rincaro nella bolletta<sup>23</sup>.

A seguito della diffusione della notizia su tutti i principali quotidiani nazionali, alcune associazioni di consumatori (in particolare Adusbef, Adoc e

---

che non pagheremo i costi per la sosta forzata dei container in attesa di partire all'interno del terminal. I danni indiretti sono più difficili da calcolare, valuteremo caso per caso”.

<sup>23</sup> Dal sito [www.classactionitalia.it](http://www.classactionitalia.it): “Il motivo dell'errato conteggio del volume del gas per eccesso sarebbe il fatto che i contatori per uso domestico con membrane naturali con gli anni perdono di elasticità (a differenza delle membrane sintetiche, che mantengono valori di errore nei limiti tollerabili) impedendo al misuratore di conteggiare l'effettivo volume di gas consumato. Sono 55 i contatori esaminati dal perito della Procura di Milano. Una trentina di questi hanno evidenziato il malfunzionamento che in alcuni casi segnalava un'erogazione fantasma di gas con picchi del 15%. Se le stime fossero veritiere ed estendibili a tutta l'Italia - sostengono I giornalisti di Repubblica -, le reti di fornitura del gas, somministrerebbero mezzo miliardo di metri cubi in meno all'anno rispetto a quello che si farebbe pagare. Secondo l'interpretazione dell'UNC il trucco dei contatori del gas che misurano fino al 15% in più del volume effettivamente erogato deriva non soltanto dai contatori vecchi, ma anche dal fatto che i contatori misurano il volume e non il peso del gas. Il peso del metano contenuto in un metro cubo. peso che cambia in un certo volume a seconda delle condizioni di temperatura e pressione. Condizioni sulle quali si possono fare trucchi - avverte l'associazione -, tanto è vero che l'Autorità del gas ha predisposto da tempo controlli”.

Federconsumatori) hanno deciso di chiedere dapprima una serie di verifiche su tutti i contatori di gas più vecchi, al fine di verificare la rispondenza agli *standards* tecnici imposti dalla legge.

La cosa più importante, però, è che le stesse associazioni dei consumatori hanno minacciato (e, almeno allo stato attuale, non ancora tentato) un'azione di classe. È evidente, in un caso come questo, che il ricorso allo strumento disciplinato dal legislatore può avere effetti positivi ancor prima di essere effettivamente utilizzato. Questo sembrerebbe essere, peraltro, lo scopo effettivo che il Legislatore italiano si è riproposto di attuare. Ossia, in altri termini, quello di forzare i poteri economici “forti” ad addivenire ad una conclusione pacifica delle controversie, prima che i consumatori possano intentare un giudizio civile, con una serie di conseguenze molto più svantaggiose per l'impresa coinvolta, in termini economici e di pubblicità (quello che negli stati uniti prende il nome di *namingshaming*).

## 5 PROBLEMI E PROSPETTIVE

La disciplina predisposta dal legislatore italiano presenta punti di forza ed alcuni aspetti problematici.

Tra i primi vi è sicuramente il tentativo di aggirare gli ostacoli propri del diritto statunitense. In particolare quelli relativi alla definizione dei migliori criteri di qualificazione dei soggetti legittimati a ricorrere.

Lo sforzo del legislatore si rende particolarmente apprezzabile laddove favorisce, oltre alla emissione di una sentenza, anche forme di conciliazione. Lo scopo è quello di consentire alle parti di ottenere un ristoro soddisfacente entro tempi ridotti. Peraltro, il vincolo posto dalla sentenza, che impedisce qualsiasi ulteriore ricorso al soggetto, ammonisce il soggetto ad intentare liti temerarie.

Come è apparso evidente dalle riflessioni svolte in precedenza, i casi finora realizzati di azione di classe sembrerebbero propendere in questa direzione.

I punti deboli costituiscono, in assenza di un numero adeguato di azioni di questo tipo, più un timore che una certezza. In particolare vi sono due aspetti controversi. Il primo riguarda i tempi dei procedimenti giurisdizionali. Se si esclude la previsione del potere in capo al giudice di creare una camera di conciliazione, che dovrebbe snellire le procedure, non è chiaro in che modo il legislatore preveda la diminuzione dei carichi di lavoro in capo ai Tribunali. Ignorare un problema simile potrebbe rivelarsi estremamente rischioso, soprattutto in previsione dell'elevato numero di azioni di classe che verranno intentate nei prossimi anni.



Quanto al secondo punto controverso: si tratta delle fattispecie in merito alle quali è stato ammesso. È apprezzabile il fatto che lo si sia legato ai contratti per adesione (dove, peraltro, forme simili all'azione di classe erano già presenti), ma non è chiara la ragione per cui si sia voluto restringere il campo di applicazione alle sole fattispecie individuate, anziché consentire l'azione per un più ampio numero di ipotesi.

Simile perplessità, tuttavia, si rivelerà fondata solamente nell'ipotesi in cui dovessero insorgere fattispecie dannose su larga scala che non consentano ai danneggiati il ricorso allo strumento dell'azione collettiva.

## BIBLIOGRAFIA

ADAMO, G. Il danno da fumo nell'esperienza statunitense e le prospettive di tutela nell'ordinamento italiano. In: RUFFOLO, Ugo (Dir.). *Responsabilità comunicazione impresa*. Milano: Giuffrè, 2001.

ALPA, Guido. In tema di azioni collettive. *Rassegna Forense*, v. 4, p. 1845-1851, 2006.

\_\_\_\_\_. *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*. Milano: Giuffrè, 1976.

ALPEN F. *Class action: law and practice*. Boston: Massachussets, 1988.

ALPERT, Richard. *Class action manual*. Boston: National Consumer Law Center, 1977.

ALPERT J. The uniform class action act: some promise and some problems. *Harvard Law Journal*, v. 16, p. 583, 1979.

AMATUCCI Carlo. L'azione collettiva nei mercati finanziari come strumento di governo societario. (Divulgazioni in tema di trasparenza obbligatoria e di effettività dell'art. 2395 c.c.). *Rivista delle Società*, ano 50, n. 6, p. 1336-1389, nov./dic. 2005.

BANOFF, Barbara Ann; DURVAL, Benjamin S. The class action as a mechanism for enforcing the federal Securities laws: an empirical study of the burdens imposed. *Wayne Law Review*, v. 31, p. 1-134, 1984.

BARNETT, Kerry. Equitable trusts: an effective remedy in consumer class actions. *Yale Law Journal*, Connecticut, v. 96, p. 1591-1614, 1987.

BARSOTTI, Vittoria. La sentenza Lujan della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione ad agire delle Associazioni Ambientaliste. *Rivista*

*Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 50, n. 4, p. 1175-95, dic. 1996.

BATES, Gerry. A case for the introduction of class actions into english law. *New Law Journal*, v. 130, p. 560-580, 1980.

BELLINI, Elisabetta. *Class action e mercato finanziario in Danno e responsabilità*, v. 8/9, p. 817-826, 2005.

BERNSTEIN, Roger. Judicial economy and class actions. *Journal of Legal Studies*, v. 7, n. 2, p. 349-370, jun. 1978.

BEUTELSEN, C. C. The Rule 23(b)(3) class action: en empirical study. *Georgia Law Review*, v. 62, p. 1123-1134, 1974.

BIANCHI Paolo. Dal processo senza parti alla rappresentazione processuale degli interessi. *Giurisprudenza Costituzionale*, p. 3045ss, 1994.

BOGART, W. A. Questioning litigation's role:courts and class actions in Canada. *Indiana Law Journal*, v. 62, p. 665-682, 1987.

BURNS, Jean Wegman. Decorative figureheads: eliminating class representatives in class actions. *Hastings Law Journal*, v. 42, p. 165-202, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 30, p. 387-392, 1975.

CAPPIELLO, Stefano. La vigilanza sui conflitti di interesse nella banca universale e il ruolo della class action: l'esperienza statunitense e le iniziative italiane. *Giurisprudenza Commerciale*, v. 34, n. 1, p. 40-68, 2007.

CONSOLO, Claudio. Class action fuori dagli usa?Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei creditori di massa:funzione sostanziale e struttura processuale. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 1, n. 5, p. 609-61, 1993.

CORAPI, Diego. La tutela dei consumatori e degli investitori nel diritto statunitense: class actions e derivate suits. *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, n. 3, p. 401-412, 2003.

COSTANTINO, Giorgio. Note sulle tecniche di tutela collettiva. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 59, n. 4, p. 1009-36, 2004.

DE CASTIELLO V. Azione collettiva risarcitoria (Class action): quale modello adottare in Italia? *Diritto e Lavoro nelle Marche*, v. 1, p. 26, 2007.

DE SANTIS, Angelo Ddanilo. I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il 'Class Action Fair of 2005. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 60, n. 2, p. 601-624, 2006.

DONDI, Angelo. Funzione "remedial" delle "injunctive class action". *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n. 42, p. 245-280, 1988.

FAISSOLA, Corrado. Contributi - I progetti di legge sull'introduzione della class action. *Bancaria*, n. 4, p. 2-20, 2007.

FALETTI, Elena. La lotta al terrorismo e la violazione della sfera privata individuale: il caso delle intercettazioni abusive di massa (Nota a United States District Eastern District of Michigan Southern Division 17 agosto 2006, n. 06-CV-10204 (Stati Uniti d'America - USA). *Diritto dell'Internet*, v. 3, n. 1, p. 50-61, 2007.

FEOLA, Dominique. Il caso "Seveso" e la risarcibilità dei danni non patrimoniali alla collettività vittima di un disastro ambientale (Nota a App. Milano 15 aprile 1994. ; Trib. Milano 11 luglio 1991). *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 1, p. 143-159, 1995.

FISCH, William B. European analogues to the class action: group action in France and Germany. *American Journal of Comparative Law*, v. 27, n. 1, p. 51-79, 1979.

FRATA, Laura. Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive. *Danno e responsabilità*, v. 11, n. 1, p. 13-17, 2006.

FRIGNANI, Aldo. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni "fuori dal coro" di un civilista). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno 62, n. 4, p. 999-1026, ott./dic. 1997.

GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle class action*. Padova: Cedam, 1996. (Pubblicazione della Università di Pavia. Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali. Nuova serie; v. 80).

GUINCHARD, Serge. Une class action a la francaise. *Recueil dalloz*, n. 32, p. 2180-6, 2005.

GLENN, H. Patrick. The dilemma of class actions reform. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 6, n. 2, p. 262-274, 1986.

HARRIS, Jonathan. The recognition and enforcement of US class action judgements in England. *Contratto e impresa. Europa*, v. 11, n. 2, p. 617-650, 2006.

HOPPER, Laural L.; LEARY, Marie. *Auctioning the role of class counsel in class action cases: a descriptive study*. Washington, DC: Federal Judicial Center, 2002.

IURILLI, Cristiano. Taluni aspetti della nuova legge italiana sul risparmio: il conflitto di interesse. La mancata introduzione della “class action” e la nuova legge tedesca sull’azione di classe in materia di tutela del risparmio: “gesets zur einföhrung von kapitalanlegermustersverfahren” del 16 agosto 2005 (Prima parte). *Studium iuris*, v. 12, n. 7/8, p. 782-6, 2006.

LENER, Raffaele. L’introduzione delle class action nell’ordinamento italiano del mercato finanziario. *Giurisprudenza Commerciale*, v. 32, n. 2, p. 273-82, 2005.

MACCHIAVELLO, Eugenia. I “segnali di fumo” delle Corti statunitensi: class actions, nodi gordiani e responsabilità dei produttori di sigarette. *Giurisprudenza Italiana*, n. 6, p. 1560-7, 2007.

MAINGUY, Daniel. A propos de l’introduction de la class action en droit française. *Recueil Alloz*, v. 181, n. 19, p. 1282-4, 2005.

MOORE, C. Federal class actions. *Illinois Law Review*, v. 32, p. 307-312, 1937.

NAGAREDA, R. A. The pre-existence principle and structure of the class action. *Columbia Law Review*, v. 103, n. 2, p. 149-243, Mar. 2003.

NEWBERG, Hebert B. *Class actions under the bankruptcy laws*. Philadelphia: [s. n.], 1973.

PALMIERI, Alessandro. Inibitoria di clausole vessatorie: giusti motivi di urgenza in cerca d’identità. (Osservazioni a ord. Trib. Roma 28 maggio 1997; ord. Trib. Palermo 24 gennaio 1997). *Il Foro Italiano*, n. 7/8, p. 2292-6, ago. 1997.

PATTI, Salvatore. L’esperienza delle class action in due libri recenti. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Milano, v. 33, n. 4, p. 1559-75, 1979.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Il nuovo processo brasiliano del consumatore. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 46, n. 4, p. 1057-73, ott./dic. 1991.

PONZANELLI, Giulio. Alcuni profili del risarcimento del danno nel contenzioso di massa. *Foro Italiano*, v. 52, n. 3, p. 327-34, 2006.

QUADRI, A. Gli interessi delle collettività nelle esperienze giuridiche straniere (problemi di giustizia amministrativa). *Diritto e Società*, Padova, p. 95-112, 1978.

RESCIGNO, Pietro. Sulla compatibilità tra il modello processuale delle *class actions* ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano. *Giurisprudenza Italiana*, n. 11, p. 2224-30, 2000.

ROSENBERG, David. *Class actions for mass torts: doing individual justice by collective means*. *Indiana Law Journal*, v. 62, p. 561-567, 1987.

SAWYER, H. *Class actions and statute of limitations*. *University of Chicago Law Review*, p. 106-132, 1981.

STEIN, Joel. *Consumer class actions*. Boston: National Consumer Law Center, 1987.

TARUFFO, Michele. I limiti soggettivi del giudicato e le *class action*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, p. 609-622, 1970.

VIRGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: legittimazione ad agire e intervenire nelle azioni collettive; proposte e una discussione*. Milano: Giuffrè, 1979.

\_\_\_\_\_. L'elezione del giudice nell'esperienza americana - un'ipotesi di partecipazione popolare alla giustizia. *Sociologia del Diritto*, Milano, v. 6, n. 1/2, p. 153-163, genn./dic. 1979.

YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987.



---

*INSTRUÇÕES AOS AUTORES*  
*INSTRUCTIONS FOR AUTHORS*  
SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

**1. Procedimentos para aceitação dos artigos:** Os artigos enviados devem ser originais, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro periódico ou coletânea no país. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- **Primeira etapa:** seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.
- **Segunda etapa:** parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa.

Os pareceres comportam três possibilidades:

- a. aceitação integral;
- b. aceitação com alterações;
- c. recusa integral.

**1.1. Línguas:** Serão aceitos trabalhos redigidos em inglês ou preferencialmente em português. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo.

**1.2.** As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

**2. Tipos de colaborações aceitas pela revista:** serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

**2.1. Artigos Científicos (mínimo de 10 laudas e máximo de 25 laudas):** Apresentam, geralmente, estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental devem conter todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os

seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; *Abstract*; *Key words*; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

### **3. Forma de apresentação dos artigos**

**3.1.** A **SCIENTIA IURIS** adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os artigos devem ser encaminhados em disquete ou CD e em três vias impressas, digitadas em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço duplo, em fonte tipo Arial, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

**3.2.** Todo artigo encaminhado à revista deve ser acompanhado de carta assinada pelo(s) autor(es), onde esteja explicitada a intenção de submissão ou nova submissão do trabalho a publicação. Esta carta deve conter, ainda autorização para reformulação de linguagem, se necessária. Em caso de trabalho de autoria múltipla, a versão final deverá ser acompanhada de carta assinada por todos os autores.

**3.3.** A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

**3.3.1.** Folha de rosto despersonalizada contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português.

**3.3.2.** Folha de rosto personalizada contendo:

- Título em inglês
- Título em português
- Nome de cada autor, seguido por afiliação institucional e titulação por ocasião da submissão do trabalho.
- Indicação do endereço completo da preferência do autor para constar na publicação do texto e para o envio de correspondência. O endereço eletrônico deve também ser inserido.
- Indicação do endereço para correspondência com o editor sobre a tramitação do artigo, incluindo fax, telefone e endereço eletrônico.
- Se necessário, indicação de atualização de afiliação institucional.
- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado



em evento, derivado de tese ou dissertação, coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

**3.3.3.** Folha contendo **Resumo** (máximo de 100 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e **Palavras-chave** (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico.

**3.3.4.** Folha contendo **Abstract** e **Key words**, em inglês, compatível com o texto em português. O **Abstract** deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de **Key words**, compatíveis com as palavras-chave.

#### **3.4.5** Texto propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.

- As **citações bibliográficas** devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – *Informação e Documentação - Citações em documentos - Apresentação* / Ago. 2002), adotando-se o sistema autor-data. Ex.:

Barcellos et al. (1977) encontram...

... posse *pro labore* ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).

... sem que essa prestação de serviços ...” (HONRUBIA et al., 1996, p. 224).

Segundo Canotilho (2000 apud ARAUJO, 2001, p. 82),...

- Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Diniz (2003a). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.

- No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Grinover e Dinamarco (2003).

- No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão et al. Exemplo: Barcellos et al. (1997).

- Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 2 (dois) espaços. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal,

destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome da obra (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.

• As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

**Observação importante:** siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura. Todas as abreviaturas em tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

### 3.3.6 Referências (NBR 6023 - *Informação e Documentação - Referências - Elaboração* / Ago. 2002)

Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

**3.3.6.1 Referências dos documentos consultados.** Somente devem ser inseridas na lista de **Referências** os documentos efetivamente citados no artigo.

## 4. Direitos Autorais

### 4.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS

Os direitos autorais dos artigos publicados pertencem à revista *SCIENTIA IURIS*. A reprodução total dos artigos desta revista em outras publicações, ou para qualquer outra utilidade, está condicionada à autorização escrita do(s) Editor(es). Pessoas interessadas em reproduzir parcialmente os artigos desta revista (partes do texto que excedam a 500 palavras, tabelas e ilustrações) deverão ter permissão escrita do(s) autor(es).

### 4.2. Reprodução parcial de outras publicações

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações.

O artigo que conter reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações

de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na SCIENTIA IURIS. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a SCIENTIA IURIS e os autores dos trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

5. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

6. A presente **Instrução aos Autores, o modelo de Concessão de Direitos Autorais, da Carta de Autorização para Publicação e do Checklist**, encontram-se disponíveis em: <<http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito>>

**7. Endereço para Encaminhamento:**

Curso de Mestrado em Direito Negocial  
Universidade Estadual de Londrina/Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA  
Conselho Editorial - Revista SCIENTIA IURIS  
Campus Universitário  
CEP 86051-990 Londrina, Paraná, Brasil  
Fone/fax: (0xx43) 3371-4693  
E-mail: [mestrados@uel.br](mailto:mestrados@uel.br)



---

## LISTA DE REVISTAS PERMUTADAS

A Comissão Editorial da revista *Scientia Iuris*, desde sua fundação, visou o relacionamento com instituições brasileiras e estrangeiras para o intercâmbio técnico, científico e cultural, de modo a expandir quantitativa e qualitativamente as atividades de ensino, pesquisa e extensão no âmbito das Ciências Jurídicas.

Assim, além da colaboração técnica e científica com entidades nacionais e internacionais, esta iniciativa permitiu o intercâmbio de publicações, as quais são incorporadas ao acervo de periódicos da Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina (UEL) e disponibilizadas para toda comunidade universitária.

E para dar continuidade a cooperação mútua estabelecida com estas instituições, bem como para expandí-la, disponibilizamos a lista das revistas com as quais a Biblioteca Central mantém permuta.

### **ARGUMENTA: REVISTA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA DA FUNDINOPI**

FACULDADE EST. DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. MANUEL RIBAS, 711 - CENTRO  
CAIXA POSTAL, 10386  
400-000 - JACAREZINHO - PR

### **ARGUMENTUM: REVISTA DE DIREITO**

UNIVERSIDADE DE MARÍLIAB  
BIBLIOTECA “ZILMA PARENTE DE BARROS”  
AV. HYGINO MUZZI FILHO, 1.001  
17.525-902 - MARÍLIA - SP

### **ARGUMENTUN JURE**

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDONÓPOLIS  
FAC. DO SUL DO MATO GROSSO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. ARY COELHO, 829 - B. CIDADE SALMEM  
78.705-050 - RONDONÓPOLIS - MT

### **BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
BIBLIOTECA DA FACULDADE DE DIREITO  
PATIO DA UNIVERSIDADE, 3004-545  
COIMBRA - PORTUGAL

**CADERNOS DIREITO GV**

**REVISTA DIREITO GV**

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA ROCHA, 233  
01.330-000 - SÃO PAULO - SP

**CIDADANIA E JUSTIÇA (ITUIUTABA)**

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA VEREADOR GERALDO MOISÉS DA SILVA, S/N  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO - CAIXA POSTAL, 431  
38.302-192 - ITUIUTABA - MG

**CIÊNCIA E DIREITO: REVISTA JURÍDICA DA FIC-UNAES**

UNIÃO DA ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL SUL-MATOGROSSENSE  
BIBLIOTECA CENTRAL / INT  
ERCÂMBIO  
RUA 26 DE AGOSTO, 63  
79.002-080 - CAMPO GRANDE - MS

**CRÍTICA JURÍDICA**

FACULDADES DO BRASIL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA KONRAD ADENAUER, 442B. TARUMÃ  
82.820-540 - CURITIBA - PR

**DIREITO E JUSTIÇA**

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. IPIRANGA, 6.681 CAIXA POSTAL, 1.429  
90.619-900 - PORTO ALEGRE - RS

**DIREITO E PAZ**

CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA DOM BOSCO, 284  
12.600-970 - LORENA - SP

**DIREITO E DEMOCRACIA**

**OPINIO JURE**

UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. FARROUPILHA, 8.001  
92.425-900 - CANOAS - RS

**DIREITO E SOCIEDADE**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ  
DIV. DE DOCUMENTAÇÃO E BIBLIOTECA  
AV. MARECHAL FLORIANO PEIXOTO, 1.251  
BAIRRO REBOUÇAS  
80.230-110 - CURITIBA - PR

**DIREITO EM AÇÃO**

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA  
SISTEMA DE BIBLIOTECAS - BIBLIOTECA CENTRAL  
QS. 07 - LOTE 01 - EPCTÁGUAS CLARAS - SETOR SUL  
71.966-700 - TAQUATINGA - DF

**DISPUTATIONES: O DIREITO EM REVISTA**

FACULDADE DO NORTE NOVO DE APUCARANA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. ZILDA SEIXAS AMARAL, 4.350  
PQ. INDUSTRIAL  
86.806-380 - APUCARANA - PR

**EM TEMPO (MARÍLIA)**

FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"  
"BIBLIOTECA CENTRAL  
AV. HYGINO MUZZI FILHO, 529  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO  
17.525-901 - MARÍLIA - SP

**ESPAÇO JURÍDICO**

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA OIAPOC, 211 - BAIRRO AGOSTINI  
CAMPUS SÃO MIGUEL DO OESTE  
89.900-000 - SÃO MIGUEL DO OESTE - SC

**ESTUDIOS DE DERECHO**

UNIVERSIDADE DE ANTIOQUIA  
BIBLIOTECA CENTRAL  
CANJECALE 67, N<sup>o</sup> 53-108, BLOQUE 14, OFICINA 202A  
PARTADO AEREO 1226 - MEDELLIN - COLOMBIA

**ESTUDOS JURÍDICOS (SÃO LEOPOLDO)**

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. UNISINOS, 950  
93.022-000 - SÃO LEOPOLDO - RS

**FMU DIREITO:**

FACULDADES METROPOLITANA UNIDAS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA TAGUA, 150 - LIBERDADE  
01.508-010 - SÃO PAULO - SP

**INFOJUR**

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO  
BIBLIOTECA  
A/C- CÉSAR GONDIN - SUPERVISOR DE PERIÓDICOS  
RUA DO ACRE, 80 - 8ª ANDAR - CENTRO  
20.081-000 - RIO DE JANEIRO - RJ

**INTERTEMAS: REVISTA DA TOLEDO**

ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL TOLEDO  
BIBLIOTECA "VISCONDE DE SÃO LEOPOLDO"  
PRAÇA RAUL FURQUIM, 09 - VILA FURQUIM  
19.030-430 - PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**JURIS POIÉSIS- REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE  
ESTÁCIO DE SÁ**

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA DO BISPO, 83 RIO COMPRIDO  
20.261-060 - RIO DE JANEIRO - RJ

**JUS ET FIDES**

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA DO PRINCIPE, 526 - BAIRRO BOA VISTA  
50.050-900 - RECIFE - PE

**JUSTIÇA DO DIREITO**

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO - CAIXA POSTAL, 611  
99.001-970 - PASSO FUNDO - RS

**MERITUM**

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS DA UNIVERSIDADE FUMEC  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA COBRE, 200 -  
BAIRRO CRUZEIRO  
30.310-190 - BELO HORIZONTE - MG



**NOTÍCIA DO DIREITO BRASILEIRO**

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO “DARCY RIBEIRO”  
GLEBA “A” - C. P. 15.299  
70.910-900 - BRASÍLIA - DF

**NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS**

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAI  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA URUGUAI, 458  
CAIXA POSTAL, 360  
88.302-202 - ITAJAI - SC

**PENSAR: REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE FORTALEZA**

UNIVERSIDADE DE FORTALEZA  
FUNDAÇÃO EDUCACIONAL “EDSON QUEIROZ”  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. WASHINGTON SOARES, 1.321 - C. P. 1.258  
60.811-905 - FORTALEZA - CE

**PRISMA JURÍDICO**

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO  
SISTEMA BIBLIOTECAS “PROF. JOSÉ STORÓPOLI”  
RUA DIAMANTINA, 302 - VILA MARIA  
02.117-010 - SÃO PAULO - SP

**REVISTA BONIJURIS**

INSTITUTO DE PESQUISAS JURÍDICAS BONIJURIS  
A/C- BIBLIOTECA CENTRAL  
RUA MARECHAL DEODORO, 344 - 3ª ANDAR - CENTRO  
80.010-909 - CURITIBA - PR

**REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS (MARINGÁ)  
REVISTA DE DIREITO PRIVADO E PROCESSUAL**

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. COLOMBO, 5.790  
87.020-900 - MARINGÁ - PR

**REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA  
UNIPARUNIVERSIDADE PARANAENSE**  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. PARIGOT DE SOUZA, 3.636 - JD. PRADA  
85.903-170 - TOLEDO - PR

**REVISTA DA EMERJ**  
ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO RIO DE JANEIRO  
BIBLIOTECA - AT. MARIA BEATRIZ  
AV. ERASMO BRAGA, 115 - 4ª ANDAR - CENTRO  
20.020-903 - RIO DE JANEIRO - RJ

**REVISTA DE DIREITO DA ADVOCEF**  
ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA  
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL  
BIBLIOTECA  
RUA SANTA CATARINA, 50 - SALAS 602/603  
86.010-470 - LONDRINA - PR

**REVISTA DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA**  
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA  
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA  
SCN QUADRA 2 PROJEÇÃO C  
70.712-902 - BRASÍLIA - DF

**REVISTA DIREITO MACKENZIE**  
INSTITUTO PRESBITERIANO MACKENZIE  
BIBLIOTECA "GEORGE ALEXANDER" / INTERCÂMBIO  
RUA DA CONSOLAÇÃO, 896 - PRÉDIO 02  
CONSOLAÇÃO  
01.302-907 - SÃO PAULO - SP

**REVISTA DE DIREITO UPIS**  
FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO PIONEIRADE INTEGRAÇÃO SOCIAL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
SEP SUL - EQ 712/912 - CONJ. A  
70.390-125 - BRASÍLIA - DF

**REVISTA DO CURSO DE DIREITO**  
ASSOCIAÇÃO ENSINO UNIFICADO DO DISTRITO FEDERAL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
SEUP - EQS 704/904 - CONJ. A  
70.390-045 - BRASÍLIA - DF

**REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE  
UBERLÂNDIA**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
SETOR DE AQUISIÇÃO  
AV. JOÃO NAVES DE AVILA, 2.160 - BL. 3C  
CAMPUS SANTA MONICA  
38.408-100 - UBERLÂNDIA - MG

**REVISTA DO DIREITO (CACHOEIRA DE ITAPEMIRIM)**

FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRA DO ITAPEMIRIM  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA MARIO IMPERIAL, 56 - B. DOS FERROVIÁRIOS  
CAIXA POSTAL, 14  
29.308-400 - CACHOEIRA DO ITAPEMIRIM - ES

**REVISTA DO DIREITO (SANTA CRUZ DO SUL)**

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
A/C- VALÉRIA FAVA DAL OSTO  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO  
96.815-900 - SANTA CRUZ DO SUL - RS

**REVISTA DA FACULDADE CHRISTUS**

FACULDADE CHRISTUS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA ISRAEL BEZERRA, 630  
B. DIONIZIO TORRES  
60.135-460 - FORTALEZA - CE

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO UNIRITTER**

FACULDADES INT. DO INSTITUTO RITTER DOS REIS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA SANTOS DUMONT, 888 - B. NITERÓI - CAIXA POSTAL, 358  
92.120-1110 - CANOAS - RS

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO BERNARDO CAMPO**

FACULDADE DE DIREITO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA JAVA, 425 - JD. DO MAR  
09.750-650 - SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO UFG**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAMPUS SAMAMBAIA - CAIXA POSTAL 411  
74.001-970 - GOIÂNIA - GO

**REVISTA JURÍDICA (GUARAPUAVA)**

FACULDADE NOVO ATENEU DE GUARAPUAVA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA SALDANHA MARINHO, 1.706 - CENTRO  
85.010-290 - GUARAPUAVA - PR

**REVISTA JURÍDICA (FOZ DO IGUAÇU)**

FACULDADES UNIFICADAS DE FOZ DO IGUAÇU  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA XAVIER DA SILVA, 775  
85.851-180 - FOZ DO IGUAÇU - PR

**REVISTA JURÍDICA (FREDERICO WESTPHALEN)**

UNIVERSIDADE REG. INT. ALTO URUGUAI DAS MISSÕES  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. ASSIS BRASIL, 709 - CAIXA POSTAL, 184  
CAMPUS FREDERICO WESTPHALEN  
98.400-000 - FREDERICO WESTPHALEN - RS

**REVISTA JURÍDICA**

ASSOCIAÇÃO EDUCATIVA EVANGÉLICA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. UNIVERSITÁRIA, KM 3,5  
CIDADE UNIVERSITÁRIA  
75.070-290 - ANAPOLIS - GO

**REVISTA JURÍDICA DA FAMINAS**

FACULDADE DE MINAS  
BIBLIOTECA CENTRAL  
AV. CRISTIANO FERREIRA VARELLA, 655  
BAIRRO UNIVERSITÁRIO - C. P. 351  
36.880-000 - MURIAÉ - MG

**REVISTA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE CUIABÁ  
ENSAIOS ACADÊMICOS DA FACULDADE DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE DE CUIABÁ**

UNIVERSIDADE DE CUIABÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. BEIRA RIO, 3.100 - JD. EUROPA  
78.015-480 - CUIABÁ - MT

**REVISTA JURÍDICA DA UNIFIL**

CENTRO UNIVERSITÁRIO FILADELFIA  
BIBLIOTECA PROF. ZAQUEU DE MELO  
RUA ALAGOAS, 2.050 - CENTRO  
86.020-430 - LONDRINA - PR

**REVISTA JURÍDICA DO CESUT**

CENTRO ENSINO SUPERIOR DE JATAÍB  
IBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA SANTOS DUMONT, 1.200 - SETOR OESTE  
CAIXA POSTAL, 182  
75.804-045 - JATAÍ - GO

**REVISTA JURÍDICA (CAMPO GRANDE)**

UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. TAMANDARÉ, 6.000 CAIXA POSTAL, 100  
79.117-010 - CAMPO GRANDE - MS

**REVISTA JURÍDICA UNIDERP**

UNIVERSIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DO  
ESTADO E DA REGIÃO DO PANTANAL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA CEARÁ, 333 - MIGUEL COUTO - C. P. 2.153  
79.003-010 - CAMPO GRANDE - MS

**REVISTA JURÍDICA UNIJUS**

UNIVERSIDADE DE UBERABA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. NENÊ SABINO, 1.801  
BAIRRO UNIVERSITÁRIO  
38.055-500 - UBERABA - MG

**REVISTA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE FRANCA**

UNIVERSIDADE DE FRANCA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. DR. ARMANDO SALLES OLIVEIRA, 201  
PARQUE UNIVERSITÁRIO 14.404-600 - FRANCA - SP

**REVISTA JURÍDICA UNOESC**

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA GETULIO VARGAS, 2.125 - B. FLOR DA SERRA  
CAMPUS DE JOAÇABA  
89.600-000 - JOAÇABA - SC

**REVISTA MESTRADO EM DIREITO**

CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO  
BIBLIOTECA - SETOR DE PERIÓDICOS  
AV. FRANZ VOEGELI, 300 - BL. MARROM - SUBSOLO  
VILA YARA  
06.020-190 OSASCO - SP

**REVISTA DA FACULDADE MINEIRA DE DIREITO**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA  
BIBLIOTECA PE. ALBERTO ANTONIAZZI  
AV. DOM JOSÉ GASPAR, 500 - PRÉDIO 26  
CORAÇÃO EUCARÍSTICO  
30.535-901 - BELO HORIZONTE - MG

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO**

FACULDADES INTEGRADAS DE GUARULHOS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA DR. SOLAN FERNANDES, 155 - CAMPUS VILA ROSÁLIA  
07.072-080 - GUARULHOS - SP

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAIXA POSTAL, 19.051  
81.531-990 - CURITIBA - PR

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO - CAIXA POSTAL, 354  
96.010-900 - PELOTAS - RS

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE FEDERAL  
MINAS GERAIS**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO - BIBLIOTECA  
AV. JOÃO PINHEIRO, 100 - CENTRO  
30.130-180 - BELO HORIZONTE - MG

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS**

FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA TENENTE CORONEL CARDOSO, 349  
28.013-460 - CAMPOS DE GOYTACAZES - RJ

**REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA**

FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA DR<sup>o</sup> URSULINA LOPES TORRES, 123  
18.030-103 - SOROCABA - SP

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO UFC**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
BIBLIOTECA DE DIREITO  
RUA METON DE ALENCAR, S/N - CENTRO  
60.035-160 - FORTALEZA - CE

**REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO COMPARADO**

INSTITUTO DE DIREITO COMPARADO LUSO BRASILEIRO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. N. SRº DE COPACABANA, 1.183 - SALA 503  
22.070-011 - RIO DE JANEIRO - RJ

**REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS**

UNIVERSIDADE SALGADO DE OLIVEIRA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA MARECHAL DEODORO, 217 - CENTRO  
24.030-060 - NITERÓI - RJ

**REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE FEDERAL SANTA MARIA**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
BIBLIOTECA SETORIAL / CCSH  
RUA FLORIANO PEIXOTO, 1.184 - SALA 101  
97.015-372 - SANTA MARIA - RS

**REVISTA DO MESTRADO EM DIREITO**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO A C. SIMÕES  
BR 104, KM 97 - TABULEIRO DO MARTINS  
57.072-970 - MACEIÓ - AL

**REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA  
UNIVERSIDADE DA AMAZÔNIA**

UNIVERSIDADE DA AMAZÔNIA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. ALCINDO CACELA, 287  
66.060-902 - BELÉM - PA

**REVISTA JURÍDICA - UNISEP**

UNIÃO DE ENSINO DO SUDOESTE DO PARANÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. PRESIDENTE KENEDY, 2.601  
BAIRRO NOSSA SRº APARECIDA  
85.660-000 - DOIS VIZINHOS - PR

**REVISTA JURÍDICA (BLUMENAU)**

UNIVERSIDADE REGIONAL DE BLUMENAU  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA ANTONIO DA VEIGA, 140  
CAIXA POSTAL, 1.507  
89.012-900 - BLUMENAU - SC

**REVISTA JURÍDICA CESUMAR MESTRADO**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. GUEDNER, 1.610  
JD. ACLIMAÇÃO  
87.050-390 - MARINGÁ - PR

**REVISTA EPD**

ESCOLA PAULISTA DE DIREITO  
BIBLIOTECA  
AV. LIBERDADE, 808  
BAIRRO DA LIBERDADE  
01.502-001 - SÃO PAULO - SP

**REVISTA JURÍDICA IN VERBIS**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO - C. P. 1.524  
59.072-970 - NATAL - RN

**REVISTA JURÍDICA UNIGRAN**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DA GRANDE DOURADOS  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA BALBINA DE MATOS,, 2.121 - BL. 03  
CAMPUS UNIGRAN  
79.824-900 - DOURADOS - MS

**REVISTA TRABALHO E AMBIENTE**

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA FRANCISCO GETULIO VARGAS, 1.130  
95.070-560 - CAXIAS DO SUL - RS

**SEQUENCIA: REVISTA DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UFSC**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
BIBLIOTECA UNIVERSITÁRIA  
SETOR DE INTERCÂMBIO - CAIXA POSTAL, 476  
88.010-970 - FLORIANÓPOLIS - SC



**SIGNUM**

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE VITÓRIA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA BARÃO DE MON  
JARDIM, 30 - CENTRO  
29.010-390 - VITÓRIA - ES

**THEMIS: REVISTA DE DIREITO**

UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO - BIBLIOTECA  
CAMPUS DE CAMPOLIDE  
TRAVESSA ESTEVÃO PINTO  
1099-032 - LISBOA - PORTUGAL

**UNIVERSITÁRIA: REVISTA DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

FACULDADES INTEGRADAS DE TOLEDO  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
RUA JARDIM SUMARÉ, 595  
16.015-270 - ARAÇATUBA - SP

**UNIVERSITAS /JUS**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
SEPN 707/907 - CAMPUS DO CEUB  
70.790-075 - BRASÍLIA - DF

**UNOPAR CIENTÍFICA: CIÊNCIAS JURÍDICAS E EMPRESARIAIS**

UNIVERSIDADE DO NORTE DO PARANÁ  
BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO  
AV. PARIS, 675 - JD. PIZA  
86.041-100 - LONDRINA - PR

**VERBA JURIS: ANUÁRIO DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA  
CENTRO CIÊNCIAS JURÍDICAS  
AV. GAL. OSÓRIO, 415  
ED. BANCO REAL, 5ª ANDAR  
58.010-780 - JOÃO PESSOA - PB

**VEREDAS DO DIREITO**

ESCOLA SUPERIO DOM HELDER CAMARABI  
BIBLIOTECA CENTRAL  
R. ÁLVARESS MACIEL, 628 - B. SANTA EFIGÊNIA  
30.150-250 - BELO HORIZONTE - MG

**VERITATI**

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SALVADOR

BIBLIOTECA CENTRAL / INTERCÂMBIO

AV. CARDEAL DA SILVA, 205

CAMPUS DA FEDERAÇÃO

40.231-902 - SALVADOR - BA